

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FREDERICO BATISTA DE OLIVEIRA

A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO HOMOAFETIVO: da união
estável ao casamento civil

São Paulo
2011

Frederico Batista de Oliveira

A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO HOMOAFETIVO: da união
estável ao casamento civil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientadora: Prof.^a Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin.

São Paulo
2011

O48c Oliveira, Frederico Batista de

A concretização constitucional do direito homoafetivo: da união estável ao casamento civil. /Frederico Batista de Oliveira. São Paulo, 2012.

269 f. ; 30 cm

Referências: p. 125-131

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)- Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

1. Homoafetividade. 2. Concretização Constitucional. 3. Hermenêutica.
4. União Estável. 5. Casamento Civil. 6. Homossexualidade. I. Título

CDD 342.16

FREDERICO BATISTA DE OLIVEIRA

**A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO HOMOAFETIVO: da união
estável ao casamento civil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof.a. Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin – Orientadora
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Hécio Ribeiro
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof.a. Dra. Inês Virgínia Prado Soares
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e, em especial, à minha mãe, um verdadeiro exemplo de força, respeito e tolerância.

A todos aqueles que lutam em combate ao preconceito e pelo igual reconhecimento jurídico de um projeto de felicidade ao lado de quem se ama.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de inspiração e sabedoria nesta caminhada.

Aos meus queridos pais que, pelo carinho, preocupação e as constantes orações feitas, estiveram ao meu lado, mesmo fisicamente distantes.

Ao meu companheiro e amigo Carlos Eduardo Mola, pelo apoio emocional oferecido durante toda essa trajetória.

À professora Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, minha gratidão por aceitar meu trabalho e por ter sido uma orientadora persistente e amiga que, com diretrizes seguras, muita paciência, deu-me constante acompanhamento e incentivo, contribuindo, com sua competência, para a conclusão dessa empreitada.

Ao professor Dr. José Carlos Francisco que, por intermédio de seus ensinamentos, apresentou-me a teoria da concretização constitucional, apontando-me a diretriz e a inspiração para a elaboração deste trabalho.

Aos professores Dr. Hécio Ribeiro e a Dra. Inês Virgínia Prado Soares, pelos comentários e sugestões apontadas no exame de qualificação.

A CAPES, pelo apoio financeiro, concedido por meio da bolsa de mestrado.

Aos integrantes do grupo de pesquisa “Novos Direitos e proteção da cidadania”, que me apresentaram pontos de vista relevantes a serem incorporados no meu trabalho.

A todos os professores integrantes do programa de mestrado, em especial a professora Clarice Seixas Duarte que tanto contribuiu com o início da pesquisa.

A minha grande amiga e mestra Mônica Império Simiscuka que, com seu cuidado e zelo, contribuiu para a revisão dos textos aqui apresentados.

Às amigas, Catarina J. Bitar Candeia e Maria Bethânia Batista, que estiveram ao meu lado, ouvindo-me e me aconselhando nos momentos difíceis dessa caminhada.

RESUMO

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.

Busca este trabalho analisar o Direito Homoafetivo e aplicar a teoria da concretização constitucional como um método interpretativo, que tem por finalidade igualar o tratamento das uniões afetivas, independentemente da orientação sexual. Nesta análise, cumpre-se avaliar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, no sentido de investigar a evidência de uma concretização constitucional da homoafetividade. Sob a ótica da “Teoria Estruturante do Direito”, de Friedrich Müller, e da “Força Normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, a pesquisa utiliza uma hermenêutica capaz de dar força normativa aos princípios constitucionais da liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, bem como à ampla irradiação da proibição da discriminação, como meio de promover o reconhecimento jurídico da realidade homoafetiva, ainda não regulada pela legislação infraconstitucional. Tanto a hermenêutica sugerida neste trabalho, como a decisão do Supremo Tribunal Federal, contribuem de forma eficiente para a concretização da igualdade de acesso, pelos homossexuais, à união estável e ao casamento civil, direitos esses compreendidos na pesquisa como fundamentais, independentemente de haver lei específica que os regule.

Palavras-chaves: homoafetividade, concretização constitucional, hermenêutica, união estável, casamento civil, homossexualidade.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Frederico Batista de. **The constitutional achievement of homo-affective law: from stable union to civil marriage.** 2011. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011.

This study seeks to analyze the Homo-affective Law in order to apply the Constitutional Theory of Achievement as an interpretative method, which has the objective of equalizing the approach of affective bonds, regardless of one's sexual orientation. Within this analysis, it's important to evaluate the decision of the Supreme Court (STF), which has recognized the homo-affective bond as a family entity, in an effort to investigate the evidence of a constitutional consolidation of homo-affectivity. From the perspective of the Friedrich Müller's "Structuring Theory of Law", and Konrad Hesse's "Normative Force of the Constitution", the inquiry utilizes the hermeneutics which is able to provide the constitutional principles of Freedom, Human Dignity, Equality with normative force, as well as the broad irradiation of forbiddance of discrimination, as a mean to promote the legal recognition of the homo-affective reality, not yet regulated by infra-constitutional Law. As to the hermeneutics suggested in this study, as well as the decision of the Supreme Court, both contribute efficiently to the achievement of equality in the access, by homosexual individuals, to Stable Union and Civil Marriage, which are rights comprised within the inquiry as being fundamental, regardless of the existence of specific regulating law.

Key-words: homo-affectivity, constitutional achievement, hermeneutics, stable union, civil marriage, homosexuality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. HOMOAFETIVIDADE: A AFIRMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE SEXUAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	15
1.1. HOMOSSEXUALIDADE: UMA ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	15
1.2. A HOMOAFETIVIDADE E O DIREITO DE TER DIREITOS.....	16
1.2.1. A liberdade sexual para uma orientação homossexual.....	19
1.2.2. A homoafetividade e o princípio da dignidade da pessoa humana.....	24
1.2.3. Homoafetividade, igualdade e proibição de discriminação.....	27
1.2.4. O reconhecimento e o respeito ao homossexual: o direito à homoafetividade.....	32
1.3. A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA.....	35
1.3.1. A família na Constituição de 1988: algumas considerações.....	35
1.3.2. Família homoafetiva: uma realidade não regulada especificamente.....	41
2. O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NA REGULAÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SINALIZANDO SUA CONCRETIZAÇÃO	46
2.1. A INTERPRETAÇÃO DO § 3º DO ART. 226: UM PROBLEMA HERMENÊUTICO?	48
2.2. O PAPEL DO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL NA REGULAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL: A DESOBEDIÊNCIA À CONSTITUIÇÃO.....	51
2.3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS: ASPECTOS GERAIS.....	54

2.4. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO DIANTE DA INCONSISTÊNCIA LEGISLATIVA.....	59
2.4.1. A atuação do Poder Judiciário para a concretização da realidade do direito homoafetivo.....	59
2.4.2. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4277 e na ADPF n.º 132: um divisor de águas.....	66
2.4.2.1. A interpretação pretendida pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.....	67
2.4.2.2. O método de interpretação utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar.....	69
3. A PROPOSTA DE UM MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DA LEI PARA A FUNCIONALIDADE DA JUSTIÇA: a crise do dogmatismo para a concretização do direito fundamental da homoafetividade.....	78
3.1. A NOVA HERMENÊUTICA: O MÉTODO INTERPRETATIVO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO.....	78
3.2. A “TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO” DE FRIEDRICH MÜLLER.....	85
3.3. A TEORIA DA “FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO” DE KONRAD HESSE.....	93
4. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO (NORMA E REALIDADE) A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	96
4.1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCRETIZANDO A HOMOAFETIVIDADE EM CARÁTER <i>ERGA OMNES</i>	96
4.2. A IGUALDADE DE TRATAMENTO DAS RELAÇÕES AFETIVAS: DA UNIÃO HOMOAFETIVA AO CASAMENTO CIVIL.....	105

4.2.1. A união estável homoafetiva: um patamar reduzido de direitos com relação ao casamento civil.....	106
4.2.2. O casamento civil homoafetivo: um direito constitucional autoaplicável.....	109
4.2.2.1. O romper de uma tradição histórica e religiosa.....	109
4.2.2.2. O casamento homoafetivo: realidade de outros países.....	113
4.2.2.3. O casamento: instituto privativo dos cidadãos heterossexuais?.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126
ANEXOS.....	133

Decisão do Supremo Tribunal Federal ADPF 132; ADI 4277

Votos dos ministros

Decisão do Superior Tribunal de Justiça RESP 1.183.378 - RS

Voto do Relator

O amor é que é essencial.

O sexo é só um acidente.

Pode ser igual

Ou diferente.

O homem não é um animal:

É uma carne inteligente,

Embora às vezes doente.

FERNANDO PESSOA

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro não regula especificamente as relações decorrentes da orientação homossexual. Essa omissão legislativa é motivo de insegurança jurídica, sobretudo quando a homossexualidade é discriminada e tratada com repulsa por alguns segmentos sociais.

A identidade sexual é algo inerente à personalidade do indivíduo; o homossexual necessita, pois, de respaldo jurídico para ser quem é - e com a mesma liberdade de exercício das relações afetivas conferida aos heterossexuais. Essa garantia é corolário da dignidade da pessoa humana, cujo direito à igualdade e liberdade está previsto constitucionalmente.

Como cabe ao Estado promover o bem-estar de todos, sem preconceito de sexo e quaisquer outras formas de discriminação, os Poderes Públicos devem adotar medidas concretas, como leis e políticas públicas, para atingir tal objetivo.

O Poder Judiciário progressivamente adotou uma postura para tutelar o direito à homossexualidade e as relações jurídicas dela decorrentes. No sistema de separação de poderes do Estado, cabe ao Poder Judiciário a aplicação do direito para dirimir os litígios e exercer o controle judicial dos atos normativos e administrativos emanados pelos demais poderes. Nesse sentido, a realidade social é o objeto preponderante para a aplicação da norma e, para isto, esta deve ser interpretada para promover a densificação dos princípios e regras constitucionais, pois só assim o Direito poderá amparar as relações jurídicas que ainda não foram objeto de regulação específica pelo Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar na ADI nº 4277 (ação direta de inconstitucionalidade), de autoria da Procuradoria Geral da República, e na ADPF n.º 132 (arguição de descumprimento de preceito fundamental), promovida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.¹ Essa decisão foi o divisor de águas para a consolidação de conquistas do Direito Homoafetivo, inaugurando, desde então, em caráter vinculante e de eficácia *erga*

¹ Julgamento realizado pelo plenário do STF no dia 05/05/2011, decisão publicada no **Diário Oficial da União** n. 91, Seção 1, p. 2, de 13 de maio de 2011.

omnes, a elevação da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo ao patamar de entidade familiar.

Apesar de tal reconhecimento 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 incertos, sobretudo devido à persistência da discriminação, das posições conservadoras de interpretação da norma, e de incitações de repúdio a essa nova conquista por parte de alguns juristas.

Cabe, portanto, investigar se a decisão do STF é suficiente para igualar os direitos dos homoafetivos aos dos heteroafetivos, como possibilidade de conversão da união estável em casamento, bem como da efetivação do casamento civil para os casais homossexuais.

A Constituição de 1988 estabeleceu a ampla irradiação de princípios como liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana, além da proibição da discriminação. Com isso, tornou-se possível ao julgador ampliar a interpretação de seus artigos para acolher realidades ainda não contempladas imediatamente pela norma positivada. Essa solução deve ou deveria ser afiançada por todos os órgãos e poderes do Estado, inclusive com mecanismos de controle mais coerentes.

Segundo a teoria da concretização, de Friedrich Müller², a realidade social é o objeto preponderante para a aplicação da norma, já que ela deve ser interpretada consoante a promoção da densificação dos princípios e regras constitucionais. Assim, se os limites da construção da norma, cujo ponto de partida é o texto normativo, estiverem pautados na conexão do texto literal com a avaliação da realidade social, tal teoria seria um eficaz recurso auxiliador do trabalho da justiça na garantia e proteção ao direito às relações homoafetivas que, embora não estejam albergadas pela norma-padrão no ordenamento brasileiro, fazem parte da sociedade.

Vale ressaltar que a Constituição de 1988 agregou ao conceito de entidade familiar as relações decorrentes da união estável e “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º, CRFB). A ciência, ao trazer as possibilidades de inseminação artificial e métodos contraceptivos, promoveu uma alteração de valores para não mais considerar que a “prole” e a “capacidade

² MÜLLER, Friedrich. **Positivismo**. Tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. In: Boletim dos Procuradores da República. Ano III, n. 29, setembro, 2000, p. 07.

procriativa” sejam elementos essenciais para que o relacionamento entre duas pessoas mereça proteção legal.³

As alterações do modelo tradicional de família, ainda em curso, bem como a diversidade sexual extraída da realidade social, impõem a necessidade de releitura do conteúdo do texto normativo, de forma a dar vida à “letra fria” da lei. A construção de uma norma destituída de qualquer discriminação de natureza sexual é meio de fazer com que o Estado reconheça juridicamente a homoafetividade e lhe garanta tratamento igual ao daqueles cuja orientação é heterossexual. Com isso, estaria o Direito contribuindo para a promoção da igualdade e o equilíbrio nas relações sociais, a naturalização das diferenças de uma realidade que continua sendo um tabu na sociedade contemporânea e, também, a edificação da cidadania, consubstanciada na capacidade de corrigir as distorções e remover a estigmatização dos homossexuais, fruto de um preconceito histórico e cultural, uma vez que a ausência do reconhecimento deste grupo faz gerar sua depreciação pela cultura dominante.

Portanto, negar a condição de família a uma relação homoafetiva conduz a uma limitação do exercício da cidadania daqueles que não se adequam à moldura social e jurídica (positivismo), ainda infestada de convenções discriminatórias e moralistas.

De certo modo, ainda se faz necessária uma conscientização social para que o preconceito possa efetivamente ser extirpado e o processo de integração do texto normativo à realidade social facilitado. Nesse sentido, esse trabalho de pesquisa tem o condão de também contribuir para que a discriminação e a insegurança jurídica, ainda existentes devido à falta de positivação específica, possam ser minoradas.

³ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 56.

1. HOMOAFETIVIDADE: A AFIRMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE SEXUAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1. HOMOSSEXUALIDADE: UMA ORIENTAÇÃO SEXUAL

A homossexualidade⁴ é a orientação sexual cujos indivíduos direcionam seus desejos afetivos e sexuais a outros do mesmo sexo biológico. Entre essas pessoas, também existem vínculos duradouros e estáveis, voltados para o planejamento de uma vida em comum, como a construção conjunta de um lar e a comunhão de esforços, nos quais o liame essencial é o afeto.

O interesse afetivo e sexual por alguém do mesmo sexo não seria preferência ou opção, mas um conjunto de fatores biológicos, sociais e comportamentais que levam à orientação homossexual, de semelhante modo que esses fatores levam outro indivíduo a uma orientação heterossexual.

Se decorre de fatores biológicos ou genéticos, sociais ou comportamentais, o certo é que não é uma opção livre, sendo considerada um distúrbio de identidade fruto de um determinismo psicológico inconsciente. *Ser homossexual não é uma preferência, como não o é ser heterossexual.* Existem preferências e inclinações. A heterossexualidade também não é uma escolha, embora seja uma sexualidade mais cômoda, mais adaptada, conforme Jurandir Freire Costa, que questiona: *Quem quer escolher uma sexualidade que leva à discriminação?*⁵

Valores religiosos predominantes na esfera social impõem um modelo pré-definido de relacionamento afetivo entre casais heterossexuais. Isso faz as relações que não se enquadram nesse padrão não serem aceitas com naturalidade. Tal moralidade encontra-se desvinculada de qualquer análise racional acerca da orientação sexual, sobretudo quando a ligação afetiva é condicionada à procriação da espécie humana.

⁴ “O vocábulo “homossexualidade” foi criado pelo médico húngaro Benkert, no ano de 1869. É formado pela raiz da palavra grega *homo*, que quer dizer “semelhante”, e pela palavra latina *sexus*, passando a significar “sexualidade semelhante”. Exprime tanto a ideia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo. (*Ibid.*, p. 31).

⁵ destaques da autora (*Ibid.*, p. 42).

A sociedade contemporânea, no entanto, não corrobora com esses preceitos, haja vista o crescente aumento no agrupamento de pessoas que buscam a afirmação dos direitos LGBT⁶ nas denominadas paradas do “orgulho *gay*”, ocorridas no Brasil e no mundo.⁷ A luta pela afirmação do reconhecimento da homossexualidade vem aos poucos encontrando mais adeptos na medida em que as discussões dessa temática passam a ser abertas nos espaços públicos.

Embora o homossexual, objeto deste estudo, não tenha, ainda, a proteção legal específica para o exercício pleno de suas relações afetivas, um conjunto de princípios constitucionais superiores são capazes de ampliar a abrangência de aplicação da norma, de modo a universalizar a afetividade, sem distinção de orientação sexual.

1.2. A HOMOAFETIVIDADE E O DIREITO DE TER DIREITOS

Debates moralistas a respeito do tema são permeados por influências religiosas que não se enquadram numa racionalidade crítica porque destoadas de critérios científicos.

A moral desejada por uma sociedade democrática deve estar apoiada em elementos racionais e não puramente em crenças, sendo uma moral crítica, consoante propõe Ronald Dworkin, não cabendo fazer um julgamento de superioridade ou de inferioridade entre heterossexuais e homossexuais.

⁶ Sigla que significa: lésbicas, *gays*, bissexuais e transgêneros (travestis, transexuais e outros transgêneros).

⁷ Os movimentos de luta pelo reconhecimento da homossexualidade iniciaram-se a partir da década de 60, nos Estados Unidos, especialmente após um conflito entre travestis e policiais que gerou uma rebelião denominada “motim de Stonewall”, em 28 de junho de 1969, no Greenwich Village, em Nova Iorque”, o que institucionalizou, desde então, o “Dia do Orgulho Gay”, data utilizada para a realização desses movimentos. (*Ibid.*, p. 29). No Brasil, este movimento passou a crescer de forma tão intensa que a “Parada do Orgulho LGBT”, realizada anualmente na cidade de São Paulo, disputa com a de Nova Iorque “o título de maior parada gay do mundo. Em 2010, o evento reuniu 3 milhões de pessoas na região da Avenida Paulista e trouxe R\$ 188 milhões à cidade, segundo a SPTuris, órgão ligado à secretaria municipal de Turismo.” (BELTRAME, Ideraldo Luiz. A parada gay vai exigir a criminalização da homofobia. **Época São Paulo**, São Paulo: Globo, n. 32, Jun. 2011, p. 80. Entrevista concedida a Apoenan Rodrigues).

Com base na análise sobre o debate travado na década de 60 entre Iordá Devlin e Herbert L. Hart⁸, quando a Comissão Wolfenden⁹, no Reino Unido, concluiu que “os atos homossexuais consensuais entre adultos deveriam ser descriminalizados”¹⁰, Dworkin julga incoerente a conclusão de Devlin de que não pode ser negado à sociedade o direito de erradicar uma imoralidade, tida como “vício abominável”, que constitui ofensa pela sua simples presença (fazendo referência às práticas homossexuais). Para o enfrentamento desta “moral convencional”, apontada por Devlin, Dworkin evidencia que se faz necessário identificar as razões que justifiquem uma postura moral e levanta quatro critérios importantes¹¹:

a) o preconceito não é justificativa plausível para dizer que os homossexuais sejam moralmente inferiores aos heterossexuais. Segundo Dworkin, “(...) um homem não pode ser considerado moralmente inferior com base em alguma característica física, racial ou em um outro tipo de característica que ele não pode evitar ter”.¹² Logo, dizer que os homossexuais merecem menos respeito, seria a apresentação de preconceito;

b) um julgamento moral não pode ser baseado “numa reação pessoal emotiva”, como a “repulsa” e o “nojo”. Uma intensa “reação emocional” diante da homossexualidade, que não pode explicar sua existência como ínsita à condição do indivíduo, torna-se descrita pelos desconhecedores da condição da homossexualidade como fobia e obsessão;

c) afirmações falsas ou incoerentes do contexto científico, ou seja, daquilo que se pode demonstrar empiricamente, não podem ser consideradas para um

⁸ Herbert L. Hart se contrapõe à visão de Devlin de que no debate da moral se deve procurar uma perspectiva do homem comum que é conveniente e prática, trazendo a ideia de que a imoralidade representa o resultado entre nojo, intolerância e indignação. Nesse embate, afirma que a visão de Devlin quanto a moral é “acrítica”, por estar baseada na “impressão e nos sentimentos”, e não na discussão racional dos fundamentos para uma posição moral. Aponta, diante desta visão, a existência de um risco de decisões equivocadas das majorias e de seus representantes que, numa sociedade livre e democrática devem tratar questões como miséria, sofrimento humano e restrição da liberdade no sentido de diminuí-las como fundamento. Conclui que as questões que envolvem uma discussão moral “devem ser submetidas ao princípio de uma moral crítica. (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a04v2n2.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2011, p. 68-69).

⁹ O relatório desta comissão trazia a declaração de que o direito nada tem a ver com o “domínio da moralidade privada”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 378).

¹⁰ LOPES, *op. cit.*

¹¹ DWORKIN, *op. cit.*, p.385-387; e LOPES, *op. cit.*, p.69-70.

¹² DWORKIN, *op. cit.*, p.386.

juízo moral. Não é, pois, possível classificar a homossexualidade como antinatural, ante a existência de práticas homossexuais em outras espécies de animais sexuados;

d) a utilização de “opiniões alheias” que tomam a homossexualidade como um pecado, não representa um juízo moral próprio, o que não é válido, já que o julgador não faz sequer uma análise crítica e argumentativa sobre o assunto. De acordo com Dworkin, mesmo que se aprenda com os outros, é preciso que cada um tenha suas próprias convicções.

Finalmente, Ronald Dworkin ressalta que as posições que não refletem esses critérios são arbitrárias, uma vez que os fundamentos da moralidade devem ser racionais. A moral deve estar impregnada de valores, mas os valores de hostilidade e de incongruência com uma racionalidade científica devem ser subtraídos para a concretização dos direitos.

Sendo assim, os atos homossexuais, por não trazerem dano nem perigo à sociedade, não podem sofrer restrição de acesso ao reconhecimento jurídico da união estável e do casamento civil, sob o artifício de uma moral baseada em convenções repletas de influência religiosa, histórica e cultural de uma sociedade manifestamente discriminadora.

Quanto à ciência, há alguns postulados sobre a homossexualidade, que serão mencionados a seguir, como reforço a tudo o que vem sendo dito até aqui em defesa do direito às relações homoafetivas.

Na medicina, em 1973, a Associação de Psiquiatria Americana (APA) retirou a homossexualidade do seu “Manual de Diagnósticos e Estatísticas de Distúrbios Mentais”. Em 17 de maio de 1990,¹³ a OMS declarou que “a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão” retirando-a da Classificação Internacional de Doenças (CID).

A psicologia constatou que a orientação homossexual não é mais desvio de personalidade e não pode ser tratada como doença, distúrbio ou perversão, consoante Resolução n. 1 de 23 de março de 1999, do Conselho Federal de Psicologia, que proibiu qualquer ação de psicólogos tendentes a favorecer a patologização das práticas homoeróticas.

¹³ Data em que se comemora o Dia Internacional de Combate à Homofobia.

A biologia constatou uma série de comportamentos homossexuais em outras espécies de animais sexuados, conforme pesquisa realizada pelo biólogo Bruce Bagemihl denominada *Biological Exuberance — Animal Homosexuality and Natural Diversity*, St. Martin's Press, Nova Iorque, 1999.¹⁴

A ciência tem demonstrado que a prática de relações eróticas entre pessoas do mesmo sexo não deve ser considerada um desvio de conduta, ou distúrbio, não se tratando, pois, de comportamento antinatural. Logo, os fundamentos contrários a essa ideia não possuem embasamento científico.

As influências religiosas¹⁵ ainda são fortemente incorporadas pela sociedade nos dias de hoje. Muito embora o Estado Brasileiro seja laico, os ordenamentos postos não garantem direitos que protejam a identidade homossexual. A omissão do Estado em regular especificamente tais direitos é consequência dessa moralidade histórica, que ainda representa obstáculo para a consolidação dos direitos homoafetivos no nosso país.

1.2.1. A liberdade sexual para uma orientação homossexual

A liberdade sexual que direciona os indivíduos a livremente manifestar suas relações afetivas é um dos parâmetros a serem aqui analisados. A ciência trouxe

¹⁴ “Biólogo americano sacode a Zoologia e revela que existe homossexualismo e vasta diversidade de comportamentos sexuais entre os bichos. Eles vão muito além da tradicional união de macho com fêmea.” (BURGIEMAN, Denis Russo. Atração entre iguais. **Superinteressante.**, ago/ 1999. Disponível em <http://super.abril.com.br/superarquivo/1999/conteudo_94658.shtml>. Acesso em 19 abr. 2011).

¹⁵ A concepção religiosa que traz influências negativas para o reconhecimento da identidade homossexual tem por origem as influências do povo hebreu na Idade Antiga, que tinha uma preocupação com a sobrevivência e a multiplicação da espécie das pequenas tribos judaicas. Em razão desta preocupação, o judaísmo pregava que o ato sexual fosse realizado com a finalidade de reprodução da espécie, execrando as práticas sodomitas, ou seja, todo e qualquer ato sexual não procriativo. A ideia de prática sexual voltada para fins reprodutivos ainda se encontra sedimentada na moralidade cristã que teve influência no judaísmo. O cristianismo absorveu o entendimento do povo hebreu de que o natural no sexo era a união de dois órgãos sexuais diferentes, com a finalidade exclusivamente procriativa. O Estado dominado pela Igreja durante a Idade Média e a Idade Moderna passou a perseguir os homossexuais com a penalização das práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo. As ações desse Estado inquisidor foram propulsoras da repressão da homossexualidade por meio de uma penalização severa dirigida àqueles que, porventura, tivessem uma orientação sexual neste sentido. Tais fatos históricos contribuíram para estimular nos dias de hoje o preconceito e o adensamento de uma moralidade deturpada, construída por influência de uma crença religiosa despida de racionalidade e fundamentação científica. (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 40-41 e 48-55).

respostas concretas de que a homossexualidade não é doença, como pensado anteriormente. Cabe, então, à sociedade trazer à tona os valores da essência do indivíduo, uma vez que a limitação do “direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado”.¹⁶

Como a sexualidade representa o mais alto grau de intimidade do indivíduo, externada no campo da inviolável privacidade que deve ser assegurada a todo o ser humano, não pode o Estado permitir que persistam restrições, considerando-se tratar-se de homossexuais maiores e capazes de compreender sua condição sexual.

É importante que essa afetividade possa ser realizada com liberdade, estabelecendo-se uma esfera segura e livre para que sexualidade homoafetiva não seja restringida pela discriminação. Assim, as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo terão condições mais amplas de concretização, em razão da autodeterminação dos indivíduos para a orientação homoafetiva, sem os entraves da humilhação e do constrangimento, que são marcas do preconceito. Nada mais condizente é a garantia de um domínio seguro para que o indivíduo em apreço possa ser quem ele é, expressando pela sua sexualidade a verdadeira essência de sua condição humana, tendo a oportunidade de alcançar seus objetivos afetivos livremente. O indivíduo em apreço, autodeterminado para a orientação homoafetiva, por conseguinte, expressará por sua sexualidade a verdadeira essência da sua condição humana e terá a oportunidade de alcançar seus objetivos afetivos.

A multiplicação de eventos no Brasil pela luta do reconhecimento da homossexualidade, a partir dos anos 90, nas Paradas LGBT, seguidos dos movimentos iniciados nos Estados Unidos da América em comemoração ao *Stonewall Riots*, de 28 de junho de 1969, intitulado o dia do “orgulho gay”, foram a expressão máxima para que a sociedade iniciasse um processo de abertura para um grupo minoritário que também tem influência sobre as instituições e a cultura.¹⁷

A visibilidade homossexual era imperativa tanto para a desmistificação da homossexualidade, como para a elevação social de um grupo que luta por seus direitos. Os objetivos desses movimentos era cunhar a discussão, o debate e a

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. São Paulo: RT, 1996, p. 115.

¹⁷ MACHADO, F. V.; PRADO M. A. M. Sexualidade e Cidadania. Sociedade Civil e Poder Público na Organização da Parada GLBT na Cidade de Belo Horizonte (Brasil). **Revista Lês Cahiers de Psychologie politique**: Caen, França. v. 10. Fev. 2003. Disponível em: <<http://lodel.irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique/index.php?id=793>>. Acesso em 30 de maio de 2011.

reflexão da condição de vida vulnerável desses indivíduos diante da discriminação. Para tanto, impunha-se deixar com que essas manifestações tomassem a dimensão dos espaços públicos e não somente a invisibilidade ou a marginalidade reservada até então a tais pessoas.¹⁸

Os movimentos acima mencionados marcam, pois, o início de um caminho libertário da moralidade opressiva da sociedade. Os homossexuais passaram a tomar consciência de sua identidade e, em grupos organizados, promoveram sua luta pela identidade e pelo direito de não serem estigmatizados e marginalizados.

Norberto Bobbio ressalta que:

...os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁹

Para que o reconhecimento fosse efetivo, os grupos de defesa dos direitos dos homossexuais contestavam a postura dominante, num comportamento de ruptura, visando contrariar uma ordem social construída em parâmetros preconceituosos. Para Bobbio, a contestação a um sistema cultural se expressa por meio de um discurso crítico, com protesto verbal, enunciando-se um *slogan*²⁰, que aqui é o “orgulho *gay*”, ou seja, a afirmação de uma identidade sexual.

A condição diferente (a homossexualidade), ainda considerada em desacordo com o padrão social (a heterossexualidade), precisava ter projeção para que a sociedade tomasse conhecimento de sua existência. A identidade ora afirmada não reduz ou inferioriza a condição humana, apenas permite ao homossexual exercer sua sexualidade voltada para a afetividade, sem os obstáculos dos padrões sociais.

Sendo assim, a busca pela liberdade não será assegurada sem uma resistência racional, expressa por movimentos instigadores do processo de

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

²⁰ “[...] a contestação se refere, mais do que um comportamento de ruptura, a uma atitude de crítica, que põe em questão a ordem constituída sem necessariamente pô-la em crise. [...] E, com efeito, se a resistência culmina essencialmente num ato prático, numa ação ainda que apenas demonstrativa (como a do negro que se senta à mesa de um restaurante reservado aos brancos), a contestação, por seu turno, expressa-se através de um discurso crítico, num protesto verbal, na enunciação de um slogan.” (BOBBIO, *op.cit.*, p. 132-133).

consolidação de um espaço de dignidade e inclusão efetiva de uma minoria excluída socialmente. Essa “plataforma emancipatória” será, portanto, a garantia de proteção ao direito almejado.²¹

A ciência revelou importantes informações divorciadas das concepções de moralidade, o que ajudou os homossexuais a ganharem forças na luta pelo exercício de sua sexualidade, restringida também pela falta de respaldo jurídico.

A Constituição de 1988, expressa no *caput* do art. 5º a liberdade como direito ao qual o Estado tem o dever de assegurar a todos os indivíduos indistintamente, cabendo aos demais respeitar a liberdade um dos outros. É certo que, no Brasil, ao contrário de outros países do mundo²², os relacionamentos sexuais entre pessoas do mesmo sexo não estão proibidos. No entanto, a falta de regulamentação e a discriminação cerceiam a liberdade, porque ninguém é livre quando constrangido de exercer sua identidade ou sua condição. Para que haja liberdade, é preciso autonomia ou autodeterminação, que deve ser entendida pela vontade humana de dirigir-se da forma que melhor lhe convém para a realização de seus objetivos.

Não é possível chamar de liberdade uma ação marcada pelo constrangimento, o que para Bobbio significa:

Para que se possa dizer que uma ação é livre, basta o fato negativo de não ser impedida ou forçada; para que se possa dizer que a vontade é livre, é necessário não apenas o fato negativo de não ser determinada, mas o fato positivo de ser autodeterminada.²³

²¹ Flávia Piovesan ressalta que os direitos humanos “Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8).

²² “Em alguns países a homossexualidade é anatemizada com pesadas sanções penais. Assim, na Mauritânia, Somália, Nigéria e Sudão, a relação é punida com a morte; em Uganda, sob a influência de cristãos fundamentalistas estuda-se idêntica retribuição para a reincidência, eis que para a primeira se prevê prisão; anote-se que toda pessoa é obrigada a denunciar em 24 horas o conhecimento do fato, endereçando-se ao omisso uma cadeia de três anos de duração. Em Barbados a pena é de prisão perpétua; no Marrocos, Tunísia, Senegal, Serra Leoa, Camarões e Togo o homoerotismo prevê prisão ou multa, em períodos e valores variáveis, consoante a nação; curiosamente, tanto no Quênia como em Zâmbia e Zimbábue os atos homossexuais são proibidos apenas aos homens, mas liberados às mulheres, assim acontece na Guiana, onde é consentida a relação feminina, mas almejando a prisão perpétua para a homossexualidade masculina.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. **O casamento igualitário e o direito comparado**. p. 70-71. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011, p. 64-86).

²³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 68.

Apesar da homossexualidade, como visto anteriormente, não ser uma opção, mas uma orientação, ao indivíduo cabe a autodeterminação em tornar sua identidade pública, sem sofrer os constrangimentos de uma cultura repleta de preconceitos. Essa circunstância é tão importante, sobretudo pelo fato de que muitos indivíduos deixaram sua condição de homossexuais para se adequarem aos padrões sociais. Aqueles que foram sufocados pela opressão da discriminação, não tiveram a liberdade de escolha em ser o que são, coagidos a negar sua própria identidade para conformar-se aos padrões sociais.²⁴

A homossexualidade livre pressupõe um ambiente social inclusivo e, na medida em que essa sociedade encontra-se arraigada por uma moralidade acrítica, faz-se necessário utilizar os mecanismos de força para o combate da discriminação, que oprime e traz embaraços para a liberdade sexual.

O que se busca com a liberdade aqui tratada é o reconhecimento jurídico que respalde a capacidade de decisão de cada um em favor da assunção pública da homoafetividade. Sendo assim, a convalidação de uniões estáveis dessa natureza será cada vez mais reconhecida, já que são preenchidos os requisitos de publicidade, continuidade e durabilidade, necessários à autonomia desses indivíduos, que deixarão de realizar suas ações de afeto às escondidas, pelo medo de serem repudiados por uma moralidade opressora.

As lutas de certos grupos sociais são frutos da busca de ampliação de direitos, nas quais os envolvidos, por meio de sentimentos coletivos de injustiça, engajam-se nas ações políticas como tentativa de “arrancá-los da situação paralisante do rebaixamento (...) e de lhes proporcionar, por conseguinte, uma autorrelação nova e positiva”²⁵

Nesse sentido Axel Honneth ressalta que:

(...) um modelo de conflito que começa pelos sentimentos coletivos de injustiça é aquele que atribui o surgimento e o curso das lutas sociais às experiências morais que os grupos sociais fazem perante a denegação do reconhecimento jurídico ou social. (...) [que se trata] da análise de uma luta pelas condições intersubjetivas da integridade pessoal.²⁶

²⁴ Cf. 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.

²⁵ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 259.

²⁶ *Ibid.*, p. 261.

Desse modo, a luta pelo reconhecimento representa para os homossexuais “pretensões normativas de reconhecimento e respeito”²⁷, ou seja, na medida em que as experiências morais, decorrentes do acesso de outros grupos sociais, a exemplo das conquistas feministas, surge o sentimento coletivo de injustiça de não verem neles o mesmo tratamento dado a outros segmentos da sociedade. O exercício da liberdade sexual deve, portanto, ser reconhecido, garantindo-se a autodeterminação para a orientação homossexual.

1.2.2. A homoafetividade e o princípio da dignidade da pessoa humana

Seja no campo da administração pública (Poder Executivo), no da normatização (Poder Legislativo), ou da aplicação do direito (Poder Judiciário), é certo que a vocação essencial do Estado Democrático encontra-se legitimada para promover suas ações em razão das pessoas e não em razão de outros fatores. 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 tem como dever geral proteger seus cidadãos frente a ele próprio.²⁸

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. 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 a dignidade.

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 República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III). Trata-se de alicerce de alta carga axiológica, considerando que o sistema constitucional brasileiro não é

²⁷ *Ibid.*, p. 261-262.

²⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 102.

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.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é:

...qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁹

No mesmo sentido, ressalta Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos³⁰

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. Desse modo, a liberdade é a voz máxima que faz preencher as escolhas do ser humano, em razão de sua autodeterminação/autonomia para que possa ser respeitado nessas escolhas.

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.”³¹ O ser humano independente é a razão de ser de sua existência, não sendo ele objeto de

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

³⁰ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

troca ou mercadoria, como um animal irracional que pode ser vendido, sem ter a capacidade de promover suas escolhas.

Então, segundo a ótica 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.³² 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.³³ Desse modo, o caminho para a dignidade impende um romper de amarras impeditivas do livre exercício de suas escolhas, a fim de que, assim, possa ser respeitado na sua condição - a condição humana da qual não cabe a sujeição a situações de humilhações, vexames ou o aviltamento.

Toda a condescendência com o sofrimento humano deve ser evitada, uma vez que a dignidade necessita de “novas garantias”.³⁴ Em razão disso, torna-se imprescindível que os fundamentos de uma ordem constitucional reconheçam os interesses específicos de certos grupos da sociedade.

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.

O Estado que não move ações no sentido de proteger a vida privada dos indivíduos viola a dignidade humana. Assim sendo, as relações entre pessoas do mesmo sexo movidas pelo afeto merecem igual atenção àquelas realizadas por

³² “(...) o homem, e apenas ele, não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim, pois é fim de si mesmo, uma vez que apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade”. (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 117-118).

³³ Kant adiciona que a autonomia “é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio do princípio moral da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais.” (PIOVESAN, *op. cit.*, p. 10).

³⁴ Hannah Arendt, ao analisar a banalização do terror pelo totalitarismo, ressalta que o “antissemitismo (não apenas o ódio aos judeus), o imperialismo (não apenas a conquista) e o totalitarismo (não apenas a ditadura) – um após o outro, um mais brutalmente que os outros -, demonstravam que a dignidade humana precisa de nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos e em nova lei na Terra, cuja vigência desta vez alcance toda a humanidade (...)” (*Apud*: MONDANI, Marco. **Direitos Humanos**. São Paulo: Contexto, 2008).

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.

O espectro de proteção a ser conferida à dignidade da pessoa humana, nesse sentido, pode variar desde a eliminação de qualquer vestígio de discriminação (...) nas leis até a extensão e ampliação de direitos sociais previstos na Constituição...³⁵

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 (...)”³⁶ seja retratada corretamente.

1.2.3. Homoafetividade, igualdade e proibição de discriminação

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)³⁷. Ante a existência de condições de vulnerabilidade de certos indivíduos em detrimento de outros, esse dispositivo necessita ser construído para que a igualdade se estabeleça efetivamente.

Hannah Arendt, ao fundamentar a importância do princípio da igualdade menciona que não é verdade que:

todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. (...) Nós não nascemos iguais; nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado – ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à

³⁵ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008, p. 197.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ DIREITO INTERNACIONAL: Normas. **Legislação de Direito Internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 379.

comunidade política. Ela é um construído elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política.³⁸

Segundo Celso Lafer³⁹, ela afirma que os direitos humanos são pressupostos da cidadania “não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio.”⁴⁰ Restringir ou omitir o exercício da cidadania traz consequências negativas à condição humana. O ser humano, quando tem suas “qualidades acidentais” suprimidas, está privado de sua substância. Logo, a homossexualidade, como uma “qualidade acidental”, não pode ser retirada. Para ter dignidade, rumo à construção de uma igualdade, ela precisa ser posta em prática em um terreno com justa distribuição de direitos.

A igualdade 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 justiça social.

Na Constituição, encontra-se enunciado que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*), sob o fundamento da proibição de discriminação. De igual modo, o preâmbulo da Magna Carta estampa o propósito de que a República Federativa do Brasil institui-se como “Estado Democrático destinado, a assegurar (...) a igualdade e a justiça como valores supremos e uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”. No mesmo caminho, trilham 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).⁴¹

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;⁴² e

³⁸ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Documentário, 1976, p. 243.

³⁹ LAFER, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1-3.

⁴² 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

segundo, pela inação do Estado, especialmente do Poder Legislativo em garantir a efetiva proteção a ponto de igualar estas condições.

A questão da discriminação é tão marcante que cerceia inúmeros indivíduos de expor livremente sua orientação homossexual, ou fazem com que ela seja 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.⁴³

A isonomia exige cidadãos iguais. O que se busca para a questão da homoafetividade é um tratamento jurídico igual ao dispensado à heteroafetividade. Nesse sentido, 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 a assistência mútua.

A igualdade, portanto, só será respeitada quando os casais homoafetivos tiverem os mesmos direitos conferidos aos casais heteroafetivos:

No que tange ao princípio da igualdade, considerando que o casamento civil é o único regime jurídico que confere todos os benefícios do direito de família às uniões amorosas, então a isonomia só será respeitada, ou seja, os casais homoafetivos só terão os mesmos direitos conferidos aos casais heteroafetivos caso seja reconhecido seu direito ao casamento civil. Da mesma forma, aqueles pares homoafetivos que não desejam se casar só terão os mesmos direitos conferidos aos pares heteroafetivos que também não desejam se casar caso seja reconhecida a sua união estável.⁴⁴

Se o ordenamento jurídico contemplasse igual proteção a todas as relações afetivas, certamente as justificativas do preconceito seriam reduzidas e, por consequência, a discriminação refletida nos espaços públicos diminuiria. Dessa forma, conseqüentemente, elas poderiam ser concretizadas de forma aberta e

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: 05 mai. 2010).

⁴³ 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, *op. cit.*, p. 110)

⁴⁴ VECCHIATTI, *op. cit.* p. 227.

pública, pois já não mais temeriam a estigmatização social. Fora da clandestinidade, tais relações passariam a ser visualizadas com normalidade e não mais como representação de perigo às instituições sociais e à perpetuação da espécie.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁴⁵, ao avaliar “os princípios fundantes” para a construção de um direito homoafetivo, trouxe em seu estudo uma decisão da Suprema Corte de Ontário (Canadá), ao julgar inconstitucional a proibição do casamento civil homoafetivo. A referida decisão demonstra de forma clara e suficiente que a igualdade entre a homoafetividade e a heteroafetividade não traz prejuízos à segunda quando da atribuição de direitos iguais à primeira, no que diz respeito ao casamento civil. Quanto a este caso específico, ele aponta que:

... o não reconhecimento do casamento civil homoafetivo e da união estável homoafetiva não trará nenhum benefício para as uniões heteroafetivas – a sua possibilidade ou impossibilidade é absolutamente irrelevante a estas. É absurdo pensar que a mera regulamentação do casamento civil homoafetivo faria com que menos pessoas se engajassem em relacionamentos heteroafetivos e, conseqüentemente, houvesse risco à perpetuação da espécie humana (que é a conclusão que se denota com o argumento *ad terrorem* ora rebatido) – reitere-se: é completamente absurda essa ideia, totalmente irracional, ilógica e inaceitável por quem tem um mínimo de bom senso e conhecimento acerca da orientação sexual.⁴⁶

A regulamentação do casamento civil homoafetivo, em igual condição do casamento heteroafetivo, não traz risco à espécie humana, conforme ressalta o aludido autor:

Ora a orientação sexual humana não decorre de uma “escolha” do indivíduo: as pessoas simplesmente se descobrem homo, hetero ou bissexuais, inexistindo “opção” nessa seara. Assim, a regulamentação do casamento civil homoafetivo não traria nenhum risco à espécie humana, sendo completamente irracionais argumentações em sentido contrário, especialmente porque ditos “argumentos” não são acompanhados de provas, sendo baseados em meros subjetivismos daqueles que o defendem. Mas, por mero amor ao debate, ainda que fosse considerada esta absurda hipótese, atualmente existem técnicas de fertilização artificial que poderiam perfeitamente superar os temores deste absurdo argumento *ad terrorem*.⁴⁷

O sentimento de repulsa que ainda povoa a sociedade só será rebatido quando se perceber, na prática, que a convivência com as famílias homoafetivas

⁴⁶ *Ibid.*, p. 227.

⁴⁷ *Ibid.*

não traz nenhum prejuízo à procriação da espécie humana, muito menos é capaz de influenciar que heterossexuais sejam seduzidos a estabelecer relações homoafetivas. Dessa forma, o preconceito será minimizado, e só assim será possível estabelecer a igualdade.

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.⁴⁸

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 afirmativa encontra-se confirmada na medida em que o homossexual não tem o seu afeto direcionado a 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.

Em suma, 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 casamento atribuídos aos demais.

1.2.4. O reconhecimento e o respeito ao homossexual: o direito à homoafetividade

A diversidade merece ser tutelada como meio de garantir a dignidade aos mais diversos modos de vida, consubstanciados em razão de convicção religiosa,

⁴⁸ GIORGIS, *op. cit.*, p. 64-86.

gênero, raça, orientação sexual etc. É imperioso estabelecer um padrão mínimo de proteção hábil, de forma a assegurar o reconhecimento de certos grupos, evitando a limitação do livre exercício de sua condição humana.

A intolerância⁴⁹ e a luta pelo poder com a subjugação de indivíduos é, muitas vezes, fruto de uma tradição colonialista de conquista de territórios e povos. A convivência entre grupos sociais heterogêneos, em razão da intolerância ao diferente, fez nascer o preconceito⁵⁰, a discriminação⁵¹ e o aviltamento dos direitos que deveriam ser distribuídos de maneira justa. As mulheres, os afrodescendentes, os povos indígenas, os homossexuais, as pessoas com deficiência etc. são algumas das principais vítimas desse processo, por isso merecem atenção específica.

A fim de garantir um padrão mínimo de proteção às minorias e grupos oprimidos pela discriminação social, é necessário conciliar a distribuição dos direitos, bem como reconhecer a identidade cultural como meio de se aplicar justiça. Caso contrário, continuará a existir a depreciação pela cultura dominante, conforme afirma Nancy Fraser ao tratar do assunto:

O ponto central da minha estratégia é romper com o modelo padrão de reconhecimento, o da "identidade". Nesse modelo, o que exige reconhecimento é a identidade cultural específica de um grupo. O não reconhecimento consiste na depreciação de tal identidade pela cultura dominante e o conseqüente dano à subjetividade dos membros do grupo. Reparar esse dano significa reivindicar "reconhecimento". Isso, por sua vez, requer que os membros do grupo se unam a fim de remodelar sua identidade coletiva, por meio da criação de uma cultura própria auto-afirmativa.⁵²

⁴⁹ Para Bobbio, a intolerância é um "problema da convivência das minorias étnicas, lingüísticas, raciais, para os que são chamados geralmente de 'diferentes' como, por exemplo, os homossexuais, os loucos ou os deficientes." A intolerância deriva de "preconceitos inveterados, de formas irracionais, puramente emotivas, de julgar os homens e os eventos." (BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 186-187).

⁵⁰ O preconceito é "uma opinião ou conjunto de opiniões que são acolhidas de modo acrítico passivo pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade cujos ditames são aceitos sem discussão." (*Ibid.*, p. 186-187).

⁵¹ A discriminação é uma consequência do preconceito marcada pela segregação dos indivíduos, com privilégios de uns em detrimento de outros. A exclusão social é uma forma de discriminação, e é a discriminação que os tratados internacionais de direitos humanos visam combater. Senão, vejamos o que dispõe a Convenção sobre todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1789, ao estabelecer que a expressão "discriminação contra a mulher" "significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo." (DIREITO INTERNACIONAL, *op. cit.*, p. 845).

⁵² FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? **Revista Lua Nova**, São Paulo 70: 101-138, 2007, p. 106.

Para a proteção da dignidade humana faz-se inicialmente uma distribuição universal e igualitária de direitos advindos de um parâmetro mínimo. No entanto, quando há grupos sociais vulneráveis pela diversidade, a exemplo dos homossexuais, é preciso promover o reconhecimento da sua condição, para que esses grupos possam também exercer uma cidadania plena.

Apesar de importantes, as teorias de justiça distributiva⁵³ não conseguem trazer elementos que sinalizem uma solução para a hipossuficiência de certos grupos em detrimento de outros. A distribuição não é suficiente, pois deve garantir a eles a igualdade quando a discriminação reduz a dignidade, possibilitando a admissão dos seus traços diferentes aos do modelo social imposto.

Para isso, a igualdade deve ser trazida para um plano material, concretizada pela aceitação das diferenças e aplicação de ações específicas, capazes de promover a inclusão social. Dessa forma, é possível conciliar harmonicamente a justa distribuição de direitos para que todos tenham acesso aos procedimentos reconhecidos pelo Estado.

Flávia Piovesan ressalta que é “(...) insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade.”⁵⁴ A condição homossexual é uma especificidade de um grupo social que necessita ser reconhecido e que sofre violações de direitos decorrentes da discriminação e da intolerância. Por esse motivo, são exigidas dos poderes públicos ações de resposta e de correção.

Para Celso Lafer, tais direitos:

⁵³ Os adeptos desta teoria entendem que uma decisão ética se conduz numa distribuição equitativa de direitos, impondo-se um método justo e imparcial de repartição desses direitos. Neste sistema, os direitos seriam distribuídos pelos seus membros, sem beneficiar interesses particulares de alguns grupos, ou seja, reconhecendo a igualdade de oportunidades procedendo-se, assim a distribuição dos benefícios. (Cf. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008). A teoria de Rawls é criticada na medida em que não aponta soluções para a distribuição de direitos no plano privado, o que precisa ser complementado por direitos de reconhecimento para o ideal alcance de justiça, conforme apregoa Amartya Sen, MacKinnon, Nancy Fraser etc. (GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 72-76 e 85-101).

⁵⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 50.

são direitos individuais das pessoas, que integram uma minoria para, em conjunto, exercer em comum com os demais membros do seu grupo, no âmbito interno dos Estados, os direitos correspondentes.⁵⁵

Nessa linha de raciocínio, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina, em seus artigos 26 e 27 que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer forma de discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

As políticas de diversidade no combate à intolerância são um desafio que permanentemente encontrado na agenda dos direitos humanos. Para isso, é necessário ampliar e enrijecer os mecanismos de monitoramento e efetivação dos instrumentos específicos para a proteção dos grupos mais vulneráveis da sociedade, a exemplo daqueles que combatem toda e qualquer forma de discriminação. Tais instrumentos só serão implementados por políticas de inclusão, para que esses indivíduos possam ter uma efetiva participação igualitária, em comparação aos dos demais grupos sociais.

Nesse sentido, Axel Honneth menciona que:

os indivíduos precisam se saber reconhecidos também em suas capacidades e propriedades particulares para estar em condições de autorrealização, eles necessitam de uma estima social que só pode se dar na base de finalidades partilhadas em comum.⁵⁶

Os direitos de reconhecimento são de suma importância para uma justiça pautada na distribuição equitativa dos benefícios. Os homossexuais são estigmatizados pela sociedade e tais estigmas são frutos da sedimentação de um padrão institucional e histórico distante de qualquer embasamento científico ou

⁵⁵ LAFER, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁶ HONNET, *op. cit.*, p. 277.

racional. Esse grupo sofre pela “usurpação negativa de um bem imaterial”, pois não há aceitação e respeito à sua condição diferente dos padrões convencionais estabelecidos pela sociedade. Por essa razão, cabe ao Direito equilibrar as distorções a fim de considerar o direito do homossexual de expressar publicamente sua afetividade.⁵⁷

1.3. A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

1.3.1. A família na Constituição de 1988: algumas considerações

A ideia de família encontra-se fundada na necessidade do ser humano viver com outros da mesma espécie. A vida em comum confirma a visão aristotélica de que o homem é um “animal social”⁵⁸. 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.

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.⁵⁹

⁵⁷ LOPES, *op.cit.*

⁵⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 32.

⁵⁹ ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 33.

A família situa-se, pois, como 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.

Os modelos de família, contudo, foram sofrendo diversas variações ao longo da história, de modo a atenderem os acontecimentos vividos em cada lugar. Os com a visão procriativa foram os primeiros experimentados pelo homem, como é o caso do sistema familiar patriarcal monogâmico da Babilônia na Idade Antiga, o modelo hebreu e o romano (este último é o instituidor do matrimônio de natureza contratual).

60

A finalidade de procriação, durante a Idade Média, manteve-se, mas o casamento, devido às influências da Igreja, como detentora do poder estatal, deixou de ser apenas um contrato, passando a um sacramento da Igreja. O ato sexual, então, era permitido somente na constância desse sacramento e com o objetivo mencionado.⁶¹

A instituição familiar era constituída pelo casamento como legitimador da prole. A família e sua proteção jurídica vinculavam-se, portanto, à ideia de parentesco. Isso, porém, não é fundamento para a constituição de uma unidade social, já que são aspectos biológicos atinentes à multiplicação da espécie humana, como estruturas formais que resultam da combinação das relações ascendência/descendência (pais, filhos), consangüinidade (irmãos) e afinidade (vínculo entre os genitores). No entanto, nem sempre os laços afetivos coincidem com o parentesco biológico, a exemplo dos filhos adotivos. É claro que o parentesco pode ser crucial para a definição de diversos modelos familiares⁶², mas devido a mudanças culturais e evolução da razão humana, a realidade passou a conceber novos modelos de entidades familiares, que também merecem ser tutelados pelo Estado.

Não cabe perquirir a natureza da família ou discriminar a moldagem biológica dos seus integrantes, mas avaliar o efetivo vínculo de afeto como elo

⁶⁰ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.) **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011, p. 264-265.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² SARTI, Cynthia Andersen. Contribuições da antropologia para o estudo da família. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, 1992. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 23 mai. 2011.

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 diferentes.

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, que antes deveria ser construída sobre uma estrutura matrimonial entre um homem e mulher que procriavam, era a única forma considerada 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.

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 alterado. 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.⁶³

O papel de uma mãe, de um pai ou de um filho, ligados pelo afeto, somam objetivos no intuito de resguardar o mínimo existencial e assegurar a condição de dignidade a todos os integrantes da família. Tratando-se do primeiro ambiente de experiência do exercício da dignidade humana, cabe ao Estado preservá-lo e protegê-lo como a ser estendido pela sociedade como um todo.

O lar onde se constitui uma família é lugar onde se exercitam as essenciais liberdades de privacidade e intimidade. As relações afetivas e as consequentes relações sexuais entre os parceiros desse ambiente merecem respeito e

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 52

preservação dessas liberdades. Não pode Estado nem qualquer integrante da sociedade invadir essa esfera, que deve permanecer intocável para garantia da preservação do indivíduo, de modo que o mesmo possa sentir-se em um abrigo seguro.

A família é digna de proteção, porque é ela a responsável pelos ensinamentos iniciais, dados ao indivíduo e parte contribuinte para sua formação, bem como para a vida em comunidade. Nesse sentido, independe dizer como essa família foi constituída. Não importa saber se existe casamento, filhos ou se estes filhos são biológicos ou não. 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.

Atualmente, diversos lares propiciam essas condições. É o caso de avós que criam seus netos, de tios que criam seus sobrinhos, de uma mãe solteira que cria seu filho com ou sem a contribuição do pai etc. É esse o núcleo afetivo que precisa ser protegido pelo Estado, independente do modo como ele é constituído.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar da ordem social, estatui “especial proteção do Estado” ao núcleo familiar do seguinte modo:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A ideia central do dispositivo acima transcrito é de declarar que a família é a “base da sociedade” e, por assim ser, merece uma “proteção especial do Estado.” O

núcleo desta proteção está dirigido à estrutura familiar. É a família que merece proteção.

De toda a análise enfrentada sobre a evolução da entidade familiar ao longo da história, é possível constatar que o construído familiar de hoje não mais se amolda às necessidades do passado. Pela avaliação do dispositivo constitucional, percebe-se que sua finalidade não foi a de definir família, mas tão somente de garantir-lhe proteção.

O texto demonstra-se suficientemente claro nesse aspecto, tanto é que nos §§ 3º e 4º, respectivamente, há a especificação que, para fins de proteção do Estado, “é reconhecida a união estável como entidade familiar” e que também entende-se como família “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” A menção explícita destas duas espécies de família (constituída pela união estável e monoparental) teve por objetivo evitar a discriminação existente pela ordem constitucional anterior, que definia família como sendo constituída apenas pelo casamento.⁶⁴

Ora, caso a finalidade do dispositivo fosse conceituar família ou especificar quais delas seriam protegidas, seu conteúdo traria um rol enumerativo de espécies que caberia ao Estado proteger.

Segundo Paulo Luiz Netto Lobo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.⁶⁵

Vê-se, pois, que o texto constitucional não teve o papel de enumerar taxativamente quais seriam as famílias que o Estado deveria proteger ou mencionar quais as formas exclusivas de sua constituição. Não cabe à lei definir uma estrutura social, 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

⁶⁴ A Constituição de 1967 assim dispunha: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.”

⁶⁵ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Direito civil**: famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

encontra-se por essa razão legitimada, independentemente do reconhecimento do Estado.

Neste sentido, ressalta Álvaro Villaça Azevedo:

Tenha-se presente, ainda, que a Constituição de 1988, mencionando em seu caput que a família é a “base da sociedade”, tendo “especial proteção do Estado”, nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim, porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabia dizer ao povo como deve ele constituir sua família.⁶⁶

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 assim se extrai do mandamento constitucional. 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 (*affectio maritalis*)”.⁶⁷

A família passa então a ser uma entidade plural que não cabe ao Estado controlar, mas proteger:

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.⁶⁸

A ordem constitucional vigente trouxe em seu bojo uma adequação social à realidade de uma época. A família deixou de ser formada pelo casamento e, ainda, de ter finalidade procriativa. Nesse aspecto, coube ao constituinte mencionar as espécies de família que não se encontravam amparadas de proteção na Constituição de 1967.

Uma Constituição que declara a proibição de discriminação de qualquer natureza (art. 3º, IV) não mais admitia a desvalorização das demais estruturas familiares que não correspondem àquela constituída pelo casamento. Por essa

⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O direito civil na Constituição. In: MORAES, Alexandre de. (coord.) **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 375.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 56.

⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31-32.

razão, tornou-se imperiosa a especificação de tipos de família constituída em razão da união estável, e da família monoparental, que não mais poderiam ser desconsideradas ou tratadas com desprezo pelo Estado.

Assim, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a noção de família foi alargada e, para a sua formação “não mais se exige (...), a existência de um casal heterossexual, com capacidade reprodutiva, pois dela não dispõe a família monoparental.”⁶⁹

Além disso, com o advento da Lei Maria da Penha (Lei n. 11340/2006) que trata da violência doméstica contra a mulher o legislador passou, apesar de parecer contraditório, a considerar as uniões homoafetivas como entidade familiar:

Assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas. Pela primeira vez foi consagrado, no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros.⁷⁰

1.3.2. Família homoafetiva: uma realidade não regulada especificamente

A ciência, ao trazer as possibilidades de inseminação artificial e métodos contraceptivos, promoveu uma alteração de valores para não mais considerar que a “prole” e a “capacidade procriativa” sejam elementos essenciais para que o relacionamento entre duas pessoas mereça proteção legal.⁷¹

Pela biociência, já é possível que uma mulher homossexual possa receber óvulos de sua companheira para inseminação artificial. Em casos como esse, para que sejam protegidos interesses comuns 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 destituída de qualquer discriminação de natureza sexual, porventura existente no texto da lei. Com isso, estaria o direito contribuindo para naturalizar as diferenças de uma realidade que ainda é um tabu na nossa sociedade contemporânea. “Logo, o direito pode promover mudanças e

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 55.

⁷⁰ *Id.*, **União Homoafetiva**: o preconceito e a justiça. São Paulo: RT, 2011, p. 117.

⁷¹ *Id.*, 2000, p. 56.

remover injustiças historicamente consolidadas, requerendo para isso que algumas instituições jurídicas sejam mobilizadas.”⁷²

Considerando que a capacidade procriativa deixou de ser a condição essencial para a formação de uma família protegida pelo ordenamento jurídico, vê-se que nada impede que as uniões entre pessoas do mesmo sexo também sejam reconhecidas pelo direito como entidade familiar. Como a impotência de gerar filhos dos casais heterossexuais não desconfigura essa união de modelo de família, impõe-se que a mútua assistência afetiva entre pessoas do mesmo sexo também mereça proteção do Estado, por também se tratar de família.

Diante de uma maior abertura e tolerância da sociedade, como decorrência das mudanças sociais, passou-se a alterar também os padrões de relacionamento entre os homossexuais. A necessidade de afirmação e de reconhecimento fez com que a homossexualidade fosse pouco a pouco inserida na vida social, deixando de ser praticada às escondidas de uma repreensiva e preconceituosa norma social.

Os ganhos dos movimentos de liberdade, especialmente os feministas, que trouxeram alterações no campo familiar, fizeram com que a sociedade percebesse que o modelo de família patriarcal já não mais condizia com a realidade. Esse processo irradiou maior tolerância da sociedade diante de posturas ainda consideradas inadequadas.

Neste contexto, na década de 90, a homossexualidade deixou de ser praticada de forma repulsiva e passou a ser afirmada como condição de exercício da felicidade. A experiência revelou inúmeros casos de homossexuais que tiveram seus desejos sexuais reprimidos e tiveram que enfrentar todo o preconceito, adequando-se aos valores sociais. Essa situação já não era mais sustentável para esses grupos que pretendiam o livre exercício de sua orientação sexual.

A epidemia da AIDS e o medo de sua propagação, sobretudo quando o seu alastramento foi dirigido aos homossexuais, considerados à época grupos de risco, foi propulsora da estabilidade das relações homossexuais. Esse era o momento de afirmar que a homossexualidade não era a causa da doença e que os homossexuais não mais poderiam ser o estereótipo da promiscuidade. Por esta razão, a estabilidade das relações homoafetivas tornou-se mais comum em razão da “maturidade e envelhecimento de alguns quando em resposta a ameaça da

⁷² LOPES, *op.cit.*, p. 73.

epidemia de AIDS, contra a qual o relacionamento estável e monogâmico oferecia relativa proteção.”⁷³

Logo, homossexuais passaram a reivindicar o direito a serem reconhecidos como famílias, atacando pela inversão a exclusividade do modelo heterossexual e ao mesmo tempo reforçando a importância de uma construção social: a família. Neste sentido Perlongher (1992) argumenta que também no Brasil, 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.⁷⁴

As mudanças sociais, especialmente as conquistas das mulheres marcaram uma maior liberdade sexual⁷⁵, fazendo com que um ambiente mais favorável fosse criado para o estabelecimento de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. 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. 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, o ordenamento jurídico brasileiro não regula especificamente as relações decorrentes da orientação homossexual. Isso ainda é motivo de insegurança jurídica, sobretudo quando esse assunto ainda é discriminado pela população e tratado com repulsa por alguns segmentos sociais.

Maria Berenice Dias pondera que:

O silêncio da lei, que leva à exclusão do sistema jurídico, é a forma mais perversa de condenação à invisibilidade. Forma-se um verdadeiro círculo vicioso: a ausência de punição alimenta posturas discriminatórias e a falta de uma legislação regulatória enseja a alegação de que inexistente direito a ser assegurado.⁷⁶

⁷³ MOSCHETA, Murilo dos Santos. **Construindo a diferença**: a intimidade conjugal em casais de homens homossexuais. Dissertação apresentada à Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto/USP – Dep. de Psicologia e Educação. Ribeirão Preto, 2004, disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/.../Dissert_Mestrado_Murilo_online.pdf>. Acesso em 30 mai 2011, p. 35.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁷⁵ “As ideias de igualdade e liberação sexual ganham força e surgem *os primeiros manifestos feministas organizados, como o Brasil Mulher, Maria Quitéria e Nós Mulheres.*” (*Ibid.*, p. 34).

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: _____, **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011, p. 250.

A omissão legislativa torna-se obstáculo para o reconhecimento da homoafetividade. O preconceito 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. O que ocorre é uma omissão ⁷⁷ do legislador, que deixa de assegurar os direitos dos cidadãos homossexuais e não enfrenta uma importante realidade social, que também necessita ser regulada especificamente.

Apesar do reconhecimento jurídico da união homoafetiva pela Suprema Corte, os efeitos práticos desta decisão ainda são incertos em razão da discriminação e das posições conservadoras legalistas que vem sendo manifestadas publicamente. ⁷⁸

Não bastasse isso, tramita no Congresso Nacional, especialmente na Câmara dos Deputados um projeto de Decreto Legislativo n.º 224/2011⁷⁹, visando sustar a decisão do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de invasão de competência do legislativo de autoria do Deputado Federal João Campos (PSDB/GO), coordenador da denominada “Frente Parlamentar Evangélica”.

Desse modo, cabe avaliar se a decisão do STF é suficiente para igualar os direitos afetivos dando a possibilidade de conversão da união estável em casamento

⁷⁷ 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.” (*Ibid.*, p. 251).

⁷⁸ 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 substituísse 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).

⁷⁹ O PDL n. 224/2011, apresentado ao Plenário em 25/05/2011, tem a seguinte conclusão de sua motivação: Conclui-se, portanto, que o Congresso Nacional deve adotar as medidas que lhe são devidas para a manutenção da harmonia em nosso ordenamento jurídico, fazendo uso do remédio que lhe foi conferido pelos incisos V e XI, do artigo 49, da Constituição Federal, contra usurpações dessa natureza, **sob pena de desmantelamento da democracia e a quebra do próprio sistema jurídico da Nação, com o estabelecimento de odioso absolutismo.** [...] Convencidos dos argumentos aqui esposados, deputados que integram FPE - Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional, em reunião, na terça-feira passada, deliberaram por apresentar o presente Projeto de Decreto Legislativo, no zelo da competência do Legislativo e também com caráter preventivo em relação a outras decisões que o STF poderá prolatar no futuro eivadas de ilimitado ativismo que configure a invasão de competência do legislativo. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PDL n. 224/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503973>> Acesso em 07 jun. 2011, destaques do original).

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

2. O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NA REGULAÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SINALIZANDO SUA CONCRETIZAÇÃO

O Poder Legislativo, numa democracia constituída pela soberania popular, tem a função precípua de representar os cidadãos em sua totalidade e não somente alguns grupos em detrimento de outros. Nesse sentido, o modelo constitucional brasileiro aponta ao legislador a missão de determinar, por meio de lei de caráter geral e abstrato, a moldura do Estado, com seus órgãos e suas ações colimadas na realização dos anseios de todos.

Para que a expressão da vontade popular seja efetivada por meio da lei, faz-se necessário garantir que os cidadãos sejam os titulares dos direitos nela conferidos. É esse o sentido de uma democracia como regime político, que respeita o fundamento da cidadania - base para o exercício dos poderes constituídos pelo Estado⁸⁰ - e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, atendendo aos interesses não de um número maior de indivíduos, mas a todos eles, indistintamente. Ademais, esse sistema permitirá a orientação de um olhar especial que possa corrigir a negação de direitos a certos grupos, há muito tempo discriminados.

A postulação da vontade popular num Estado Democrático de Direito deve ser emanada de uma ordem constitucional, não somente para programar a organização da estrutura estatal, mas também de assumir um caráter normativo superior a todo o resto do ordenamento jurídico. O modelo democrático instituído na Constituição de 1988, além de estabelecer os direitos e deveres fundamentais, é um sistema de limitação e controle das ações dos poderes públicos em todas as funções, sejam elas legislativas, administrativas, ou judiciais.

⁸⁰ A Constituição de 1988 inovou no modo de conceituar a cidadania, colocando-a como princípio constitucional e desvinculando-a da ideia de nacionalidade, a que era vinculada na tradição anterior. A dimensão vertical liberalista da cidadania encontra-se superada para o reconhecimento da solidariedade, que deve ser princípio fundamental para a consecução dos fins do Estado. A inclusão social é medida que se impõe, cabendo a adoção de políticas públicas que devem ser o norte para o alcance desse modelo. Logo, os valores fundamentais, como a cidadania, devem transformam-se em princípios gerais do direito, sendo base para o exercício dos poderes constituídos pelo Estado. (SMÂNIO, Gianpaolo. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. *In*: MORAIS, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 341).

A força de uma norma de regulação do poder só se torna realidade na medida em que esta é observada nos seus estritos limites. Assim, tem-se a legalidade como propulsora das ações do Estado. Tal vinculação restringe-se à vontade de uma sociedade politicamente organizada, que estrutura seus poderes para que os anseios dos indivíduos sejam em prol do bem-estar de todos.

A lei, especialmente a Constituição, deve ser a tradução jurídica da ordem política, de modo a submeter todos aqueles que exercem o poder, restringindo favorecimentos, perseguições, arbitrariedades, de acordo com uma vontade geral.⁸¹

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas de países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na reação soberano-súdito (submisso).⁸²

O preceito da legalidade, aqui entendido como aquele que decorre do regramento constitucional, no sentido de se estabelecer a ordem jurídica de um país, impulsionou o constitucionalismo⁸³ na estruturação de um regime democrático. O governante e demais poderes do Estado só estão legitimados quando atuam em observância à lei, ou seja, a atuação encontra-se condicionada à vontade popular extraída de um mandamento superior. É esse mandamento que vai determinar o modo de ação do governo, distribuindo os poderes e estruturando seus limites de atuação.

Uma Constituição relegada a um pedaço de papel não cumpre a legalidade acima mencionada. A Constituição precisa, portanto, ser concretizada na realidade social de um povo, anseia por ser ele a voz das decisões políticas do Estado, para que de fato este atue em seu favor.

⁸¹ OLIVEIRA, Frederico Batista de. O constitucionalismo plasmando a democracia. **Revista acadêmica: direitos fundamentais**. Osasco, n. 5. No prelo.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 100.

⁸³ O constitucionalismo é, portanto, "teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo." (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51).

Numa ótica jurídica, a Constituição, como fonte primeira de legitimação das ações do Estado, tem por finalidade estabelecer a validade de todo o ordenamento jurídico. É, portanto, a lei fundamental e a diretriz enunciativa de preceitos maiores, que agregam todo o conjunto normativo, por intermédio de mandamentos de sobreposição e de irradiação, a todo o regramento, a ser realizado na maior medida possível. Sendo assim, também cabe à Constituição traçar os meios para que o povo delegue poderes aos governantes, dando-lhes atribuições e competências.

Em suma, o sistema constitucional brasileiro impõe que a atuação do legislador se realize pautada pela vontade geral da nação, em estrita observância aos fundamentos magnos de cidadania e dignidade humana. Dessa forma, haverá respeito à essência do regime democrático, que abrangerá grupos minoritários, para tornar possível a existência da aclamada “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁸⁴, como medida de ampliação do exercício da cidadania.⁸⁵

2.1. A INTERPRETAÇÃO DO § 3º DO ART. 226: UM PROBLEMA HERMENÊUTICO?

Das discussões travadas na Assembleia Nacional Constituinte, ao votar a redação do § 3º, do art. 226 da Constituição de 1988, percebe-se o desvirtuamento do objetivo de se instituir um Estado Democrático com uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Isso ocorre porque é possível constatar claramente a vontade discriminatória de se instituir a união estável exclusivamente para os relacionamentos entre *homem e mulher*. Senão:

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar,

⁸⁴ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil: “Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)” (BRASIL, *op. cit.*, p. 1).

⁸⁵ O preâmbulo da Constituição representa diretriz para a interpretação e aplicação das normas constitucionais, (cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 204).

devendo a lei facilitar sua conversão em casamento' Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos **gays** através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no **show** do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: 'Para efeito de 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'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda. **O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:** - Isso é coação moral irresistível. **O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):** - Concedo a palavra ao relator. **O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:** - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. **O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):** - Sr. Presidente, estou de acordo. **O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):** - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa).** Aprovada **(Palmas).**⁸⁶

Não obstante a vontade do constituinte tenha sido no sentido de estabelecer a referida discriminação, ela não se coaduna com os preceitos maiores que devem ser interpretados sistematicamente. Afasta-se, portanto, a possibilidade de uma interpretação isolada e autêntica na medida em que esta se torna incompatível com a superioridade principiológica que deve sustentar todo e qualquer regramento constitucional e infraconstitucional.⁸⁷

⁸⁶ Trecho extraído do Voto do Ministro Ricardo Lewandowsky - Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento "B", p. 209. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132; ADI 4.277.** Pleno. Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>> Acesso em 10/05/2011, **negrito do autor**).

⁸⁷ Segundo Alexy o mais importante para a teoria dos direitos fundamentais "é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. (...) O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes ..." que consiste na avaliação do que a regra traz em

Como visto no capítulo anterior, o constituinte não teve o objetivo, nem teria legitimidade para definir família⁸⁸, nem estatuir um rol taxativo que impedisse considerar outras formas, além daquelas especificadas no seu julgamento. No entanto, ao que se deduz das discussões acima transcritas, é a intenção de dificultar uma interpretação que alcance o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Qual seria então a solução para esse problema hermenêutico constitucional? Há, pois, duas alternativas: a) utilizar-se de uma interpretação autêntica e histórica, adstrita a essa regra, materializando a vontade da posição conservadora do constituinte; ou b) utilizar-se de um método de interpretação mais coerente com a realidade social, a fim de garantir força ativa aos princípios superiores e extirpar a aludida discriminação, deduzida dos debates dos constituintes.

A posição que acolhe a primeira solução acaba por trazer outro problema: a dissociação dos princípios superiores analisados no capítulo anterior. Nessa trilha interpretativa, identifica-se a exclusão dos homoafetivos da união estável, em razão da exclusividade dirigida apenas à união realizada “entre o homem e a mulher”. Corrompe-se, assim, a efetividade máxima que deve ser dada aos princípios constitucionais, pois, no caso de dúvida, é preciso que a regra seja interpretada de modo a reconhecer uma eficácia maior aos direitos fundamentais.⁸⁹

A segmentação ou o isolamento da interpretação da regra em apreço, divorciada da análise do conjunto das normas constitucionais, ofende o “princípio da unidade da Constituição”⁹⁰, que consiste numa exegese realizada no sentido de evitar contradições. Toda e qualquer regra da Constituição deve ser interpretada de forma global, harmonizando as possíveis tensões existentes.

termo de ampliar ou reduzir o princípio sendo válida quando essa regra se sustenta para dar eficácia ao princípio. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, *passim*).

⁸⁸ Vide capítulo: 1.3.1.

⁸⁹ O “princípio da eficiência” considera que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. [...] no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.” (CANOTILHO, *op. cit.*, p.1224).

⁹⁰ Canotilho, ao estabelecer princípios de interpretação da Constituição, colocou o “princípio da unidade da constituição”, esclarecendo que a norma constitucional “deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.” (*Ibid.*, p. 1223).

Portanto, se existe uma regra que, por meio de uma leitura isolada, possibilite a restrição ao acesso de certos grupos a direitos derivativos dos princípios fundamentais, essa exegese deve ser ampliada em harmonização e integração de todo o sistema. As regras dispostas no texto constitucional não podem ser interpretadas ou consideradas “como normas isoladas e dispersas, mas como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”.⁹¹

Demais disso, consoante a redação do dispositivo constitucional em tela, não há proibição da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento da união “entre o homem e a mulher”, conforme se extrai do texto, não se encontra precedido de advérbios de exclusão, como “somente” ou “apenas”, o que não justifica a utilização de uma interpretação restritiva.

Com efeito, o dispositivo em análise, à luz dos princípios constitucionais que vedam a discriminação por orientação sexual, traz a lógica constatação de que não é possível limitar o reconhecimento da união estável somente às relações advindas “entre o homem e a mulher”. Deixar de reconhecer a entidade familiar homoafetiva, logo, é um retrocesso que não condiz com o modelo de Estado Democrático de Direito institucionalizado, de acordo com os motivos estampados no preâmbulo da Carta de 1988.⁹²

2.2. O PAPEL DO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL NA REGULAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL: A DESOBEDIÊNCIA À CONSTITUIÇÃO

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 CRFB, especificando apenas a união estável estabelecida “entre o homem e a mulher”:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública,

⁹¹ *Ibid.*, p. 1224.

⁹² Que declara ser o Brasil uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.⁹³

A regulamentação da união estável da forma em que ficou redigida, tanto o texto constitucional como o infraconstitucional trouxeram insegurança jurídica ao exercício da homoafetividade. O legislador infraconstitucional postou-se omissivo 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, a insegurança jurídica, uma vez que deixa essa realidade à mercê dos percalços de uma vida afetiva sem respaldo jurídico.

É cediço que a comunhão de afeto realizada em caráter contínuo e duradouro possui efeitos jurídicos relevantes e merecedores da proteção do Estado. Foi por essa razão que a Constituição Cidadã de 1988 aceitou a união estável como família.

A união estável como entidade familiar foi regulada antes do Código Civil de 2002, pela Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Essa regulação só ocorreu após um longo período de insegurança, também decorrente da omissão legislativa no receio de contrariar as posições mais conservadoras da sociedade.⁹⁴ O objetivo era proteger essa forma de convivência afetiva, que à época também não era tão aceita pela sociedade, denominada de “família ilegítima”. As evidências do preconceito encontravam-se expressas no Código Civil de 1916, que dispunha de restrições a esse modo de convivência e, ainda, sobre a filiação ilegítima, considerando como legítimos apenas os filhos havidos na constância do casamento, em rechaço a outras formas de convivência afetiva. Na missão de regular essa entidade familiar

⁹³ BRASIL. Normas. **Códigos civil, comercial, processo civil, constituição federal e legislação complementar**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 428.

⁹⁴ Venosa ressalta ainda que: “De qualquer forma, durante muito tempo nosso legislador viu no casamento a única forma de constituição de família, negando efeitos jurídicos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo essa posição em nosso Código Civil do século passado. Essa oposição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem casamento, persistiu por tantas décadas em razão de inescandível posição e influência da Igreja Católica.” (VENOSA, Sílvio de Salvio. **Direito Civil: direito de família**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6, p. 35).

coube, ainda, ao legislador acabar de vez com o cenário de insegurança dos companheiros que mantinham o vínculo afetivo fora da formalidade do casamento.

Se o objetivo da Constituição era de combater a insegurança de uma união de afeto, tal finalidade também deveria ter sido considerada para o acolhimento das uniões homoafetivas. A situação é a mesma, só muda a questão da diversidade de gênero, explicitada no texto da lei.

O fato é que as uniões homoafetivas existem tais quais as uniões estáveis entre o homem e a mulher, ou seja, todas são constituídas em razão do mesmo liame: a afetividade. Foi pelo afeto que as formas de família foram legitimadas e, portanto, cabe ao direito proteger e tutelar todas elas para a preservação de interesses patrimoniais e pessoais de cada indivíduo que as compõem.⁹⁵

Por outro lado, considerando que todos os princípios constitucionais avaliados no capítulo anterior são autoaplicáveis, ou seja, são normas constitucionais de eficácia plena, o direito homoafetivo prescinde de lei para ser reconhecido. A união estável e a proteção jurídica à família como base da sociedade já se encontram reguladas, cabendo apenas a interpretação adequada para a incorporação do princípio da igualdade, desprezando-se a discriminação por orientação sexual. A liberdade, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a proibição de discriminação aos homoafetivos são direitos fundamentais e, como tais, não estão limitados à edição de norma positivada.⁹⁶ Assim, o papel do legislador infraconstitucional em regular a homoafetividade, apesar de importante para diminuir a insegurança jurídica, tem natureza meramente integradora.⁹⁷

⁹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade *In*: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: RT, p. 196.

⁹⁶ José Afonso da Silva salienta que as normas de eficácia plena, como são as que dizem respeito as direitos fundamentais (liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade e proibição de preconceito) “incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo *aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.* (...) São de *aplicabilidade imediata*, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. (...) As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-102).

⁹⁷ A norma de eficácia plena muitas vezes precisa ser integrada por lei ulterior para organização de certos direitos, inclusive para corrigir retrocessos, estabelecer uma mudança de cultura. “Por muitos modos se pode integrar as normas constitucionais, não só mediante lei ulterior. Mesmo as normas plenamente eficazes, juridicamente falando, dependem, às vezes, do cumprimento de certos requisitos ou de um mínimo de organização, para serem aplicadas” (*Ibid.*, p. 226). Vide ainda: p. 88-89.

2.3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS: ASPECTOS GERAIS

A progressiva afirmação de um regime democrático demanda a proibição de retrocesso, visando ampliar os ganhos em favor da proteção da dignidade humana e o mandamento da igualdade. Esta proibição também deve atingir os parâmetros mínimos de participação popular e de instrumentalização do controle do poder, que não poderão ser diminuídos.

Para esse mister, a rigidez⁹⁸ da Constituição de 1988 estabeleceu ainda as cláusulas pétreas⁹⁹, como meio de conter possíveis recuos e oscilações que possam obstaculizar o progresso democrático. Essa rigidez serve de limitação imposta em respeito aos direitos adquiridos. Impedem-se, pois, modificações e restrições das normas garantistas que constituem fundamento essencial para possibilitar a segurança jurídica e dar força normativa ao que deve ser considerado um patamar mínimo para uma estabilidade da democracia.

A ordem constitucional inaugurada em 1988 trouxe uma importante mudança com a institucionalização de uma série de ferramentas de controle de poder, especialmente no redirecionamento das funções que o Poder Judiciário passou a ocupar nesse cenário, bem como as atribuições relativas às funções essenciais à justiça como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Nesse aspecto, percebeu-se a necessidade de se criar um mecanismo mais eficaz de controle do exercício do poder político com a instituição de órgãos de fiscalização que proporcionem a contenção de abusos, como é o caso do Ministério Público “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,

⁹⁸ “Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art. 60)”. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41).

⁹⁹ A Constituição Federal estabeleceu no § 4º do art. 60 que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação de poderes; IV – os direitos e garantias individuais. (BRASIL. *op. cit.*, p. 65).

incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹⁰⁰ (art. 127, *caput*, da CRFB).

A visão mecanicista de Montesquieu de que o juiz é um mero “boca da lei”¹⁰¹ passou a não mais condizer com a realidade de uma democracia moderna. As funções estatais foram fracionadas com o objetivo de limitar abusos de poder constatados pela experiência passada com os regimes absolutistas. Não bastava a inserção de um modelo de separação de poderes, se não pudesse decorrer dele a fiscalização de um sobre a ação do outro. Trata-se dos mecanismos de controle recíprocos entre os poderes do Estado, denominados “freios e contrapesos”.

A razão disso circunda no fato de que a função legislativa não é desempenhada exclusivamente pelo Congresso Nacional. As leis estão sujeitas ao controle político do chefe do Poder Executivo, que poderá sancioná-las ou vetá-las. Além disso, ficam sujeitas ao controle de constitucionalidade quando apresentam vícios formais e materiais - conforme previsto na ordem constitucional brasileira - o que Canotilho reputa ser o “momento terminal desse processo”¹⁰². Vê-se, portanto, que a Constituição da República Federativa do Brasil é clara ao determinar que as funções dos poderes do Estado não são isoladas, tratando-se, de um “sistema de corresponsabilidades e interdependências”¹⁰³.

Se a proteção aos direitos fundamentais é válvula motriz de uma democracia, 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 nos limites da moldura dos direitos fundamentais.

A “divisão” ou “separação de poderes” deve ser vista de forma a perceber uma pluralidade de procedimentos caracterizadores de um Estado Democrático que

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 102.

¹⁰¹ Para Montesquieu, o juiz era uma figura passiva na constituição dos poderes do Estado em que lhe cabia apenas o papel de aplicar a vontade da lei. (MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160).

¹⁰² referente ao processo legislativo. (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1321).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 559.

“não se legitima a partir de uma única instância procedimental, mas sim com base em uma diversidade complexa de procedimentos do Estado de Direito.”¹⁰⁴

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 freqüentemente ressurgem na legislação e no jogo político eleitoral.”¹⁰⁵

Ronald Dworkin¹⁰⁶ salienta ser ideal que os juízes apliquem o direito criado pelo Poder Legislativo, no entanto, nem sempre isso é possível, especialmente quando existem direitos dispostos em princípios que, pela ausência de regra específica, não podem ser concretizados na prática. É, portanto, “enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas.”¹⁰⁷ Nesse sentido, o positivismo não soluciona os casos difíceis, pela ineficiência de aplicação dos princípios de caráter mais aberto.

Diante da necessidade de equilíbrio das ações dos poderes do Estado, especialmente quanto ao legislativo e ao executivo, iniciou-se um processo de judicialização do direito pela inoperância do governo, em prol da efetivação dos direitos fundamentais. Por certo, não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo, salvo na indicação de uma norma, como é o caso do mandado de injunção, mas cabe a ele dar a interpretação do ato normativo ou do ordenamento jurídico, de acordo com a Magna Carta.

A constitucionalização foi o ambiente propício para a ampliação da jurisdição constitucional, tanto pela via difusa - de competência dos juízes e tribunais, assim como do controle concentrado - de competência do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis; b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão com a conseqüente convocação à atuação do legislador; d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: (i) a

¹⁰⁴ 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. 186.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 187.

¹⁰⁶ DWORKIN, *op. cit.*, p. 128-129.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 129

leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.¹⁰⁸

O controle de constitucionalidade como defesa da Constituição na observância à estrita legalidade confere sua força normativa, conforme teorizado por Konrad Hesse:

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição 'deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não será recuperado.'¹⁰⁹

Nesse controle de constitucionalidade, cabe a avaliação da compatibilidade das normas, utilizando como paradigma a Constituição, tanto do ponto de vista material, quanto formal. O objetivo é harmonizar o ordenamento jurídico e conferir-lhe uniformidade.¹¹⁰

Nesse aspecto, a exclusão de um grupo social aos procedimentos instituídos pelo Estado, como é o caso da união estável e também do casamento aos homoafetivos, pressupõe, como mencionado no item anterior, a inconstitucionalidade institucionalizada pelo legislador. A inconsistência legislativa viola os princípios supremos, aumentando a distância entre o direito e a realidade homoafetiva, e entre o Estado e a cidadania dos homossexuais.

¹⁰⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 10 de mai de 2011, p. 21-22.

¹⁰⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22.

¹¹⁰ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

O Poder Legislativo que restringe o exercício da homoafetividade, por não conduzi-la ao patamar de igualdade com a heteroafetividade, incide em inconstitucionalidade porque a lei elaborada não está em harmonia com as prescrições constitucionais. Deflagra-se, por conseguinte, uma violação aos “valores, princípios, elementos e bens jurídicos que ornaram, na essência, a dignidade do homem.”¹¹¹ Essa inconsistência menospreza direitos fundamentais interpretados em favor do preconceito e da discriminação.¹¹²

O Poder Legislativo tem o “dever jurídico” de não confeccionar leis que venham a restringir a liberdade. Ronald Dworkin, fazendo alusão à liberdade de expressão que, de certo modo, encaixa-se no livre exercício da homoafetividade, ressalta que:

(...) o Congresso está na posição jurídica de um ladrão que tem o dever jurídico de não vender bens roubados, mas que mantém o poder jurídico de fazer uma transferência válida. Essa interpretação tem pouco a recomendá-la, uma vez que o Congresso, diferentemente do ladrão, não pode ser punido, exceto se negarmos validade a seus atos incorretos, pelo menos de um modo que ofereça proteção aos indivíduos que a Constituição se destina a proteger.¹¹³

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. Essa justificativa não é plausível, porque os princípios afrontados são de plena eficácia, sendo desnecessária a existência de legislação específica para se concretizarem.

Independente de haver especificação expressa na lei quanto aos direitos homoafetivos, tais direitos decorrem de um processo de reflexão que vai muito além dos métodos hermenêuticos clássicos que não são eficazes para a concretização desses direitos (o que será avaliado no capítulo posterior), conforme se percebe da contínua insegurança jurídica de que padecem as relações homoafetivas.

¹¹¹ 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. 131.

¹¹² Paulo Bonavides ao avaliar a omissão legislativa em regulamentar a soberania popular direta ressalta que: “Não há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais da justiça. (...) Quem transgride esse direito [a igualdade] perpetra uma inconstitucionalidade material, ficando assim, incurso nas sanções do ordenamento.” (*Ibid.*, p. 131).

¹¹³ DWORKIN, *op. cit.*, p. 223.

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 dos direitos fundamentais. Trata-se de garantias processuais, 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.

2.4. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO DIANTE DA INCONSISTÊNCIA LEGISLATIVA

Inúmeras foram as ações do Poder Judiciário no campo do direito homoafetivo que serviram de amparo para as agruras decorrentes da omissão legislativa. Tal inconsistência impôs a judicialização da homoafetividade rumo à concretização de uma realidade social que necessitava ser reconhecida juridicamente.

2.4.1. A atuação do Poder Judiciário para a concretização do direito homoafetivo

Considerando o grande avanço decorrente do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, pela decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não cabe mais aqui ater-se às inúmeras ações empreendidas no campo judicial para conferir direitos à homoafetividade. É vasta a literatura que remonta o histórico jurisprudencial da gradativa efetivação desses direitos.

Foi pela via judicial que alguns homossexuais tiveram a chance de ter seus direitos afetivos reconhecidos. Assim, preocupa-se o presente trabalho em compreender ainda o novo rumo quanto ao reconhecimento dessa realidade em caráter vinculante, bem como a avaliação da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para determiná-lo, com eficácia *erga omnes*.

A separação de poderes encontra-se disposta como princípio fundamental inserido no sistema constitucional vigente (art. 2º CRFB/1988). Os poderes são independentes e harmônicos entre si, cada um exercendo suas funções. No entanto, é preciso considerar que essas funções não são estanques e devem ser contrabalanceadas de maneira equilibrada na estruturação do Estado Brasileiro, para que nenhum poder se sobreponha ao outro.

A independência determinada pela Constituição não significa dizer que um poder encontra-se impedido de interferir nas ações do outro, o que só seria verdade quando todos eles estivessem efetivamente cumprindo suas funções. Somente assim a harmonia e o equilíbrio estariam presentes. A independência, nesse ponto, não é absoluta, pois se assim o fosse, o sistema de freios e contrapesos seria inócuo como importante artifício para engradar as ações do Estado no objetivo essencial de atender o anseio de todos.¹¹⁴

Não cabe ao Judiciário editar leis ou programar, planejar e executar políticas públicas; cabe a ele o controle judicial, decorrente de sua função precípua de aplicar o direito para dirimir os conflitos.

A judicialização das políticas públicas tornou-se uma consequência lógica de um desequilíbrio a que o Judiciário não deu causa, mas decorrente da omissão dos outros poderes que descumprem suas funções. Nesse sentido, têm-se, por exemplo, os diversos casos de omissão do Poder Executivo em assegurar direitos fundamentais e do Legislativo em regular direitos básicos, como no caso do direito de greve dos servidores públicos e com relação aos direitos da homoafetividade.

Um grupo prejudicado pela discriminação, que não possui acesso aos direitos extraídos do mandamento magno, necessita socorrer-se de alguma forma para que possa ter a amplitude mínima condizente com o fundamento da cidadania. Afinal, a quem cabe a missão de corrigir lesão ou ameaça a direito, senão ao Poder Judiciário, sobretudo quando é vedado qualquer meio de obstaculizar esse acesso?

¹¹⁴ Tem-se como inócuo o antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o Mandado de Injunção serviria apenas como instrumento para se declarar a mora legislativa no sentido de recomendar seu suprimento (visão não concretista). Após perceber que o remédio não remediava na prática a inércia legislativa, passou-se a adotar uma postura concretista no sentido de se implementar o exercício do direito até que fosse editada a norma competente pelo Poder Legislativo. (MORAES, *op. cit.*, p. 186). A exemplo disso, têm-se os recentes julgados de Mandados de Injunção para suprir a falta de lei que regula o direito de greve para servidores públicos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 712**, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. DJ 206 de 31 de out. de 2008, v. 2339-03, p. 384).

O agir do Judiciário decorre da provocação das partes que propõem suas demandas em juízo pela ameaça ou lesão ao direito posto. A atuação judicial é o meio de garantir a manutenção da harmonia dos poderes que devem agir conjuntamente, no sentido de atender ao anseio de todos, indistintamente.

Como visto, a discriminação por motivo de opção sexual existe no âmbito da legislação. Pela lei, tal como ela foi redigida, nega-se o acesso dos homossexuais à união estável e ao casamento. A lei injusta, que não atende a princípios maiores, pode prevalecer? Certamente que não.

Um direito que se encontra assegurado a uma maioria deve também ser estendido à minoria que não possui voz no cenário político. Se falta voz a esta minoria, como ela poderia ter a segurança de conquistar seu direito com sucesso pela via legislativa, que representa a maioria, ainda calcada pelo preconceito?¹¹⁵

Não se percebe qualquer intenção do legislador em regular a homoafetividade, que só se afigura polêmica em razão da discriminação que permeia tanto a sociedade quanto a casa de seus representantes. Ademais, qual é a visibilidade dos homossexuais no cenário político brasileiro? Quem poderia então corrigir a inconsistência legislativa de modo a amparar os direitos homoafetivos? Diante dessa inconsistência, qual Poder Público poderia então estender os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade a esse grupo minoritário? É possível esperar que talvez um dia o cenário político amadureça para que esse direito passe a ser tutelado pelo Estado?

A resposta é que não seria mais possível aguardar uma ação positiva do legislador no sentido de regular a homoafetividade no Brasil. Todos os debates sobre o tema são tidos como polêmicos, de onde surgem bancadas fundamentalistas de parlamentares religiosos que apontam um flagrante preconceito em posição de combate à efetivação de medidas de ampliação da cidadania para os homossexuais, excluídos dos procedimentos que conferem juridicidade ao afeto, como é o casamento.

Apesar de o Brasil ser constituído como Estado laico, as decisões políticas ainda sofrem influências das religiões que impõem uma série de resistências às

¹¹⁵ Maria Berenice Dias esclarece que: “Quem não tem voz e nem vez precisa ter certeza de encontrar na Justiça uma resposta. É a última esperança dos que têm todas as portas fechadas, a começar da família, que estigmatiza o filho que não reproduz o modelo que lhe foi traçado como o único possível: casar e multiplicar-se para perpetuar a estirpe”. (DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do Direito. *In*: _____ **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: RT., 2011, p. 250).

transformações sociais, especialmente àquelas que traçam novos contornos ao modelo de família. A propósito, têm-se o seguinte testemunho:

Em debate que participei na Comissão de Constituição, de Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados no ano de 2010, sobre se a lei poderia instituir a união estável entre duas pessoas adultas, alterando, em consequência, o Código Civil, houve verdadeiro *massacre*, por parte de religiosos, sobre os que defendiam posições diferentes. O equívoco se inicia por aí, ou seja, colocar religiosos para debater matéria civil. Em segundo lugar, não se pode desconhecer a realidade. Ela existe, é palpável e está diante de nosso nariz. Enxergá-la ou não é problema de nossa consciência. Debruçarmo-nos sobre o tema é nossa obrigação enquanto cidadão, o que constitui, pois, dever de todo aquele que se sente responsável pela sociedade.¹¹⁶

Como pela via legislativa o direito homoafetivo não foi institucionalizado, coube ao Poder Judiciário corrigir a lesão ao livre exercício da homoafetividade.

Uma questão importante, que vem sendo debatida no contexto atual, diz respeito à legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF). Na função de guardião da Constituição, compete-lhe, além do controle difuso (atribuição conferida aos demais tribunais e juízes), também o controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102 CRFB). Assim, a corte constitucional brasileira tem a relevante missão de uniformizar a interpretação do ordenamento jurídico no sentido de estabelecer um padrão de constitucionalismo a que se encontra adstrita toda atividade legislativa. Toda a lei ou toda a ação do Estado deve obediência ao mandamento magno e, por essa razão, a atuação judicial, deve efetivar a conformidade das normas numa interpretação constitucional.

Atento aos fundamentos e princípios estampados no texto constitucional, é que se deve extrair toda a interpretação da norma, inclusive das próprias regras inseridas na Constituição. A missão do Poder Judiciário, especialmente do STF, é de fazer uma interpretação constitucionalmente adequada, ou seja, concretizando o sentido da norma dentro da realidade fática atual.

O modelo interpretativo adequado constitucionalmente impõe a concretização da norma diante do dinamismo da realidade dos fatos, em adaptação das evoluções político-sociais. Não cabe, pois, avaliar tão somente a vontade do legislador como método interpretativo (como visto anteriormente), sendo preciso

¹¹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: RT, 2011, p. 175-176.

utilizar uma metodologia que amplie o texto constitucional, adaptando-o a essa dinâmica fática.

Ademais, não cabe ao Poder Judiciário a aplicação de uma regra quando esta se afigura injusta ou incompatível com o sistema constitucional formatado sobre uma base de ampla carga axiológica de seus princípios diretores. A moldura ideal é aquela que aplica o direito estruturado a partir da norma (regra) para a realidade, em cotejo com as diretrizes dos princípios constitucionais.

O papel do julgador é reproduzir o que está na lei, desde que esteja em consonância com a ordem constitucional. Se a lei for injusta ou incompatível com esta ordem, não poderá ser aplicada mecanicamente, porque dela não se extrai a máxima irradiação dos preceitos maiores que devem guiar a ação de todos os Poderes do Estado.

... na aplicação mecânica da lei, o juiz não está participando de forma ativa na transformação da ética em direito. Ele apenas reproduz os valores éticos que estão embutidos na lei, sendo seu poder de criação ou de inovação relativamente nulo...¹¹⁷

As decisões de controle de constitucionalidade, apesar de não reproduzirem a vontade popular comumente expressada pela lei, são democráticas. A vontade do povo expressa no modelo representativo não é capaz de dar a solução mais justa e adequada para os assuntos que dizem respeito às liberdades individuais das minorias. A prova disso está na inconsistência legislativa e nos longos anos que se tenta, sem sucesso, o reconhecimento jurídico da união homoafetiva por meio da lei.

Neste sentido, Maria Berenice Dias observa:

De forma para lá de injustificável, a evidenciar postura discriminatória e preconceituosa, enorme é a resistência em aprovar qualquer projeto de lei que enlace as uniões de pessoas do mesmo sexo no sistema jurídico. Há um fato surpreendente para o qual não se encontra qualquer explicação. Forças conservadoras tomaram conta do Congresso Nacional. Lideram bancadas fundamentalistas de natureza religiosa que são cada vez mais numerosas. As igrejas evangélicas se juntam aos católicos, os protestantes e com conservadores de plantão. Assim, não há a mínima chance de ser assegurado aos homossexuais o direito de serem respeitados e de

¹¹⁷ MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

verem seus vínculos afetivos reconhecidos como entidade familiar.¹¹⁸

Além disso, não é a representatividade popular o único instrumento previsto no regime democrático constitucional. O direito das minorias sempre foi uma questão complexa no campo de uma democracia representativa que, pela sua lógica estrutural, acaba por prestigiar a vontade dos grupos majoritários que possuem voz no cenário político.

Contrariando a concepção rousseuniana de prevalência da vontade geral, Alexis de Tocqueville¹¹⁹, em 1848, já prenunciava nos Estados Unidos da América sua preocupação com o direito das minorias. A inquietação de Tocqueville era construir um regime político no qual a liberdade individual fosse mantida paralelamente à “tendência ao igualitarismo”, de modo a afastar-se de uma “indesejável tirania da maioria”.¹²⁰ Passou-se a discutir, desde então, a questão do acesso das minorias às decisões políticas como problema a ser enfrentado em uma democracia representativa.

Existe uma lei geral que foi feita, ou pelo menos adotada, não somente pela maioria de tal ou tal povo, mas pela maioria de todos os homens. Essa lei é a justiça. A justiça forma, portanto, o limite do direito de qualquer povo. (...) Quando me recuso a obedecer a uma lei injusta, não nego à maioria o direito de dirigir; apelo à soberania do gênero humano contra a soberania do povo.¹²¹

Eram “grupos excluídos” as mulheres, os negros etc. Hoje; são também os deficientes físicos, os homossexuais, os estrangeiros, dentre outros. Para estes, a experiência informa que nenhum grupo pode entregar com segurança a outros grupos o poder de governá-los. O processo de educação pública deve ser reforçado para possibilitar a participação democrática baseada no princípio da igualdade extrínseca, sem entregar o poder nas mãos de especialistas.¹²²

O direito das minorias sempre foi - e ainda é - um grande desafio para a efetivação de uma democracia capaz de assegurar a dignidade humana e

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 70-71.

¹¹⁹ Alexis de Tocqueville foi deputado na Assembléia Nacional Constituinte dos Estados Unidos da América, eleita em 1848.

¹²⁰ MONDINI, Marco. **Direitos Humanos**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 79.

¹²¹ TOCQUEVILLE, Alexis *apud Ibid.*, p. 80.

¹²² DAHL, Robert. **Sobre Democracia**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001, p. 81.

principalmente para aqueles que não possuem voz para enfrentar as discussões do cenário político do país.

Considerando que a lei é aprovada pela maioria dos representantes do povo e que grande parte destes é avessa às transformações sociais, como demonstra a experiência do Congresso Nacional, certo é que o critério representativo torna impossível ou improvável o reconhecimento da homoafetividade por meio da lei.

O constitucionalismo adotado no contexto brasileiro tem a função de limitar os poderes da maioria, no sentido de se proteger os direitos individuais.¹²³ Além do mais, “é possível defender direitos diferenciados em favor de minorias nacionais de modo coerente com a defesa de princípios liberais básicos – como os princípios liberais em favor da igualdade.”¹²⁴

O controle de constitucionalidade previsto constitucionalmente é, portanto, um precioso instrumento de fiscalização de um poder que institucionaliza a negação de direitos a certos grupos, em ofensa aos princípios liberais de igualdade. A ordem democrática, fundada numa sociedade pluralista e sem preconceitos, não se olvidou em implementar um mecanismo de combate à vontade de uma maioria que contraria os desígnios da norma fundamental. Se a regra que regula a união estável traz em si a exclusão dos homoafetivos cabe, pois, a correção pelos instrumentos de controle de constitucionalidade, para garantir uma interpretação constitucionalmente adequada.

Por outro lado, nesse instrumento a sociedade civil tem lugar garantido no espaço judicial como “amigos da corte”, o que permite a exposição de seus fundamentos e sua interpretação constitucional a respeito dos temas para que o julgador possa proferir sua decisão. Peter Häberle acena que:

Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam conseqüências especiais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (...)¹²⁵

¹²³ DWORKIN, *op. cit.*, p. 222-223.

¹²⁴ GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 171.

¹²⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 46-47.

Apesar de o Poder Judiciário não ter representatividade popular, uma decisão via controle concentrado de constitucionalidade, de caráter vinculante, que iguala direitos de grupos minoritários, não afronta o regime democrático, nem mesmo o princípio da separação dos poderes. Isso se dá por três razões: a) o poder legislativo não é a instância única para dizer o direito numa democracia que adota uma pluralidade de procedimentos, como é o caso do sistema de controle de constitucionalidade¹²⁶; b) a maioria representativa do povo também pode incidir no erro de tomar decisões contrárias a ordem constitucional; c) a sociedade civil, representativa de diversos segmentos sociais, tem a faculdade de manifestar sua interpretação constitucional a respeito do tema a ser decidido.

2.4.2. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4277 e na ADPF n.º 132: um divisor de águas

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.

Demais disto, não havia consenso na jurisprudência a respeito desse vínculo afetivo, sobretudo quando, em diversos casos, os direitos decorrentes desta união foram relegados a uma sociedade de fato¹²⁷, ou seja, considerados analogicamente como uma sociedade em comum, que é uma sociedade empresarial irregular (art. 986 a 990 do Código Civil Brasileiro).¹²⁸

¹²⁶ NEVES, *op. cit.*, p. 186.

¹²⁷ Luis Roberto Barroso faz uma reflexão muito elucidativa a respeito do equívoco da jurisprudência que reconhecia a união homoafetiva como sociedade de fato: “duas pessoas que cometem suas vidas num projeto afetivo, num projeto de vida em comum, elas estão numa sociedade de fato como uma barraca na feira? Ou elas estão numa união estável, num projeto de vida em comum, numa entidade familiar? Só um preconceito mais inconfessável poderá deixar de reconhecer que a proximidade, a analogia maior é com a união estável.” (BARROSO, Luis Roberto. Sustentação oral. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=ECIWP1c9-Vg>> Acesso em 10 nov. 2011).

¹²⁸ Maria Berenice Dias traça uma avaliação e menciona acórdãos de tribunais a respeito do histórico de decisões judiciais que reconheceram o vínculo homoafetivo como sociedade de fato, ou com a

Muito embora o julgamento do STF seja um avanço, tal decisão ainda não supera as necessidades de ampliação da cidadania e nem acaba de vez com o processo de exclusão social. Tal premissa se confirma na medida em que é possível constatar uma prática ainda injusta, que não concede a certeza da possibilidade de conversão da união estável em casamento, nem mesmo é suficiente para respaldar objetivamente o direito dos homossexuais de se casarem.

2.4.2.1. A pretensão da Procuradoria Geral da República e do Governador do Estado do Rio de Janeiro

A Procuradoria Geral da República, órgão que integra o Ministério Público Federal, no exercício de sua atribuição de defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis foi a autora da ADI 4277. Questionada a inconstitucionalidade do art. 1723 do Código Civil, objetivou a extensão dos direitos da união estável heteroafetiva aos homoafetivos, nestes termos:

a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.¹²⁹

A ADPF 132, de autoria do governador do estado do Rio de Janeiro, ateu-se à inconstitucionalidade do Estatuto dos servidores públicos civis do estado do Rio

decretação de extinção do processo, em desacordo com os princípios constitucionais. “Havendo identidade de gênero entre os conviventes, ainda que meramente biológica, não era significativo o número de julgados que emprestavam juridicamente a tais vínculos. Proposta a demanda no juízo de família, em número significativo era remetida à vara cível, declinando o juiz da competência. Também havia sério risco de ser extinto o processo, com a declaração da carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Mesmo comprovada a convivência familiar duradoura, pública e contínua, na imensa maioria das vezes, era reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro. De um modo geral, não eram concedidos alimentos e nem direitos sucessórios. Ao parceiro sobrevivente, no máximo, era deferida a metade – às vezes nem isso – do patrimônio adquirido durante a vida em comum e, ainda assim, mediante prova de sua efetiva colaboração. Nada mais.” (DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 116-117).

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em 05/05/2011.

de Janeiro, e do art. 1723 do Código Civil, objetivando uma interpretação conforme a Constituição, para determinar a extensão da aplicação do mesmo regime jurídico dos servidores que mantêm união estável aos que mantêm uniões homoafetivas.¹³⁰

A primeira ação proposta foi a de autoria do governador do estado do Rio de Janeiro (ajuizada em 27/08/2008) e, no ano seguinte, a ação promovida pela Procuradoria Geral da República (ajuizada em 22/07/2009). Ambos os pleitos foram ajuizados como arguição direta de preceito fundamental, reconhecidas pelo STF como ação direta de inconstitucionalidade. Em razão da continência dos pedidos, a distribuição do segundo (ADI 4277) se deu por prevenção para o mesmo relator do primeiro (ADPF 132), e o julgamento foi realizado em conjunto.

É importante ressaltar que os pedidos das ações apontam o equívoco de uma interpretação literal ou isolada do art. 226, § 3º da Constituição. Por essa razão, objetivaram os autores a adequação da interpretação da norma fundamental, entendida no reconhecimento da homoafetividade como entidade familiar. Como consequência dessa adequada interpretação, requereu-se, pois, a sua irradiação ao texto do art. 1723, do Código Civil, como sendo a norma impugnada.

Nesse sentido, existe um pedido mediato e um pedido imediato que podem ser identificados da seguinte forma:

- pedido mediato: a adequada interpretação do art. 226, § 3º para uniformizar o entendimento de que os homoafetivos não estão excluídos da proteção estatal dirigida à família; e
- pedido imediato: a adequação da interpretação do art. 1723 do Código Civil (a norma impugnada) para incluir os homoafetivos no acesso à união estável.

Dessa forma, o que se questionou não é a inconstitucionalidade do art. 226, § 3º da CRFB, mas a interpretação restritiva, reducionista e discriminatória desse dispositivo, praticadas pelos poderes públicos, que desembocaram na redação inconstitucional do art. 1723 do Código Civil. Essa interpretação restritiva foi identificada na prática pela série de decisões realizadas no âmbito do Poder Judiciário, em que o direito homoafetivo não foi reconhecido na sua essência, a exemplo dos casos em que foi tratado como sociedade de fato, ou quando simplesmente se negou o reconhecimento. Tal exegese equivocada persistiu por

¹³⁰

Id., Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em 05/05/2011.

muito tempo, inclusive nas demais searas dos poderes públicos, restringindo, conseqüentemente, a cidadania dos homossexuais, o que também foi alvo de rechaço para o fim de se uniformizar o entendimento a respeito do correto alcance que deve ser dispensado ao referido dispositivo da Constituição.

Foram admitidos como *amici curiae*¹³¹ as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos, Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH), Grupo Gay da Bahia (GGB), ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG), Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais, Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual (CELLOS), Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (ASSTRAV), Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Associação Eduardo Banks. Dentre essas entidades representativas da sociedade civil, apenas a CNBB e a Associação Eduardo Banks apresentaram argumentos contrários ao pedido de adequação da constitucionalidade do dispositivo impugnado.

2.4.2.2. O método de interpretação utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar

O julgamento foi iniciado no dia 04 de maio de 2011, e concluído no dia seguinte. Além das partes e da Advocacia Geral da União, ocuparam a tribuna para sustentação oral os advogados da maioria dos *amici curiae* admitidos a integrar as ações, inclusive a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a

¹³¹ plural de *amicus curiae* “(...) ou ‘amigo da Corte’, cuja função primordial é juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da espécie normativa impugnada. (...) conseqüentemente, da existência da causa de pedir aberta, torna-se importante a possibilidade da opinião do *amicus curiae*, permitindo-se, pois, ao Tribunal o conhecimento pleno das posições jurídicas e dos reflexos diretos e indiretos relacionados ao objeto da ação.” (MORAES, *op. cit.*, p. 643). Vide ainda art. 7º, § 2º da Lei n. 9868 de 10 de novembro de 1999.

Associação Eduardo Banks, as únicas entidades que, por meio de sustentação oral, manifestaram contrariedade aos pedidos formulados.

Constata-se, pois, 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”.¹³² A Constituição encontra-se, portanto, aberta para a interpretação da sociedade, não somente aos litigantes e aos julgadores que compõem a corte constitucional. A questão foi amplamente debatida sob as óticas daqueles que interpretam contra ou a favor da homoafetividade. Além disso, o rol de legitimados para propor esse tipo de ação possui potencial representatividade da sociedade, em atenção ao regime democrático para a defesa de direitos individuais coletivos.

As entidades que integraram as ações cuja missão é a defesa dos direitos humanos, em especial da identidade de gênero e de combate à discriminação por orientação sexual, puderam exprimir seus anseios, fato que, na realidade da representação legislativa, não teria a mesma viabilidade, sobretudo por se tratar de um grupo social minoritário que, de acordo com a postura apresentada pelo legislador, até então, dificilmente obterá representatividade suficiente para uma consistente regulação.

O relator, Ministro Ayres Britto, em seu voto favorável ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, considerando a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, utilizou, em síntese, os seguintes argumentos:

a) a proibição de discriminação por identidade sexual: a identidade sexual não se presta como fator para promover desigualdade jurídica, sendo vedado

¹³² O processo constitucional brasileiro evidencia aquilo que Peter Häberle coloca como essencial para uma jurisdição constitucional democrática: “Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes *materialmente* afetadas (atingidos). (...) uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da Democracia.” (HÄBERLE, *op. cit.*, p. 48-49).

tratamento discriminatório ou preconceituoso que colide frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem-estar de todos¹³³;

b) liberdade sexual: a homoafetividade se insere na “inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo (...) em busca de sua plenitude existencial.”¹³⁴;

c) intimidade e privacidade homoafetiva como direitos individuais: a personalidade dos indivíduos para o emprego da sexualidade “é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade” tratando-se de direitos individuais de “primeira grandeza”;

d) igualdade afetiva: se a realização e a felicidade heteroafetiva só pode se dar com a heterossexualidade, o mesmo acontece com os que possuem orientação homossexual: que “só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.”¹³⁵;

e) a proteção à entidade familiar, independentemente de formalidade: o núcleo essencial do art. 226, da Constituição de 1988, tem sua essência voltada à proteção que o Estado deve dirigir à família que, diante os preceitos constitucionais, configura-se de acordo com a realidade, pouco importando as formalidades, como é o caso do casamento.

No tocante à estruturação da linguagem, citando Friedrich Müller, o relator aponta que o art. 226 tem como parte mais importante o *caput*, que trata a família como entidade que merece proteção do Estado. Nesse sentido:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. (...) O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais (...), nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente**

¹³³ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em 10/out/2011, p. 10-11.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 21.

constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.¹³⁶

Toda a linha de raciocínio enfrentada encontra-se ancorada no preâmbulo da Constituição, no sentido de respaldar a essência de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, com o qual o relator encerra seus argumentos para se postar pela procedência de ambas as ações.¹³⁷

Os demais ministros se debruçaram em razões próprias para corroborarem a tese do reconhecimento.

O ministro Luiz Fux ressaltou a realidade social homoafetiva, tomando por base os dados do censo de 2011, que revelou existirem mais de 60 mil casais homoafetivos vivendo juntos. Para ele, a família não depende de formalidade civil ou religiosa, considerando a igualdade como justificativa para a equiparação do reconhecimento. Reputou, portanto, que a lacuna legislativa se deu pela intolerância e pelo preconceito que são “abominados” pela Constituição.¹³⁸

A ministra Carmen 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.”¹³⁹ 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 tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.”¹⁴⁰

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

¹³⁶ *Ibid.* p. 30-31, negrito do original.

¹³⁷ “... o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.” (*Ibid.*, p.46-47).

¹³⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça.** 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 203.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 204.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 204.

“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.¹⁴¹

O ministro Joaquim Barbosa reforçou que o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe a idéia de que todos têm o direito à igualdade. A seu ver, o STF tem a função de “impedir o sufocamento, o desprezo e discriminação dura e pura de grupos minoritários pela maioria estabelecida.”¹⁴²

Preocupado com a possível exacerbação da função do tribunal constitucional, o ministro Gilmar Mendes entendeu se tratar de um caso difícil, ressaltando que seu voto se limitou a reconhecer a existência da união homoafetiva, sem se pronunciar sobre outros desdobramentos. Para ele, a pretensão de regular a questão é exacerbar demais a vocação de legisladores positivos para produzir lacunas. Afirmou que o não reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais estimula a discriminação.¹⁴³

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.”¹⁴⁴

O voto do ministro Marco Aurélio, avaliou que o moralismo¹⁴⁵ 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 aos direitos fundamentais, debatidos nos pedidos. Fez um esboço histórico da evolução da família e o modo como foi moldada ao longo dos avanços sociais. Reforçou intensos argumentos de que o reconhecimento da união homoafetiva não transbordaria os

¹⁴¹ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>> Acesso em 10/out/2011.

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 204.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 205.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 205.

¹⁴⁵ o ministro baseou-se na discussão de Hart e Devlin registrado no relatório *Wolfenden*, de 1957, a respeito da descriminalização da homossexualidade na Inglaterra, mencionado no item 1.2. (BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>> Acesso em 10/10/2011. p. 4-5).

limites da atividade jurisdicional, considerando que a leitura do texto da Constituição não é feita pela opinião pública dominante¹⁴⁶. Como justificativa da legitimidade da atuação do Poder Judiciário para corrigir a lacuna legislativa, apontou que “compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional (...) denominado ‘constitucionalização do Direito’”. Para ele, a corte constitucional não pode se ater ao “dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil.”¹⁴⁷ Nesse sentido, reputou que o aludido ramo do direito sofreu profundas transformações, passando a ser constitucionalizado, socializado e que o patrimônio deu lugar principal à pessoa. Acusou que as decisões de juízes e tribunais que reconheciam a homoafetividade como sociedade de fato, o que antes era considerado um avanço, atualmente “reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da pessoa humana.”¹⁴⁸ Considerando que “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”¹⁴⁹ é que, segundo o referido ministro, se deve impor um tratamento equânime nas relações de afeto entre heterossexuais e homossexuais.

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, estimule o desrespeito”¹⁵⁰. Prosseguiu dizendo que: “Toda pessoa tem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero.”¹⁵¹

O ministro presidente, Cesar Peluso, votou favoravelmente ao pedido e instigou o legislativo a regulamentar a postura consensual da corte à condenação de todas as formas de discriminação. Disse 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”¹⁵². Assim, aventou haver

¹⁴⁶ 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.” (*Ibid.*, p. 16-17).

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 205.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.youtube.com/stf#p/search/0/9w6ouZOGRnE>. Acesso em 10/out/2011.

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”¹⁵³. 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.”¹⁵⁴

Os fundamentos apresentados pelos julgadores da Suprema Corte, de um modo ou de outro, possibilitam a concretização constitucional da união homoafetiva. As razões 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 na realidade social da atualidade. Por outro lado, os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e César Peluso trouxeram algumas ressalvas (especialmente o primeiro), que podem ser consideradas aqui como uma concretização limitada ou moderada, com a utilização da analogia como método de integração da norma, que não parece ser a solução mais adequada ao caso.

O ministro relator, ao citar Friedrich Müller em seu voto, ressaltou a evidência de que utilizou como razões uma interpretação constitucional concretista – com base na teoria da metódica estruturante do direito. Do mesmo modo, é o que se percebe do voto do ministro Marco Aurélio, ao se reportar a Ana Paula de Barcellos¹⁵⁵, o que também demonstra o acolhimento desse método interpretativo,

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ A referida autora dentre outros trabalhos sobre essa “nova hermenêutica” publicou um artigo em co-autoria com Luis Roberto Barroso intitulado “O começo da história: a nova interpretação constitucional” que assim menciona: “O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de 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.” (SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 278-279). Vide ainda: “Uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988.” *In*: 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, p. 277-350.

sobretudo quando tal autora apresenta em seu trabalho científico uma proposta de concretização constitucional.

Avaliando o voto do ministro Lewandowski, o que mais diverge do voto do relator, sobretudo quando inscreveu uma ressalva expressa, vencida no contexto do julgamento, 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 esta formalidade a 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. Nesse ponto, percebe-se que o método interpretativo, declarado pelo ministro como integração analógica, não foi suficiente para a solução da questão, 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. Desta feita, o entendimento que reputa tratar-se de aplicação analógica à lacuna, não consegue estabelecer o critério de funcionalidade à justiça, com a completa concretização dos direitos fundamentais autoaplicáveis. Logo, as razões apontadas por esse julgador impedem ou cerceiam o acesso ao casamento civil, não se tratando de uma concretização plena da cidadania homoafetiva.

O tratamento diferenciado, deferido nesse divergente voto, constata-se da expressa disposição de que só se aplica à união homoafetiva - a qual reconheceu como entidade familiar –

... as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.¹⁵⁶

Não obstante a existência de razões divergentes, estas não são impeditivas de demonstrar suficientemente que a interpretação obtida, via essas ações de controle de inconstitucionalidade, foi realizada com a concretização constitucional da homoafetividade, conforme será discutido no capítulo seguinte. Os ministros Gilmar

¹⁵⁶ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>>. Acesso em 10 out. 2011.

Mendes e César 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 do pedido, suficiente para corroborar a tese de que é possível traçar perspectivas para o tratamento igualitário, 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 (desdobramentos estes que não foram tratados no julgamento, mas que serão avaliados no próximo capítulo).

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*¹⁵⁷, não esvaziou nenhuma das funções legislativas no seu papel de legislar. 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.¹⁵⁸

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, que deve ser dispensada àqueles que estão em situação equivalente.

¹⁵⁷ Vide art. 102, § 2º da CRFB/88.

¹⁵⁸ Teoria do núcleo essencial *in* CANOTILHO, *op. cit.*, p. 559.

3. A PROPOSTA DE UM MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DA LEI PARA A FUNCIONALIDADE DA JUSTIÇA: a crise do dogmatismo para a concretização do direito fundamental da homoafetividade

Em razão do processo de afirmação dos direitos da população LGBT e do advento da ordem constitucional vigente, que reconhece a união estável como entidade familiar, diversos casais formados por pessoas do mesmo sexo, empenhadas em ter “uma comunhão plena de vida”¹⁵⁹, têm batido às portas do Judiciário, buscando a ampliação da cidadania, bem como o rompimento do preconceito e da discriminação.

Embora a luta pelo reconhecimento e incorporação da homoafetividade ao seio social sejam anteriores à promulgação da Constituição de 1988, sua visibilidade é recente e deve-se, sobretudo, à mudança de valores a respeito da orientação sexual e à comunhão dos esforços empreendidos pela igualdade de direitos.

Se há, no Brasil, mais de 60 mil casais vivendo sob o mesmo teto¹⁶⁰, e é da realidade que emergem os direitos, cabe ao Estado, por conseguinte, o dever de garantir proteção e segurança jurídica a essas pessoas.

3.1. A NOVA HERMENÊUTICA: O MÉTODO INTERPRETATIVO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO

As regras dispostas nas leis não são autossuficientes no processo interpretativo. Os dispositivos legais não devem ser lidos isoladamente, mas refletidos com base nos fundamentos superiores, determinados pela norma fundamental. A interpretação isolada de qualquer dispositivo, seja da Constituição, seja de lei infraconstitucional, pode gerar um desvirtuamento dos fundamentos e dos

¹⁵⁹ O casamento serve para estabelecer esse traço afetivo, conforme prescreve o art. 1511 do Código Civil.

¹⁶⁰ “O Censo 2010 abriu a possibilidade de registro de cônjuge ou companheiro de mesmo sexo do responsável, o que se verificou em algo em torno de 60.000 unidades domésticas no país, 0,1% do total.” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico**: características da população e dos domicílios: resultados do universo. 16 nov. 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2017&id_pagina=1> Acesso em 19 nov. 2011).

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 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 do legislador, regida pelas emoções e pelo sentimento dessa maioria, não é capaz de dar uma solução de modo a garantir a igualdade e a dignidade aos indivíduos pertencentes às minorias. Dessa forma, se há subjugação de direitos pela restrição de acesso a certos procedimentos conferidos às majorias, a realidade em questão precisa ser considerada para a manutenção do equilíbrio do Estado de Direito, que deve ser compreendido como Estado de Justiça.¹⁶¹

Se a ordem constitucional brasileira instituiu um Estado de Direito, não é exclusivamente o sistema de leis que deve regê-lo. 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?

Numa concepção moderna de justiça, não se permite considerar um todo para a distribuição dos bens e direitos, sendo necessário avaliar a situação de cada indivíduo inserido no contexto deste todo – a sociedade.¹⁶² 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 se 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.

¹⁶¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 219.

¹⁶² Numa ordem democrática, as questões levadas à jurisdição constitucional devem ser avaliadas com olhos no sujeito do direito [que aqui pode ser inserido o homossexual] posto em julgamento com “o resgate da liberdade, valor inaugural dos direitos humanos, exige a percepção do sujeito em meio à multidão.” (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).

O Direito ou liberta ou não é Direito. Não lhe reconhecemos outra função, outra filosofia, outro escopo, outra validade. Não importa discutir-lhe a origem, mas o fim; o fim da concretude social contemporânea, sobretudo quando se atenta que aí já baixam sombras espessas sobre o futuro da liberdade e o destino dos povos. Aquele fim é a vocação das Constituições. Não podem elas, (...) apartar-se, por conseguinte, do constitucionalismo dirigente, vinculante, programático. Fazê-lo seria condená-las à ineficácia, à obsolescência, à fatalidade, desatando-as de seus laços com o Estado social.¹⁶³

O direito deve estar a serviço da concretização das transformações sociais, especialmente aqueles 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 para alcançar a vontade do legislador que a criou (com base na maioria) não é suficiente a tal concretização, faz-se necessária a busca de outro método, capaz de estabelecer a justiça como vertente maior de um Estado de Direito.

Qual é o método interpretativo capaz de corrigir as ingerências da maioria, extraídas dos textos normativos para respaldar os direitos das minorias, que também merecem ter acesso aos procedimentos institucionalizados pelo Estado? Tendo-se em conta a visibilidade que estas minorias passam a ter no campo social - contextualizada aqui como realidade fática - quais as soluções a serem tomadas para corrigir as injustiças que não atendem os anseios destes cidadãos?

Os direitos humanos, frutos de uma afirmação histórica evolutiva de rompimento com o aviltamento da condição humana e dos privilégios da experiência passada, fizeram despontar a necessidade de mudanças dos métodos interpretativos para se alcançar os direitos fundamentais, presentes na estruturação do Estado. O direito advindo dos códigos, especialmente pela prevalência dos direitos de propriedade sobre os direitos sociais de uma cultura civilista, destoa da realidade atual em que a afirmação da dignidade humana e da igualdade ganharam força para informar todo o ordenamento jurídico (a constitucionalização do direito). Nesse sentido, corrobora Paulo Bonavides:

A metodologia interpretativa de subsunção imperava incontestemente na decifração dos problemas jurídicos; a vertente aristotélica do

¹⁶³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 219-220.

silogismo tudo interpretava e tudo resolvia em matéria hermenêutica, e o fazia a contento, enquanto imperavam tranquilos e estáveis os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos. Mas tudo mudou, e mudou para sempre, quando advieram os direitos fundamentais da segunda, da terceira e da quarta gerações e a reflexão constitucional passou, numa hora feliz, de compatibilização teórica, para o outro pólo – o da vertente tópica, também aristotélica, formando os juristas de uma nova escola de pensadores e hermeneutas. Suas postulações fizeram o princípio deslocar a regra, a legitimidade a legalidade, a Constituição a lei, assim logrou estabelecer o primado da dignidade da pessoa humana como esteio de legitimação e alicerce de todas as ordens jurídicas fundadas no argumento da igualdade, no valor da justiça e nas premissas da liberdade, que concretizam o verdadeiro Estado de Direito.¹⁶⁴

A hermenêutica tradicional¹⁶⁵ não 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 porque o processo de compreensão encontra-se recheado de “pré-conceitos”, de idéias pré-concebidas decorrentes da sedimentação das experiências vividas que condicionam o intérprete.¹⁶⁶ 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.

Os métodos de interpretação tradicionais tomam por base o elemento normativo sem a hábil reflexão a respeito do seu alcance ou dos conflitos sofridos pelo sujeito que reclama 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, como se

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 221.

¹⁶⁵ Eduardo Bittar, ao fazer um estudo a respeito da proposta de hermenêutica de Hans-Georg Gadamer (discípulo de Heidegger), corrobora a tese de que a realidade é fator relevante para traçar certa flexibilização dos métodos interpretativos. Nesse sentido, reputa como hermenêutica tradicional os métodos rígidos de interpretação a que aventa ser “clausulares e absolutos” como a interpretação lógica, histórica, gramática etc. Para ele “[a]s fundações da hermenêutica tradicional do Direito se vêm, de certa forma, abaladas, estremecidas (...) A hermenêutica jurídica se exerce em caráter circunstancial, não podendo estar pré-orientada por métodos ou fórmulas rígidas, através dos quais se obteriam resultados sólidos e certos cada vez que aplicados.” (BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. *In*: BOUCAULT; RODRIGUES, *op. cit.*, p. 198-199).

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.183

a sua condição conflituosa não tivesse relevância alguma.¹⁶⁷ As normas devem estar a serviço do indivíduo para a efetivação do seu direito e não a serviço de um preciosismo formal e linguístico.

A visibilidade da realidade homoafetiva no contexto social impôs a necessidade de se repensar o Direito. A cultura jurídica conservadora, dogmatista e positivista, trouxe reflexos negativos que promoveram e, ainda promovem, desigualdades e restrição ao livre exercício da cidadania aos homossexuais.

A reflexão sobre a ciência jurídica, feita desde então, deve divergir desse conservadorismo, 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.¹⁶⁸

Nesse raciocínio, o presente estudo utiliza como suporte a respaldar a efetiva concretização da homoafetividade, a corrente pós-positivista¹⁶⁹, que propõe

¹⁶⁷ “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, *op. cit. In: Ibid.*, p. 451.

¹⁶⁸ Lênio Streck ressalta a crise da hermenêutica jurídica que deve caminhar na direção de novos paradigmas. Para isso, ele entende que: “o Direito, como um dos seus principais legados – visto como instrumento de transformação social, e não como obstáculo às mudanças sociais – formalmente encontrou guarida na Constituição de 1988. (...) O que existe, pois, é uma imensa dívida social a ser resgatada. Considerando-se que a fórmula Estado Democrático de Direito destina-se, justamente, para instrumentalizar o Direito como um *campo privilegiado dos direitos sociais* mediante o deslocamento do foco de decisão do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário, e levando-se em conta que a maioria dos direitos previstos na Constituição ainda não se realizou, é possível afirmar que a dogmática jurídica tem obstaculizado a efetivação/realização desses direitos. (...) Por isso temos que repensar a dogmática jurídica. Com efeito, inserida em uma forte crise de paradigma(s), que sustenta a (des)funcionalidade do Direito, e retro-alimentada por um *campo jurídico* que funciona como um *corpus* no interior do qual o operador jurídico ‘conhece’, ‘contempla’ e ‘assume’ o seu lugar, a *dogmática jurídica deve ser re-trabalhada em uma perspectiva criativa/criadora*. (...) os operadores jurídicos também não conhecem as suas possibilidades hermenêuticas de produção do sentido. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo *campo jurídico* [os operadores do direito] consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/ adjudicados/atribuídos por aqueles que possuem o *skeptron*, isto é, a fala autorizada! Não se consideram dignos-de-dizer-o-verbo. (...) a dogmática jurídica coloca o operador do Direito frente ao seguinte dilema: *optar entre a barbárie (insegurança) de um mundo representado por textos jurídicos plurívocos que (re)clamam sentidos, e o mundo da ‘segurança hermenêutica’, representado pelo consenso forçado/extorquido que a dogmática jurídica põe à disposição dos súditos*. (...) o jurista acaba por delegar o seu ‘direito à produção do sentido’ ficando violado, desse modo, flagrantemente aquilo que, no âmbito da compreensão hermenêutica-jurídica, pode-se denominar de ‘direito ao devido processo enunciativo’...” (STRECK, Lênio. Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 235-237, destaques do autor)

¹⁶⁹ “Esse momento decorre da divulgação da ‘teoria dos princípios’, de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, pela publicação dos livros ‘Curso de Direito Constitucional’, de Paulo Bonavides, e do livro ‘A ordem econômica na Constituição de 1988’, de Eros Grau. O estudo da relação entre Direito, Moral e Política nas pós-graduações, a partir dos anos 90, e o estudo da hermenêutica jurídica,

uma “Nova Hermenêutica”¹⁷⁰, em especial pela reflexão das teorias de Friedrich Müller e Konrad Hesse, e de tantos outros juristas como Paulo Bonavides, Canotilho, Daniel Sarmento, André Ramos Tavares, Lênio Luiz Streck, Ana Paula de Barcellos, Ronald Dworkin, Robert Alexy, dentre outros, que corroboram essa moderna forma de pensar a ciência jurídica, no que tange ao método de interpretação.¹⁷¹

Esta reflexão tem como proposta a constitucionalização do direito civil na parte que regula os procedimentos para o reconhecimento das relações afetivas: a união estável e o casamento.¹⁷²

Para que essa proposta seja possível, é preciso utilizar-se de um método interpretativo capaz de fazer com que: a regra do art. 226, § 3º da CRFB seja compreendida com alcance na realidade social, pela otimização dos princípios e fundamentos constitucionais; as regras que regulam os procedimentos da união

denunciando os equívocos da interpretação positivista que era dominante, também marcou este momento. O caráter normativo e os princípios constitucionais passaram a ser enfatizados com o estudo de suas peculiaridades. O crescimento do interesse pelo estudo da eficácia dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, incorporando-se o debate à argumentação moral. Diferente da doutrina da efetividade, que dava ênfase maior a análise dos enunciados normativos, a discussão passou a contemplar a preocupação com valores e democracia, importando-se novas categorias, como o ‘mínimo existencial’, ‘reserva do possível’ e a ‘proibição do retrocesso’, do Direito Germânico. Ainda neste momento, os princípios e valores constitucionais passam a irradiar as demais searas do direito. Os estudos sobre a jurisdição constitucional deixaram de ter um foco processualista para a forma em que deve ser exercida, com maior ou menor grau de ativismo judicial, identificando-se com uma corrente substancialista “que compartilha com ele a crença numa ampla legitimidade do ativismo judicial em favor dos valores constitucionais.” (SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum IBEC, janeiro/março, 2009, n. 9, p. 112).

¹⁷⁰ Como justificativa da utilização dessa metodologia de trabalho para a concretização da homoafetividade Paulo Bonavides menciona que: “Uma extraordinária revolução axiológica há de concretizar e universalizar, pois o Direito! 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, *op. cit.*, p. 225-226).

¹⁷¹ Virgílio Afonso da Silva denomina essa discussão a respeito da interpretação constitucional pós-positivista de “sincretismo metodológico”, ressaltando que os métodos apontados por um ou por outro autor são complementares entre si. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: _____ (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 134-135.

¹⁷² Sartori ao analisar a questão da liberdade ressalta que só um sistema constitucional, como instrumento regulador impessoal, pode servir de guardião de uma sociedade livre, salientando que “nossos direitos não são salvaguardados pela concepção positivista e meramente formal da lei.” SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, v. II, p. 95-97.

estável e do casamento sejam interpretadas com a conjugação dos anseios da ordem constitucional de institucionalização do Estado de Direito, voltado para a concretização de uma sociedade plural (realidade social) e sem preconceitos.

Destarte, é preciso promover inicialmente a adequação da interpretação da norma constitucional, para em seguida ajustar a regra infraconstitucional (interpretação conforme a constituição), considerando que ambos os textos possuem os elementos de linguagem “entre o homem e a mulher”, questão controvertida no campo exegético.

Quanto à norma infraconstitucional, a adequação constitucional no campo do direito de família é imperiosa, posto que o Código Civil de 2002 é alvo de críticas de alguns doutrinadores, no sentido de que se trata de norma atrasada e excludente¹⁷³. Sobre esse aspecto, já prenunciava Luiz Edson Fachin:

Todavia, o novo Código Civil nasce excludente, como quanto ao debate sobre as uniões estáveis em sentido amplo, à família fraterna (entre irmãos ou irmãs), à filiação socioafetiva que poderia ter sido expressamente mencionada, para dar alguns exemplos. Os *fora dessa lei* não estão *fora da lei* quando é de outra lei que se trata. Não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre a *posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas. (...) Compreendemo-nos como integrantes da cidade que forma a cidadania, mas sabemos que dessa urbe política há os que foram banidos e os que não foram incluídos. Aqueles que entre o princípio do prazer e o princípio da realidade foram remetidos ao desterro. Não apenas estão fora do Código, mas estão em outros *códigos*, e nesses mares continuarão se enfrentando a ordem da lei e o horizonte do desejo. (...) Sob o tempo do porvir espera-se que, diante da vigência da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [o código civil], restará ainda mais valorizado o papel decisivo da jurisprudência, evidenciando-se que, a rigor, um Código *não nasce pronto, a norma se faz Código em processo contínuo de construção*.¹⁷⁴

¹⁷³ Maria Berenice Dias faz a seguinte crítica ao Código Civil vigente: “Como tramitou durante 27 anos, já nasceu velho. Limitou-se a reproduzir o conceito de união estável constante da legislação anterior, e incorreu em injustificável retrocesso ao conceder tratamento diferenciado a cônjuges e companheiros, principalmente no âmbito do direito sucessório.” DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 117-118.

¹⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8-11.

Para que o direito homoafetivo passe a ter reconhecimento pleno na extensão a que se propõe este estudo, necessário se faz promover a concretização da Constituição que, segundo Canotilho, consiste em:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta - *norma jurídica* - que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta 'concretização normativa' é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, *o lado 'técnico' do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*.¹⁷⁵

Assim, não cabe a simples interpretação com base na regra, 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 maiorias e do conservadorismo, ainda imperiosos em nossa sociedade.

3.2. A "TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO" DE FRIEDRICH MÜLLER

A teoria criada por Friedrich Müller¹⁷⁶, denominada Teoria Estruturante do Direito, diverge do normativismo (legalismo) das teorias positivistas.¹⁷⁷ Trata-se de um moderno método de interpretação da norma constitucional, que visa à manutenção do texto diante de mudanças na realidade social.¹⁷⁸ Esse método pode,

¹⁷⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1201.

¹⁷⁶ Jurista alemão, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg na Alemanha.

¹⁷⁷ 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". Segundo Hans Kelsen, há uma separação entre norma e fatos, direito e realidade com a subtração da realidade efetiva da vida, pois o direito é um ser em si que deve ser relacionado com a realidade após o fato. No entanto, Müller, em sua teoria estruturante do direito, ressalta que a visão positivista é errônea ao dizer que "Nem a análise lógica nem a observação empírica podem constatar que a norma e a realidade devem em princípio ser tratadas separadamente." (MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2009, p. 16 e 18).

¹⁷⁸ "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

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 igualitária¹⁷⁹ 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 utilização dos métodos hermenêuticos clássicos, não é suficiente para solucionar a questão da homoafetividade.

Neste sentido, Paulo Bonavides argumenta que:

A Teoria Estruturante do Direito tem sido inegavelmente um enorme esforço de reflexão unificadora, que prende de maneira indissociável a Dogmática, a Metodica e a teoria da norma jurídica, com amplitude e profundidade jamais ousada por qualquer outra teoria contemporânea sobre os fundamentos do Direito. A estrutura material do Direito não é concebida por Müller unicamente em bases estáticas, mas segundo um modelo dinâmico de concretização. Nisso reside outro traço de novidade do seu pensamento, que merece atenta análise de quantos se preocupam com os problemas capitais da Filosofia do Direito.¹⁸⁰

Ele salienta ainda que a contribuição de Müller...

...consiste em estruturar cientificamente a realidade jurídica, com abrangência tanto dos conteúdos da norma, como das propriedades

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).

¹⁷⁹ Considerando que a Teoria Estruturante do Direito (TED) de Friedrich Müller foi elaborada de acordo com o sistema jurídico alemão e sob a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional do referido país entende-se que a sua utilização é compatível ao sistema jurídico brasileiro pelas seguintes razões: "O Brasil é, graças a Constituição de 1988, um Estado Democrático de Direito em todas estas perspectivas A TED não se perde nem na Alemanha, nem por seu efeito sobre o Brasil. "fora do lugar", nem representa em seu país uma idéia "fora de lugar". O lugar ao qual ela pertence é precisamente esta forma de Estado Democrático de Direito fundado nos direitos fundamentais das pessoas. Para um país como o Brasil, que vem lutando sempre contra alguns demônios do passado e para a realização do Estado Democrático de Direito, uma tal transferência de teoria parece, no entanto, muito judiciosa e útil – sobretudo porque se trata, no caso da TED, de uma teoria da práxis que não somente tem bases na teoria da ação, mas também tem fundamentos necessários da ordem ética" (Friedrich Müller em entrevista concedida à Cecília Caballero Lois e Rodrigo Mioto dos Santos *apud* CONTE, Christiany Pegorari. A aplicabilidade da teoria estruturante no direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico. *In* COMPEDI, 2008. Trabalho publicado nos **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_197.pdf> Acesso em 10 nov. 2011).

¹⁸⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 208.

formais do Direito, por via de interconexidade surpreendente, que leva em conta todos os aspectos relevantes eventualmente omitidos com a dissociação da forma e da substância. Tal dissociação sói acontecer com aquelas posições teóricas onde a perda da perspectiva unitária acarreta danos a uma compreensão integrativa da norma jurídica.¹⁸¹

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.¹⁸²

O texto normativo depende de uma compreensão valorativa que reclama um processo de produção de sentido integrado com a realidade social. Como a lei é um texto estruturado por “mecanismos simbólicos”, a realidade retratada no momento da escrita, não é necessariamente a mesma que se pretende regular, tempos depois. A interpretação da lei, portanto, não pode ser reduzida à linguagem¹⁸³, visto que a realidade não deriva de formações linguísticas.¹⁸⁴

Quanto ao sentido literal do texto normativo, Müller alerta que

... a lingüística atual mostra – e eu sugeri isso – que tais fixações de semântica da palavra são ilusórias. (...) Nenhum texto de norma enquanto tal pode arcar com o ônus de fundamentação, nenhuma semântica da palavra pode fornecer razões suficientes para tal. Essa função não poderia ser assumida por um sentido literal possível, formulável com autoridade lexicográfica e extraível do dicionário com vistas ao caso jurídico concreto, mas tão somente pelo programa da norma integralmente elaborado. Nenhum limite semântico pode ser pressuposto objetivamente.¹⁸⁵

O Direito, como ciência, não se reduz a uma operação silogística na objetividade dos métodos aplicáveis pelos dogmáticos. O apego reducionista da

¹⁸¹ MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2009, p. 208.

¹⁸² Cf. a série de amigos da corte que integraram as ações no STF.

¹⁸³ STRECK, *op. cit.*, p. 240.

¹⁸⁴ 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 elem 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, *op. cit.*, p. 19-20).

¹⁸⁵ *Id.*, **Metodologia do Direito Constitucional**, 2010, p. 136-137.

norma, decorrente do isolamento relativo aos elementos de linguagem¹⁸⁶, restringe a concretização dos direitos fundamentais que não externam sua inteireza nos elementos linguísticos dos dispositivos de lei.

A ciência jurídica se destrói quando a interpretação da lei é realizada firmemente por princípios e métodos tal qual uma operação silogística e, por isso, uma metodologia jurídica existente não deve ser realizada por meio de teorias pré-fabricadas, pelas quais a Ciência Jurídica é deduzida e feita por enunciados, no sentido em que se encaminha uma lógica formal, especialmente, porque a metodologia jurídica não fornece à Ciência do Direito ou às suas disciplinas particulares nem um catálogo exaustivo de técnicas de trabalho confiáveis e indiscutíveis, nem um sistema de hipóteses de trabalho integralmente aplicáveis.¹⁸⁷

A Teoria Estruturante apresenta uma perspectiva mais aberta de aplicação do direito, divorciando-o da concepção positivista de subsunção de um fato a uma norma que se entende ser de aplicabilidade autossuficiente.

Para Müller, a hermenêutica é “o procedimento da concretização jurídica da lei (constitucional) com vinculação por princípio, à norma em virtude das específicas exigências de vinculatividade do direito constitucional.”¹⁸⁸ A ciência jurídica, como ciência normativa, deve ter seus conteúdos racionalizados como partes integrantes da interpretação e da aplicação de prescrições do direito, que têm como limite os mandamentos da Constituição.¹⁸⁹

Canotilho sintetiza as idéias básicas da metódica estruturante da seguinte forma:

(1) rejeição de qualquer interpretativismo extremo (= *literalismo*, *textualismo*, *originalismo*) vinculado a premissas teóricas insustentáveis: a interpretação como revelação da <<vontade de um poder>> constituinte histórico, identificação do texto com a norma, limitação da interpretação aos preceitos constitucionais transportadores de regras jurídicas precisas e concretas; (2) rejeição do <<*desconstrucionismo*>> ou <<*pós-estruturalismo intepretativo*>>, conducente a uma jurisprudência política, disfarçada na necessidade de mediação e integração dos valores presentes numa ordem constitucional; (3) articulação da concepção *substantiva da constituição* com o *princípio democrático*: os parâmetros substantivos da constituição são concretizados político-jurídico-valorativamente pelo legislador e controlados jurídico-

¹⁸⁶ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 2000, p. 379-380.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 379.

¹⁸⁸ MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2009, p. 10.

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 7.

valorativamente pelos tribunais; (4) arrimo da interpretação da constituição numa *teoria constitucionalmente adequada* que postula o apelo simultâneo a <<valores>> procedimentais (processo democrático, eleições), a <<valores>> formais (forma de lei, do contrato); trata-se, no fundo, de da operacionalidade prática à concepção de constituição como *sistema normativo aberto de princípios e regras*; (5) a interpretação da constituição é interpretação-concretização de uma *hard law* e não de uma *soft law*: as regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples <<directivas práticas>>. ¹⁹⁰

O método de Müller consiste na análise do texto normativo, obtendo daí o denominado “programa normativo” e, em outro passo, faz-se uma análise da realidade social, chamada de “área da norma”, para a criação da “norma-decisão”, ou “norma jurídica”, de consistente eficácia para a solução de conflitos.

(...) a norma jurídica apresenta-se ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados lingüísticos (programa da norma) e do conjunto de dados reais conformes ao programa da norma (âmbito normativo). Nessa estrutura a instância ordenadora e a instância a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão [*sachlich zusammengehören*]. O texto da norma não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente. ¹⁹¹

O “programa da norma”, como resultado da interpretação do texto normativo - na sua estrutura de linguagem, deve ser conjugado com o “âmbito da norma”, correspondente à realidade sobre aquilo que se busca interpretar, isto é, os dados reais na concretização prática. Desse modo, o âmbito normativo é extraído da análise das experiências concretas a que cabe um significado normativo. Esse processo reflexivo compõe a denominada “norma-decisão”, também chamada de “norma-jurídica”.

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.

O âmbito da norma pode ser representado pelos conflitos sociais que estão às margens da lei, ou seja, conflitos que não foram resolvidos positivamente.

¹⁹⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1199.

¹⁹¹ MÜLLER, Friedrich. Positivismo. Tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. *In Boletim dos Procuradores da República*. Ano III, n. 29, setembro, 2000, p. 07.

Exemplo disso são os primeiros julgamentos que reconheceram direitos às uniões afetivas - antes da ordem vigente, denominadas concubinárias. Tais decisões demonstraram, à época, um claro contorno de concretização do direito, que utilizavam como parâmetro o casamento, a única forma de união afetiva prevista na legislação.

A Constituição, especialmente as normas de direitos fundamentais, possui um caráter aberto, que demanda uma forma diferenciada de interpretação, capaz de gerar o maior alcance possível dos fundamentos e dos objetivos constituintes de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Müller ressalta que:

Deve-se acrescentar que a isso que o direito constitucional apresenta tipicamente âmbitos materiais – ou âmbitos de normas, dependendo do programa da norma – especialmente amplos e ricos. Isso decorre da sua função enquanto codificação hierarquicamente suprema do sistema jurídico intra-estatal, que disponibiliza mandamentos e proibições, impulsos, limites e medidas vinculantes não apenas para todo o aparelho de Estado e a sua atuação, mas também para a totalidade do ordenamento jurídico. Isso se torna especialmente claro nas contribuições intensas dos elementos do âmbito material e do âmbito da norma na concretização de prescrições referentes a direitos fundamentais e competências. A Metodica Estruturante dispõe aqui – e. g., para uma dogmática racional do âmbito dos direitos fundamentais ou para uma tipologia de estrutura de normas – de um campo fértil para o trabalho diferenciado, que pode ser exemplar para a concretização também fora da constituição.¹⁹²

Essa ampliação possibilita uma interatividade maior com a evolução social, com a utilização de um método mais compatível aos 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 caso 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.

Consubstanciando-se no pensamento de Müller, André Ramos Tavares afirma que:

não há como negar que o normativo produz um recorte nos fatos, que já não são quaisquer fatos, mas fatos juridicamente pertinentes

¹⁹² MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 135-136.

e qualificados, por outro lado, a norma não é apenas a disposição textual nem tampouco o fruto de uma arrumação mental exclusivamente abstrata, porque também é a norma recepcionada pela realidade concreta, já que não há enunciado normativo isolado hermeneuticamente do espaço real dos fatos.¹⁹³

A “norma-decisão” aventada por Müller não se aplica apenas ao processo interpretativo jurisdicional para a solução (decisão) de um litígio, sobretudo porque este processo serve para a verificação da realidade como uma solução vinculante, o que pode ocorrer também nas relações com outras funções do Estado.¹⁹⁴ Muito embora os juízes e os tribunais estejam mais aptos a realizar o processo interpretativo proposto, entende-se que tal método também pode ser utilizado por outros operadores do Direito, bem como também pelos demais poderes do Estado que não exercem função jurisdicional.

A norma jurídica vai além da linguagem do texto normativo em que não basta apenas buscar os significados linguísticos ou a vontade do legislador, no momento que inscreveu a norma. A lei é estática e não está pronta e acabada para uma operação automática. 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.

O processo de concretização constitucional¹⁹⁵ consiste, pois, na avaliação do conjunto de fatos em que se constroem, a partir do conjunto das regras constitucionais, hipóteses sobre o texto, que podem ser consideradas como hipóteses pertinentes. Diante das possíveis hipóteses, o jurista identifica os fatos genéricos - “âmbito material” - que se veiculam empiricamente a elas, e que devem ser reduzidos aos fatos individuais do caso – “âmbito do caso”. Em seguida, com os dados de linguagem, elabora o “programa da norma” e o interliga aos dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso, traçando-se os “sumários dos princípios

¹⁹³ TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul/set. 2008. p. 17.

¹⁹⁴ Apesar disso, Kelly Susane Alfren da Silva entende que “ao lado da ciência do direito, só a jurisprudência pode manter uma coerência e continuidade por meio dos seus processos de decisão, justo por ser somente nesta que os materiais existentes são de um volume e de uma consistência suficiente que podem servir (e têm servido) com fidelidade aos conceitos e tendências metodológicas.” (SILVA, K. S. A., *op. cit.*, p. 382).

¹⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 130-131.

diretivos da sentença”.¹⁹⁶ Como produto desta metodologia, o jurista obtém a individualização da norma jurídica, também denominada “norma-decisão”.

Percebe-se, pois, que os métodos tradicionais avaliam apenas a primeira etapa da construção da norma jurídica, técnica que também é utilizada pela “interpretação gramatical, genética, histórica e sistemática e teleológica.” No entanto, para a teoria estruturante isso não é suficiente, tratando-se apenas de uma avaliação inicial que, por ser incompleta, pode suscitar o seguinte problema:

Tais elementos [referentes aos métodos interpretativos tradicionais] estão restritos a funções auxiliares no transcurso da concretização. Enquanto não colidem com os fatores mais fortes, referidos aos textos das normas, eles podem aportar pontos de vista valiosos e fundamentar a decisão com maior riqueza de argumentos. No conflito metodológico, porém, eles recuam para um segundo plano. Como já foi dito, o mesmo vale para os fatos do âmbito material e do âmbito do caso; eles devem ceder a um programa de norma que se lhes oponha.¹⁹⁷

Outro ponto importante que Müller chama atenção é o do possível equívoco da utilização por si só da interpretação teleológica, considerando que a política constitucional pode ser incompatível com o texto da norma:

Somente é lícito introduzir aspectos de “sentido e finalidade” da prescrição a ser trabalhada à medida que eles são documentáveis *com ajuda dos Outros elementos*. Do contrário, eles são juízos de valor de política (constitucional), descolados do texto da norma e nesse sentido não fundamentáveis, que por um lado aportam aspectos auxiliares de conteúdo, por outro lado não logram impor-se diante dos elementos mais fortes correlacionáveis aos textos das normas.¹⁹⁸

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.¹⁹⁹

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 131.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 131-132.

¹⁹⁹ Corroborando a metodologia de Müller, Perez Luño ressalta que: “Las normas constitucionales, al igual que el resto de las normas jurídicas, tienden a reglamentar distintas esferas o aspectos de la vida social. Por ello, el intérprete de la Constitución no puede tampoco desligar su cometido de atribución de significado de los <<juegos del lenguaje>> o del <<sector normativo>>, que contextualizan las aplicaciones concretas de la normativa constitucional. Ya que dicho contexto representa, al mismo tiempo, el ámbito vital (reflejado en los consiguientes usos lingüísticos) en el que el intérprete desarrolla su tarea, y el objeto al que dicha tarea se halla destinada.” (PÉREZ-

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. Logo, independente da inconsistência ou omissão das leis para o reconhecimento de certas realidades sociais, é possível se assegurar o direito correspondente.

3.3. A TEORIA DA “FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO” DE KONRAD HESSE²⁰⁰

Konrad Hesse, na sua obra **A força normativa da Constituição**, demonstra a necessidade de se impor força aos preceitos constitucionais, como sendo este o eixo central para a instituição de um Estado Democrático de Direito.

Para Hesse, a Constituição não ocupa apenas o posto de superioridade formal diante do ordenamento jurídico de um Estado, devendo ocupar uma superioridade material e axiológica para a efetiva concretização dos direitos fundamentais. A Constituição deixa de ser o ápice do sistema normativo, passando ao centro do sistema de onde se irradia uma alta carga valorativa às ações do Estado para ordenação de um povo.

A Constituição é dotada de capacidade para ser concretizada no plano da realidade, conforme avalia Walber de Moura Agra:

Um dos que teorizam a respeito da capacidade concretiva da Constituição foi Konrad Hesse, demonstrando que ela não é uma *ancilla* das forças sociais, mas sim um componente que, em um processo de interação, modifica a realidade de acordo com seus dispositivos. Isto ocorreria pela *força normativa* da Constituição. Ele denomina a *Lei Excelsa* como ‘a ordem fundamental jurídica da coletividade’.²⁰¹

LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 257-258).

²⁰⁰ este raciocínio foi desenvolvido in: OLIVEIRA, F.B. *op. cit.*

²⁰¹ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 57.

É 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, de fato, influir e determinar a realidade política e social. Esta força só será capaz de conter os excessos quando da confiança de que ela não poderá ser violada. Quanto mais forte for essa confiança - tanto pelo povo, quanto pelos detentores do poder estatal - é que poderá ser conformada à realidade social e política com a realidade jurídica desta norma fundamental.²⁰²

a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.²⁰³

As forças desestabilizadoras de uma ordem democrática só serão contidas quando uma sociedade se mostrar disposta a render homenagem aos preceitos postos nessa ordem limitadora de excessos. Quando isso ocorre, uma Constituição será dominante o suficiente para impor seus preceitos de modo a extirpar as possíveis agressões à sua ordem. Não basta a declaração de direitos fundamentais; não basta, portanto, a estipulação de regras programáticas para atender os direitos econômicos e sociais de um povo. Essa ordem constitucional necessita de ferramentas aptas a impor os seus preceitos como norte de um Estado que se constrói na intenção de efetivamente romper com os arbítrios de um Estado autoritário e opressor.²⁰⁴

²⁰² HESSE, *op. cit.*, p. 24.

²⁰³ *Ibid.*, p. 14.

²⁰⁴ Segundo Perez-Luño a vontade da Constituição ressaltada por Hesse “reposa en una triple idea: la convención de la necesidad de un orden normativo objetivo y estable, como garantía frente a la arbitrariedad del poder; la convicción de que se trata de un orden cuyo valor normativo no sólo depende de su racionalidad, no también de los actos de la voluntad humana tendentes a su realización. Las reflexiones de Konrad Hesse sobre la fuerza normativa de la Constitución estimo que pueden también contribuir a abordar desde un enfoque correcto la problemática de la interpretación constitucional. A partir de dichas premisas cabe afirmar la posibilidad de esta tarea, en cuanto actividad jurídica, al tiempo que se consolidan sus rasgos distintivos. Así, se cifra el objeto del proceso interpretativo en una estructura inequívocamente normativa, dotada de un grado de estabilidad y objetividad que permite precisar su sentido. Pero, a la vez, 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, *op. cit.* p. 253.)

A força normativa da Constituição, conforme a teoria de Hesse, desenvolve-se quando suas normas adquirem “a maior eficácia possível”, o que propiciará o desenvolvimento de uma interpretação constitucional. A preservação da vontade da Constituição é, segundo essa teoria, “a maior garantia de sua força normativa”.²⁰⁵

²⁰⁵ HESSE, op. cit., p. 27.

4. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO (NORMA E REALIDADE) A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCRETIZANDO A HOMOAFETIVIDADE EM CARÁTER *ERGA OMNES*

O julgamento do 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 *inter partes*, o que não era extensível às demais uniões de pessoas do mesmo sexo. No entanto, essas decisões, pulverizadas, não eram suficientes para garantir segurança jurídica, porque nem todos que recorriam ao Judiciário, eram favorecidos.

Assim sendo, embora se tenha assegurado aos homoafetivos os direitos decorrentes da comunhão de esforços, isso não foi suficiente para igualar a realidade heteroafetiva à homoafetiva, sobretudo porque o casamento ainda continua a ser um privilégio dos casais heterossexuais, fazendo persistir a discriminação da homoafetividade.

Obviamente, o julgamento do STF restringiu-se apenas aos lindes das ações de controle de constitucionalidade, observando-se o princípio da inércia e outros que informam o processo civil brasileiro. Nesse ponto, a decisão do STF ateve-se apenas a aceitar a união homoafetiva como entidade familiar, considerada como união estável, cujo instituto foi regulado no art. 1723 e seguintes úteis 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 tratados.

Percebe-se que o julgamento absorveu a metodologia de interpretação sugerida como eficaz para a solução da questão. Apesar de, por parte de alguns julgadores que proferiram votos com contornos conservadores - como é o caso dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso - percebe-se, entretanto, que prevaleceu a concretização constitucional da homoafetividade no que tange à união estável.

A maioria dos votos enfrentou os princípios constitucionais aduzidos tanto pelos autores como pelos *amici curiae* que integraram as ações. A preponderância principiológica e valorativa da Constituição foi considerada para promover a adequação do que se encontra disposto no art. 226, § 3º. Por conseguinte, ficou devidamente solucionada a interpretação adequada ao dispositivo constitucional, construído 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 a sociedade plural e sem preconceitos. A metodologia adotada, especialmente nos votos dos ministros Ayres Britto (relator) e Marco Aurélio, dão a clara evidência de que promoveram a concretização constitucional da homoafetividade, pautada pela conjugação da realidade social com a reflexão do processo de luta pelo reconhecimento da população LGBT.

O julgamento realizou, portanto duas tarefas: a adequação da interpretação do art. 226 “caput” e parágrafo 3º da CRFB; e a adequação da interpretação do artigo 1723 do Código Civil.

É certo que a redação da Constituição de 1988 não contempla expressamente a realidade homoafetiva. Certo também que a norma constitucional, na forma em que se encontra redigido o § 3º do art. 226, restringe a união estável “entre o homem e a mulher”, já que os elementos linguísticos adstritos à proteção da família não abrangem a união entre pessoas do mesmo sexo.

A partir do texto da Constituição, o Supremo Tribunal Federal construiu a hipótese da união entre pessoas do mesmo sexo, em decorrência da realidade social ressaltada pelos reclamos dos *amici curiae* e dos casos concretos reconhecidos nas demais instâncias do Poder Judiciário – a que Müller denomina ser o “âmbito do caso”.

Com base nos dados de linguagem, delineados do texto constitucional pela utilização da interpretação sistemática, elaborou-se o programa da norma com a otimização dos princípios constitucionais, que garantem a liberdade sexual, a igualdade de direitos para as situações equivalentes, a proibição da discriminação, a dignidade da homossexualidade e sua segurança jurídica, coligidos sistematicamente. Também nesse ponto, promoveu-se uma interpretação

teleológica, por considerar que a norma constitucional é impulsionada no sentido de se institucionalizar um Estado Democrático, que trata tais princípios como valores supremos de uma sociedade pluralista e sem preconceitos (conforme preâmbulo e objetivos da CRFB). Não bastasse isso, foi observado o processo de luta pelo reconhecimento dos homoafetivos e os dados estatísticos, mencionados no capítulo anterior, de que existem no Brasil mais de 60 mil casais de pessoas vivendo sob o mesmo teto, conforme pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Por essa razão, deduz-se que o julgamento conjugou os seguintes elementos da metódica estruturante do direito para a produção da norma jurídica (norma-decisão): programa da norma, pela avaliação dos dados de linguagem e da hipótese aventada pelos autores da ação, lançando mão de uma interpretação sistemática e teleológica; e o âmbito da norma, com a avaliação do conjunto de dados reais, que comprovam a existência de convivência pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo.

Sendo assim, ao que se percebe do julgamento e da parte dispositiva do voto do relator, em que se apóia a fundamentação da decisão, é que os elementos de linguagem “entre o homem e a mulher”, dispostos no art. 226, § 3º, devem ser desprezados para dar lugar ao sentido construído, pelo qual é reconhecida a união estável “entre pessoas independentemente de orientação sexual”.

Houve, portanto, uma construção do aludido dispositivo constitucional a que alguns autores denominam “mutação constitucional”, o que não é fato isolado do conjunto de julgamentos realizados pelo STF.²⁰⁶

Como conseqüência de ser o Pretório Excelso o guardião da Constituição, cabe-lhe cumprir essa obrigação, erigindo meios capazes para tanto. E, se esses meios não estiverem delimitados pela própria manifestação constituinte originária, advém o recurso supletivo da construção, que autoriza o aplicador a sair do texto, buscando para os casos obscuros uma solução que os constituintes previram, embora não esteja, suficientemente, clara, ou então não a previram. Daí invocar-se, a título comparativo, a Suprema Corte dos Estados Unidos, com o *judge made law* e com a *judicial construction*, para evidenciar que o Supremo Tribunal Federal chega a exercer autêntica atividade supletiva, através de precedentes firmados por decisões de enorme repercussão.²⁰⁷

²⁰⁶ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 152.

Percebe-se que é nessa linha de raciocínio que deve se respaldar a adequação constitucional de forma construtiva.

A inserção dos elementos “entre o homem e a mulher”, apesar de encontrar-se contextualizada com o preconceito deduzido dos debates do constituinte originário, diz respeito a uma realidade diversa das que se enfrenta nos dias de hoje. À época da Assembléia Nacional Constituinte, pelo menos no Brasil, não havia uma discussão obstinada, nem um processo de luta efetivo da população LGBT a respeito do reconhecimento da realidade homoafetiva. Ademais, a ciência não revelava ainda - pelo menos com alcance à realidade brasileira - que a homossexualidade não se tratava de doença ou distúrbio psicológico, pois como já dito no primeiro capítulo, a OMS só a retirou do catálogo internacional de doenças em 1990, e o Conselho Federal de Psicologia declarou a proibição de tratamento patológico em 1999 para ela. Ou seja, os avanços científicos, assim como as pesquisas da biologia, das ciências sociais e da psicologia social foram posteriores à constituinte.

Dessa forma, os debates preconceituosos em razão do desconhecimento da sexualidade estavam justificados à realidade daquela época, mas que nos dias de hoje, são inaceitáveis e injustificáveis. Assim, não cabe aplicar os métodos de interpretação histórica ou autêntica de maneira adstrita à regra do art. 226, § 3º. Esse método interpretativo corresponde a um retrocesso, que segue na mão inversa dos avanços científicos.

A interpretação gramatical também não é apropriada diante da evolução dos papéis masculino e feminino, decorrentes da desconstrução da dominação das mulheres – o que juridicamente ganhou força a partir da Constituição de 1988 pela isonomia entre os sexos.

A realidade brasileira passou, então, a experimentar o reconhecimento jurídico de outras formas de família, dissociando-se do modelo patriarcal, formalizado pelo casamento, uma vez que as mulheres tornaram-se iguais em direitos e obrigações com relação aos homens. Esse ambiente, favoreceu o arrefecimento do “heterossexismo”, consubstanciado na avaliação de superioridade e da subordinação simulada da homossexualidade.²⁰⁸ Os papéis do masculino e

²⁰⁸ O ambiente do “heterossexismo”, o que também poderia ser chamado de ambiente “heteronormativo”, que era muito forte e que ainda se faz presente hoje, significa “um modelo político de gestão de corpos e desejos. E os homens que querem viver sexualidades não-heterocentradas

feminino, representados em elementos linguísticos “homem” e “mulher”, são frutos desse heterossexismo, que teve sua força diminuída, propiciando a visibilidade da homossexualidade e da homoafetividade. Assim sendo, tais elementos, neste caso, devem ser desprezados porque não é mais possível aceitar a divisão de papéis do masculino e feminino, salvo no caso das diferenças específicas que buscam neutralizar a dominação das mulheres.²⁰⁹

Para estabelecer o programa da norma, têm-se como métodos aceitáveis a interpretação teleológica e a sistemática.

A interpretação teleológica²¹⁰ é cabível para buscar o sentido da norma constitucional, cuja finalidade é direcionada à sua essência. Assim, o reconhecimento da união estável teve a finalidade de resolver os conflitos decorrentes da insegurança jurídica, marcada pelas uniões afetivas realizadas sem a formalidade do casamento. No entanto, conforme já aventado, a situação da união estável estava circunscrita à realidade da heteroafetividade em razão da falta de visibilidade e do desconhecimento das necessidades próprias de uma orientação homossexual.

O método sistemático²¹¹ determina que a interpretação da regra não deve ser feita de maneira isolada, mas com a conjugação de todo o sistema normativo.

são estigmatizados como não sendo homens normais, acusados de serem passivos, e ameaçados de serem associados a mulheres e tratados como elas. (...) De fato, o duplo paradigma naturalista que define, por um lado, a superioridade masculina sobre as mulheres e, por outro lado, normatiza o que deve ser a sexualidade masculina produz uma norma política andro-heterocentrada e homofóbica que nos diz que deve ser o verdadeiro homem, o homem normal. (...) Nas ciências sociais, como no senso comum, a análise que prevalece é heterocentrista. Na melhor das hipóteses, hoje, como consequência das lutas que visibilizam a homossexualidade e da aparente compaixão provocada pela homossexualização da AIDS (Defert, 1990), vemos que aparecer um ‘heterossexismo diferencialista’, uma ‘tolerância opressiva’, diz Altman (1993), que aceita o fato de que existam seres diferente, os/as homossexuais, e, por consequência, é norma, progressista, lhes dar alguns direitos. Os debates recentes (...) sobre a homoparentalidade (nos) mostram os limites dessa análise naturalista diferencialista. Desprezando-se análises antropológicas que mostram como a reprodução humana e a parentalidade são fenômenos manipulados socialmente para reforçar a dominação masculina, a reprodução humana é naturalizada no modelo do casal homem/mulher.” (WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Estudos Feministas**, Florianópolis: UFSC, ano 9, n. 2, 2001, p. 468-469).

²⁰⁹ As ações afirmativas que visam equilibrar a vulnerabilidade da mulher a exemplo da violência doméstica, acessibilidade de mulheres em candidaturas de partidos políticos etc.

²¹⁰ Na interpretação teleológica, “o hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida.” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro, 2006, p. 124-125).

²¹¹ No processo sistemático “o hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga-se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das consequências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos

Para isso, os enunciados normativos devem ser avaliados conjuntamente. Tal método interpretativo seria suficiente na medida em que oportuniza a otimização dos princípios constitucionais, tornando-se possível considerar a amplitude deles para inferir a possibilidade de se atender os anseios da homoafetividade.

Apesar do programa da norma ser construído com a utilização desses métodos tradicionais de interpretação (teleológico e sistemático), os mesmos não foram suficientes na prática. Em muitos casos, mesmo quando os intérpretes lançaram mão desses métodos, não conseguiram elevar o alcance dos princípios, por entenderem que os elementos de linguagem “entre o homem e a mulher” configurariam óbice para abrigar as uniões homoafetivas. O aludido óbice é justificado pelo equívoco de se entender que a desconsideração desses elementos configuraria uma usurpação da função legislativa ou uma normatização supletiva, o que, conforme visto no capítulo anterior, não é verdadeiro.

O programa da norma é construído com base na hermenêutica tradicional. Nesse sentido, essa se constrói com o enlace dos demais elementos sistematizadores de princípios, no sentido de se atingir a finalidade da norma. A metodologia clássica não é suficiente para alcançar o fim construtivo desejável, posto que se faz necessário substituir os elementos de linguagem “entre o homem e a mulher” por “pessoas independentemente da orientação sexual”.

Assim, com o programa da norma, passa-se então à necessidade de se avaliar a realidade social como ponto de grande relevância para albergar a homoafetividade. Essa realidade deve ser vista de acordo com a mudança da forma de se pensar a sexualidade e os conflitos sociais decorrentes desse longo processo de mudança, que trouxe uma redefinição igualitária entre os papéis do masculino e do feminino. Além disso, cabe avaliar a repercussão dos movimentos de afirmação dos direitos e da luta pelo reconhecimento da população LGBT, que também se converge para esse tratamento igualitário.

O processo de concretização realizado pelo STF se enquadra, pois, no raciocínio de Friedrich Müller, nestes termos:

... a norma jurídica não está já contida no código legal. Este contém apenas formas preliminares, os textos das normas. Estes por sua vez se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, a ser

jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial.” (*Ibid.*, p. 105).

primeiro produzida, i. é, ‘trazida para fora’ em cada processo individual de decisão jurídica. Além disso, o âmbito da norma pertence constitutivamente a ela. A “norma jurídica” se transforma assim em conceito complexo, composto por *programa da norma e âmbito da norma*. E “atividade concretizante” não é mais sinônimo de tornar mais concreta uma norma jurídica genérica que já estaria contida no código legal; ao contrário, significa, a partir de uma ótica e reflexão realistas, *construção* da norma jurídica no caso individual a ser dividido, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam crescentemente “mais concretos” de uma fase a outra. Isso dinamiza ao mesmo tempo o trabalho dos juristas no *eixo norma – caso*, aprende esse trabalho de modo realista como um processo também temporal: texto da narrativa do caso, texto do “conjunto de fatos” profissionalmente reformulado, e textos das normas na codificação, textos do programa da norma e do âmbito da norma, texto da norma jurídica e da norma de decisão (a parte dispositiva da decisão). Mas a dinamização próxima à realidade apreende também *o eixo norma – realidade*: o âmbito da norma material e do âmbito do caso, i. é, diferenciado e operacionalizado.²¹²

A hermenêutica clássica considera a realidade social deduzida do fato que será julgado apenas para o processo de subsunção. Contudo, esse fato social não é avaliado na extensão refletida pelos diversos conflitos sociais que assolam e diminuem a parcela de direitos para o reconhecimento dos homossexuais. Não há uma conjugação coerente com os avanços das ciências sociais e com a importância que estes movimentos trouxeram para a realidade atual, nem mesmo com o propósito da afirmação histórica dos direitos humanos. Para a construção da norma, é necessário pensar o direito em escala construtiva, pois a sociedade tende a avançar em direção da maior eficácia possível dos direitos fundamentais.

Se todos os intérpretes se encorajassem nesse sentido, as ações de caráter uniformizador da interpretação da norma não seriam necessárias. Se assim o fosse, todo e qualquer juiz iria promover em seus julgamentos o direito homoafetivo e todos os cartórios de registro civil registrariam a união estável homoafetiva e o casamento civil. Contudo, não é isso que a prática tem demonstrado.

Assim, constata-se que a hermenêutica tradicional não é suficiente para respaldar o direito homoafetivo. A prática demonstra que diversos juízes diante do caso concreto não conseguem se desvencilhar do apego normativo,²¹³ por estarem amarrados aos métodos tradicionais a que Müller faz a seguinte crítica:

²¹² MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 127-128.

²¹³ “Porém, há um componente curioso na recepção deste novo paradigma jurídico pelo Judiciário brasileiro. Embora ainda não existam estudos empíricos a este respeito, tenho a forte intuição de que a penetração destas novas idéias associadas ao neoconstitucionalismo é forte na cúpula e na base

Tradicionalmente estava em jogo a “aplicação” de leis. Estas deviam ter um *conteúdo*, determinado pela *vontade* do seu autor (legislante). É, portanto, o legislador (pela boca do juiz) que *fala* – decide, assume a responsabilidade, não o juiz. Quem fala não é um sujeito humano, mas um texto: o juiz como *bouche de la loi*. Como se sabe, o modelo remonta a Montesquieu.²¹⁴

Em virtude disso, o julgador que não promove a concretização constitucional, em casos como este, fica na cômoda situação de reproduzir a vontade do legislador, como sendo ele o responsável pelo direito.

A metodologia clássica restringe a amplitude dos princípios constitucionais das normas fundamentais, a exemplo do que se extrai dos votos dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e César Peluso. A utilização da analogia como mecanismo de preenchimento da lacuna normativa não é suficiente na medida em que se trata de interpretação constitucional. Isto ocorre porque os direitos fundamentais dos quais chamam atenção os princípios suscitados, não se completam por analogia, pois são 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 coisa idêntica na medida em que não se permite, conforme o mandamento constitucional, promover o tratamento diferente àqueles que estão em situação equivalente. Não cabe para esta circunstância fazer diferenciação da identidade ou orientação sexual. Não cabe, portanto, dizer se é mulher, homem, lésbica, *gay*, bissexual, transexual ou transgênero. 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.

da hierarquia judicial, mas ainda tímida nos seus escalões intermediários. (...) no que tange à base do Judiciário, boa parte dos juízes de 1º grau teve a formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações das cúpula do Judiciário sobre todas as suas instâncias.” (SARMENTO, *op. cit.*, p. 115-116).

²¹⁴ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 126.

Não bastasse isso, no caso posto em julgamento, não poderia o Judiciário deixar de avaliar a realidade, colmatando os conflitos de um processo de afirmação de um grupo social vulneralizado pelo preconceito. Justifica-se da mesma forma, o contrassenso de dizer que a união homoafetiva é um outro tipo de entidade familiar, o que restou vencido pelos demais votos, que não acolheram a referida tese. 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, avaliada pela maioria dos ministros.

Diante de todos os argumentos, percebe-se que a decisão do STF, adotando a doutrina pós-positivista, promoveu a concretização constitucional da homoafetividade, relativa ao reconhecimento da união homoafetiva, como entidade familiar. Quanto a isso, Daniel Sarmiento²¹⁵ observa que essa doutrina trouxe forte influência na jurisprudência da corte constitucional brasileira, que tem invocado princípios abertos em seus julgamentos. Ressalta que o STF tem promovido “o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais” com...

... a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que equiparava ao ‘legislador negativo’, com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas.²¹⁶

Não houve, assim, usurpação legislativa (cf. capítulo anterior), sobretudo quando a concretização foi feita para ajustar a homoafetividade à moldura constitucional que determina uma sociedade pluralista e sem preconceitos.

A experiência demonstra que a jurisprudência tem se antecipado à legislação para solucionar conflitos de interesse, em razão do caráter estático da lei²¹⁷:

²¹⁵ SARMENTO, *op. cit.*, p. 114.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Conforme as construções pretorianas diante da lacuna normativa relativa aos direitos patrimoniais do concubinato: “Construção doutrinária e jurisprudencial, realidade sociológica, plural ganha o abrigo constitucional e se projeta na legislação mais recente que se pronuncia. Da família matrimonializada ao reconhecimento jurisprudencial do concubinato o Direito edificou, progressivamente, o estatuto da convivência não matrimonial. (...) Chamados a pronunciarem-se, os tribunais, passo a passo, conheceram e julgaram o que, paulatinamente, ganhou ares de ‘sociedade de fato’. Daí a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, numa tarefa construtiva, além de hermenêutica, suprimindo o Judiciário a

E, para sentirmos a importância da *construction*, no direito nacional, lembremos, também, que a jurisprudência tem se antecipado às legislações na solução de conflitos de interesses. Não poderia ser de outra forma porque a legislação é mais estática do que o Juiz. A letra da lei perpetua-se, esperando a interpretação judicial, quando suscitada nas controvérsias. No entanto, a evolução da sociedade é surpreendente. (...) Mas o juiz não pretenderá ser o legislador, apagar os escritos legais, substituindo-os, mas sim adaptá-los à realidade, ao tempo e ao caso porque é impossível imaginar-se a lei solvendo todas as questões, as pendências, as dúvidas, no vasto emaranhado das interações sociais.²¹⁸

Cabe, ainda, asseverar que a postura adotada pelo STF, denominada por alguns juristas de “doutrina neoconstitucionalista”, deve ser utilizada tão somente para o fim de ampliar o ambiente normativo como meio de atender os interesses dos cidadãos, mediante o que foi institucionalizado na lei. Ou seja, a ordem constitucional deve ser observada. O texto normativo é, em tese, o ponto de partida, o que foi levado em consideração pela corte constitucional para a aplicação do direito nesse caso. Por essa razão, o julgamento em apreço nada tem a ver com o seu desvirtuamento ou alguns excessos da utilização dessa doutrina, a que Daniel Sarmiento denomina de “judiciocracia”²¹⁹ e de “oba-oba constitucional”.²²⁰

4.2. A IGUALDADE DE TRATAMENTO DAS RELAÇÕES AFETIVAS: DA UNIÃO HOMOAFETIVA AO CASAMENTO CIVIL

Alguns poderão dizer que o reconhecimento da união homoafetiva é suficiente para respaldar a cidadania homossexual. No entanto, não é possível ter a segurança de que os desdobramentos desse reconhecimento poderão

lacuna do legislador. Na aplicação do regime da sociedade de fato provada, o patrimônio comum deve ser partilhado, com resultados similares ao regime da comunhão parcial.” (FACHIN, *op. cit.*, p. 92-93, 95).

²¹⁸ BULOS, *op. cit.*, p. 153-154.

²¹⁹ Reputa como “judiciocracia” os excessos praticados pelo Judiciário nos casos em que invade até mesmo o poder discricionário do administrador público, na judicialização daquilo que não lhe compete e também pela falta de formação interdisciplinar dos magistrados brasileiros para decisões que demandam conhecimento em áreas como economia, políticas públicas e regulação. No entanto, reputa que o ativismo judicial se justifica no Brasil pela “série crise de representatividade do Poder Legislativo”. (SARMENTO, *op. cit.*, p. 114).

²²⁰ “A tendência atual da invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos.” (*Ibid.* p. 126).

eficientemente concretizar a igualdade das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo com as uniões heterossexuais. Cabe, portanto, buscar resposta a duas indagações:

a) o reconhecimento da união homoafetiva como união estável é suficiente para a concretização do mandamento constitucional de se facilitar sua conversão em casamento?

b) o reconhecimento da união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros, é suficiente para a concretização do casamento civil para os homoafetivos?

Na medida em que ainda não houve o reconhecimento expresso de efeito vinculativo para que os casais homossexuais tenham acesso direto ao casamento civil, o julgamento acima analisado não é suficiente. Também não é suficiente na medida em que ainda possam existir dúvidas a esse respeito, fazendo com que a discriminação em razão da orientação sexual ainda persista.

Como avaliado, a igualdade e a proibição de discriminação não permitem o tratamento diferenciado para aqueles que estão em situação equivalente. Afinal, o que qualifica os interesses dos heterossexuais, ao buscarem a formalização de sua união pela via do casamento civil, que diferencia os interesses dos homossexuais? Existe alguma diferença senão o preconceito e a discriminação, extraídos do texto normativo e de uma forte tradição moralista?

4.2.1. A união estável homoafetiva: um patamar reduzido de direitos com relação ao casamento civil

Para essa análise, cumpre transcrever toda a disposição atinente ao instituto da união estável, que tem a seguinte redação:

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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

De acordo com a análise da decisão do STF, não há dúvidas de que a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar nos moldes da união estável prevista no art. 226, § 3º da CRFB, regulado pelo art. 1723 do Código Civil.

No entanto, alguns desdobramentos desta decisão precisam ser debatidos, em combate a alguns posicionamentos conservadores e discriminatórios dirigidos à união homoafetiva.

A Constituição determina que a lei facilite o processo de conversão da união estável em casamento. A finalidade dessa facilitação tem o condão de promover a desburocratização de um procedimento conferido pelo Estado para que os companheiros desse vínculo afetivo tivessem acesso mais rápido ao casamento. A inexistência de registro de casamento ou de escritura de união estável gera para os companheiros certa insegurança jurídica – é o que a lei buscou solucionar. Isso ocorre porque quando da ocorrência de um evento que põe fim ao vínculo - separação ou morte de um dos companheiros – deve-se comprovar por meio de processo de conhecimento o preenchimento dos requisitos da convivência pública, contínua e duradoura para a partilha de bens, relação de dependência econômica, dentre outros direitos.

Apesar de discussões divergentes a respeito da tentativa de alguns doutrinadores²²¹ no sentido de equiparar o casamento à união estável, certo é que no campo constitucional, o objetivo não foi de igualá-los. Isso ocorre em atenção à liberdade de escolha do casal para pactuar o seu vínculo, que poderá ser feito pela via do casamento, pela união de fato, sem formalidade documental, ou pela união

²²¹ vide nota 173.

estável realizada por meio de escritura pública. Se essa diferença não existisse, a faculdade da conversão da união estável em casamento seria ilógica.

Muitas vezes os direitos decorrentes desses vínculos, sejam eles formais ou não, surgem a partir de um conflito, especialmente quando da divisão de bens, posto que nem sempre a partilha realiza-se de forma consensual. Se os processos judiciais em que os casais detentores do vínculo formalizado pelo casamento, apresentam muitos casos de partilha litigiosa, sem tal comprovação documental, os problemas seriam bem mais sérios e numerosos. Por sua vez, no caso da união homoafetiva, a insegurança tende a ser maior, em razão da pecha de preconceito sofrida pelo casal, especialmente quando da dificuldade de tornar essa convivência pública em uma sociedade que ainda tem dificuldade de aceitação.

Aqueles que dizem ser suficiente a decisão do STF para a concretização do direito homoafetivo enganam-se, na medida em que não existe isonomia entre a união estável e o casamento. Isso ocorre principalmente quando o casal não formaliza documentalmente sua intenção e, mesmo quando o faz, por meio de escritura pública que fixa o regime de bens, a diferença ainda persiste.

Três degraus assentam esses patamares: casamento civil válido, instaurando a família matrimonializada, a união estável como véspera do acesso ao casamento, e a união livre, distante da formalidade e da possibilidade de ser conduzido ao matrimônio.²²²

O casamento é uma relação jurídica solene que exige uma série de formalidades, como é o processo de habilitação para verificação prévia de impedimentos, publicação de edital de proclamas, a manifestação da vontade, a obrigatoriedade de testemunhas, um agente específico que celebra a solenidade etc. A desobediência de algumas das formalidades gera a anulação do casamento. O pacto de união estável não exige as mesmas formalidades, o que faz com que este documento seja mais fragilizado, sobretudo na evidência de conflito de interesses comuns, nos litígios que envolvam a necessidade de partilha de bens (divórcio e inventário). Outra diferença reside no estado civil do casal: na união estável, não é possível a alteração do nome dos companheiros como se defere ao instituto do casamento.

Não bastasse isso, a diferença que mais traz repercussão no campo patrimonial é a questão dos direitos sucessórios. No falecimento de um dos

²²² FACHIN, *op. cit.*, p. 94.

cônjuges casados, o sobrevivente é herdeiro legal necessário dos bens particulares do falecido, ou seja, além do direito à meação referente ao regime de bens pactuados, concorre na herança com os demais herdeiros necessários. No caso do falecimento de um dos companheiros de união estável, ao sobrevivente só cabe o direito de meação, não se tratando, pois, de herdeiro legal. Além disso, o direito de habitação vitalícia do imóvel em que residia o casal só é garantido ao cônjuge sobrevivente, situação a que a lei não faz referência no caso de união estável. Ou seja, o viúvo terá direito de residir no imóvel em que viveu o casal mesmo que contraia novas núpcias ou venha a ter novo vínculo afetivo.²²³ No tocante a essa diferença, Zeno Veloso ressalta que: “(...) o atual Código Civil promove um recuo notável. (...). Deu-se grande salto para trás. Colocou-se o companheiro em posição infinitamente inferior com relação à que ostenta o cônjuge.”²²⁴

Não há dúvidas, pois, de que o casamento é diferente da união estável.²²⁵ Assim, pontuadas as diferenças, cabe então avaliar a possibilidade de conversão da união estável ao casamento.

4.2.2. O casamento civil homoafetivo: um direito constitucional auto-aplicável

4.2.2.1. O romper de uma tradição histórica e religiosa

O casamento, em razão de uma tradição histórica e da grande influência religiosa²²⁶, é ainda visto pelo senso comum como uma celebração ideologizada na figura de um noivo e de uma noiva que se colocam diante de um altar e professam a fidelidade e assistência mútua. “Essa é a concepção que fundou o monopólio da

²²³ BORGHI, Hélio. **União estável e Casamento**: aspectos polêmicos. 2 ed. Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 69

²²⁴ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.) **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 243.

²²⁵ “Casamento é mais que união estável, realidades distintas.” (FACHIN, *op. cit.*, p. 94).

²²⁶ “Durante muito tempo, a Igreja manteve o monopólio dessa jurisdição matrimonial. O casamento era exclusivamente reputado a um sacramento, acepção usual decorrente de um conjunto de leis e regras do Direito Canônico. No Código Canônico, o casamento pode ser tomado por um contrato que, permitido para ungir as relações entre o homem e a mulher sob as bênçãos da admissibilidade carnal, pelas leis da Igreja é elevado à condição de sacramento.” (*Ibid.*, p. 139-140).

Igreja nessa questão e que a levou historicamente a cancelar as relações e a julgar as causas matrimoniais.²²⁷ Visualiza-se, portanto, a figura da noiva que se veste de branco, de véu e grinalda em sinal de pureza (castidade) para receber o seu marido como esposo. Essa ideologização, arraigada no seio social, é um grande entrave para a aceitação do casamento civil de pessoas do mesmo sexo. O preconceito e o heterossexismo tomaram proporções que ainda impedem muitas pessoas de enxergar com normalidade o convívio mútuo entre pessoas do mesmo sexo, que buscam apenas uma forma segura, igualitária e mais solene para pactuar sua relação afetiva.

O casamento é, portanto, composto de alguns elementos constituídos tradicionalmente:

Assim, o conceito de *matrimônio*, como instituição civil reconhecida e consagrada secularmente nos diversos ordenamentos compõe-se dos três elementos referidos, em primeiro como uma *instituição social*, cujo estudo corresponde à sociologia que explica sua presença em cada grupo social e conjuntura histórica; como *instituição natural*, regida pelos princípios éticos, cuja avaliação está a cargo da Filosofia do Direito e da Moral; ainda como *instituição jurídica*, eis que regulada pelas leis civis que determinam suas formas, conteúdo e efeitos; e como *instituição religiosa* ou *sacramento*, dimensão que não é somente própria do catolicismo, mas de numerosos credos.²²⁸

Além disso, o casamento é tido como sinônimo de matrimônio cuja terminologia tem sua etimologia ligada à idéia de maternidade e de procriação.

Nesse sentido:

(...) é consubstancial ao conceito de matrimônio a *ideia de maternidade e de procriação*, pois a palavra matrimônio se apoia em uma letra (a raiz “m”) vinculada em todas as línguas ao sentido de maternidade; assim *matris muniun* significa o encargo materno quanto à gestação, cuidados e educação da prole; *matrem-monens* aponta à mãe as obrigações que deve cumprir, entre as quais a fidelidade, bem como o veto de união com outro homem; *matre muniens*, a defesa da mãe como dever do marido; e *materia unus*, que se traduz pela unidade dos cônjuges em única carne através do filho.²²⁹

Trata-se, portanto, de um instituto guiado por uma tradição histórica como forma aceita para a constituição de uma família, entidade que ao longo do tempo

²²⁷ *Ibid.* p. 140.

²²⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado in DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011, p. 72-73.

²²⁹ *Ibid.*, p. 73.

sofreu uma série de mudanças, conforme foi ressaltado no primeiro capítulo. No entanto, o casamento foi perdendo aos poucos o seu caráter habilitador da procriação e da constituição de família.

Atualmente, não mais se impera a visão de que o casamento seja o pressuposto do convívio mútuo entre pessoas para o exercício da sexualidade privada dos parceiros, para a procriação, bem como para a constituição de família. Nos dias de hoje, esses itens são aceitos socialmente e juridicamente reconhecidos fora da formalidade matrimonial.

O casamento, portanto, como sinônimo de matrimônio, não mais deve ser lido gramaticalmente como ressoante de uma tradição histórica. Conforme a “nova hermenêutica”, não cabe ao casamento qualquer vinculação com o significado etimológico da palavra matrimônio, devendo ser lida de acordo com as mudanças sociais que o direcionam à formalização de uma união afetiva por meio de um registro civil.

Todo esse construído histórico reflete, nos dias de hoje, os conceitos conservadores de uma série de juristas, dados ao casamento, como sendo restrito apenas ao homem e a mulher.

Uma justificativa muito comum, especialmente das religiões, é a falaciosa idéia de que a institucionalização ou o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo geraria prejuízo para o livre exercício de suas convicções.

É cediço que o Estado é laico, não se admitindo confundir o casamento civil registrado em cartório com o casamento religioso.²³⁰ Apesar da norma constitucional considerar que o “casamento religioso tem efeito civil” (art. 226, § 2º, CRFB), não significa dizer que ambos se confundem ou que o casamento civil agora decorre da idéia de uma tradição religiosa. O que a Constituição de 1988 fez, foi facilitar o reconhecimento jurídico do casamento religioso. Para evitar esse formalismo

²³⁰ “A relevância de vivermos em um Estado laico adquire maior visibilidade quando se enfrentam temas que estão afetos aos direitos sexuais, sendo fundamental que se possa debater questões vinculadas à sexualidade à luz do ordenamento jurídico vigente e não sob uma perspectiva religiosa. Em um Estado religioso, vigem as normas fundadas na doutrina da religião a que pertencem aqueles que detêm o poder. Não raro, é adotado como Constituição do Estado o livro sagrado da religião dominante. Pode-se então afirmar, numa figura de linguagem que compare Estados religiosos e Estados laicos, que em um Estado laico a Constituição é o único livro ao qual devem obediência os agentes políticos do Estado: legisladores, governantes e juízes.” (LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, set. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29 nov. 2011).

exagerado, considerou-se possível que tal união alcançasse os efeitos civis, dando direito ao registro com a prova de sua realização.

Por outro lado, o reconhecimento jurídico do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, pela mesma razão, não impõe às diversas religiões a obrigatoriedade de celebrar esse tipo de união. Muitas igrejas não celebram casamento por outras razões. A exemplo disso, têm-se que a igreja católica não celebra o casamento de divorciados. Algumas igrejas protestantes não celebram o casamento quando os nubentes não são mais castos ou quando a noiva está grávida.²³¹

A reserva de consciência religiosa encontra guarida no texto constitucional que gera o direito negativo para o Estado de não se imiscuir na convicção de uma religião para obrigar qualquer culto a promover aquilo que contrapõe aos seus dogmas. Por força da Constituição, “é inviolável a liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e as liturgias.” Assim sendo, o reconhecimento do casamento civil homoafetivo não obriga qualquer entidade religiosa a celebrá-lo. Por esse motivo, qualquer justificativa no sentido de mover esforços para que o Estado não reconheça o casamento civil homoafetivo é desarrazoada e não poderá ser justificada sob o medo de terem que se obrigar à sua celebração.

O Estado não pode, pois, interferir na prática da religião, nem em seus cultos. Deve garantir-lhe o exercício. Daí o questionamento: poderá a lei determinar tal comportamento. Pode facultar que assim se faça e reconhecer a celebração realizada no interior da igreja. Jamais determinar que assim se faça. (...) descabe ao Estado obrigar o casamento religioso. Não poderá determinar que qualquer celebrante realize o denominado casamento “gay”. Não poderá intervir na intimidade do sacerdote para impedir que dê qualquer

²³¹ “Ao assegurar que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, o dispositivo não impede que determinada religião imponha a restrição a determinados direitos como condição para que um cidadão integre aquela confissão religiosa. Um cidadão que pretendesse ser padre, por exemplo, não poderia invocar este dispositivo constitucional para afastar a exigência do celibato – condição imposta pela religião católica àqueles que pretendem. A depender de peculiaridades do caso concreto, a igreja pode até ser condenada a pagar indenização por danos materiais aos noivos, mas jamais poderia ser obrigada a realizar a cerimônia religiosa. exercer o sacerdócio⁴⁶. No mesmo sentido, viola a Constituição uma decisão judicial que obriga um pastor a realizar o casamento religioso quando o fato de a noiva estar grávida revela-se, para a religião, como um impedimento para a celebração do matrimônio” (LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos. **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Fabio.pdf>. Acesso em 29 nov. 2011).

interpretação favorável ou contrária ao comportamento homossexual.²³²

Em virtude disso, o Estado não pode intervir na convicção religiosa limitada ao seu exercício em seus cultos e suas liturgias. No entanto, a medida em que esta convicção for feita com o “incitamento à perseguição, à abominação, à repulsa, à segregação”²³³, caberá à homossexualidade ou aos indivíduos homossexuais a intervenção das forças estatais para fazer prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, que se sobrepõe à liberdade de convicção religiosa, quando houver confronto com ela.

4.2.2.2. O casamento homoafetivo: realidade de outros países

O casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, desde alguns anos, é realidade em vários países do mundo, como acontece no(a): Holanda (2001); Bélgica (2004); Canadá²³⁴ e Espanha (2005); Suécia e Noruega (2009); Portugal, Islândia e Argentina (2010); Estados Unidos da América, em: Vermont (2009), New Hampshire e Washington (2010)²³⁵, New York (2011).

O “*Marriage Equality Act*”, que alterou a lei reguladora dos relacionamentos domésticos, instituiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Estado de Nova Iorque com o seguinte propósito:

O casamento é um direito humano fundamental. Casais do mesmo sexo deveriam ter o mesmo acesso que outros para a proteção, responsabilidades, direitos, obrigações e benefícios do casamento civil. Relações familiares estáveis ajudam a construir uma sociedade mais forte. Para o bem-estar da comunidade e em justiça a todos os nova-iorquinos, este ato reconhece formalmente outro modo válido de casamento, sem levar em conta se as partes são do mesmo sexo ou diferente. É a intenção do legislador que os casamentos de casais do mesmo sexo serem tratados igualmente em todos os aspectos da lei.²³⁶

²³² OLIVEIRA, R. F. *op. cit.*, p.237-238.

²³³ *Ibid.*, p. 238

²³⁴ A corte constitucional de Ontário no Canadá reconheceu a inconstitucionalidade da lei que proibia o casamento entre pessoas do mesmo sexo, cf. 1.2.3.

²³⁵ GIORGIS, *op. cit.*, p. 71.

²³⁶ NEW YORK STATE ASSEMBLY. **Act 8354**. New York, June 14, 2011. Disponível em: <<http://open.nysenate.gov/legislation/bill/A8354-2011>> Acesso em 02 dez. 2011, tradução livre.

De acordo com o disposto acima, é possível constatar mudanças profundas na forma de se pensar o casamento. Essa relação jurídica vista como direito humano fundamental, não é e nem pode ser considerada como um atributo exclusivo dos heterossexuais. Tal direito deve ser acessível a todos sem qualquer distinção. Assim, se o casamento é um direito fundamental, desnecessária é a regulação expressa que possibilite a concretização para o reconhecimento jurídico do casamento homoafetivo.

Nesse sentido defende Virgílio Afonso da Silva:

A grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e modelo de efeitos indiretos, visto anteriormente, consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si.²³⁷

A Argentina foi o país latino-americano que no ano de 2010 inaugurou o casamento igualitário aos homossexuais, com a alteração de seu Código Civil, mencionando que: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”²³⁸

No caso de Portugal, a Lei n. 9/2010²³⁹ revogou expressamente a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo (art. 4º), promovendo alterações ao Código Civil do referido país. O tribunal constitucional português, em sede de controle de constitucionalidade, reconheceu que o casamento homoafetivo não configura ofensa à Constituição Portuguesa.²⁴⁰

Diante da realidade de outros países do mundo, e em se tratando de direitos humanos que circundam no campo da liberdade sexual, da dignidade humana, na igualdade e na proibição do preconceito afetivo do indivíduo, é que o direito

²³⁷ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

²³⁸ Artículo 2º (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 03 dez. 2011).

²³⁹ Artigo 1.º A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Artigo 2.º Alterações ao regime do casamento (...) Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código. (PORTUGAL, **Diário da República**, 1ª série n. 105, 31 de maio de 2010. Disponível em:<<http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf>> Acesso em 10 dez 2011).

²⁴⁰ GIORGIS, *op. cit.*, p. 71.

homoafetivo deságua para o casamento, como a relação jurídica mais segura e mais completa para a afirmação da afetividade.

4.2.2.3. O casamento: instituto privativo dos cidadãos heterossexuais?

Por outro lado, a militância LGBT, como fruto da realidade social, quer o reconhecimento e o respeito igual às pessoas heterossexuais. Para esse grupo, não basta apenas o reconhecimento de uma união estável, mas o alcance do direito ao casamento civil.²⁴¹

Como visto no que tange aos métodos interpretativos, a realidade social deve ser extraída do processo de afirmação dos grupos sociais envolvidos, que lutam para o alcance de certos direitos. Se o que se busca é a igualdade, cabe ao Estado, como medida de justiça, atender aos reclamos dessa parcela da população para obter acesso igual ao casamento, dentre outros direitos de combate ao preconceito e a discriminação. Por essa razão, é cabível a construção da norma para que o casamento seja uma relação jurídica entre pessoas, independentemente da orientação sexual dos contraentes. A lei civil deve ser interpretada de forma construtiva para que de onde se lê “entre o homem e a mulher”, leia-se “pessoas”.

De fato, o Código Civil não assegura expressamente o direito homoafetivo, (o que foi agitado desde o início como omissão ou inconsistência legislativa), nem confere o reconhecimento ao livre exercício das capacidades afetivas da homossexualidade, mas nem por isso impede o acesso ao casamento ou a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Como o casamento é, de acordo com os princípios constitucionais avaliados no primeiro capítulo, um direito fundamental, a mediação legislativa não é indispensável para o exercício desse direito. Por essa razão, cabe ao Estado movimentar sua máquina administrativa para que os órgãos competentes possam efetuar os casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Cabe, portanto, suscitar aos órgãos superiores da justiça que promovam as mudanças dos modelos heteronormativos para que todos os cartórios de registro civil do país passem a

²⁴¹ GUIMARÃES, Aníbal. Os princípios de Yogyakarta in DIAS, Maria Berenice (coord.) **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011, p. 87-96.

celebrar casamento civil homoafetivo, independentemente de ação judicial que reconheça união estável. Afinal de contas, um direito fundamental de eficácia plena não necessita de lei específica, em razão da sua aplicabilidade imediata.

Por outro lado, a Constituição não proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo, nem mesmo impõe o requisito da diversidade de sexo para sua realização. Os elementos “homem” e “mulher” foram invocados neste caso apenas no art. 226, § 5º para determinar que os direitos e obrigações dessa entidade passem a ser exercidos igualmente por ambos os cônjuges, em consonância com o art. 5º, inciso I da CRFB.²⁴²

A inserção dos elementos “homem” e “mulher”, tanto na ordem constitucional, quanto na lei, devem ser interpretados como revogação expressa da “vestuta classificação distintiva dos direitos do marido e da mulher contida nos arts. 233 a 255 do Código Civil de 1916, disposições estas que constituíam extenso rol de discriminações entre os conjuges (...)”²⁴³, contrárias ao princípio da igualdade entre os sexos.

Desse modo, mesmo que se fizesse uma interpretação literal do texto da Constituição, não seria possível constatar a existência de proibição ou imposição do requisito da diversidade de gênero para a habilitação e celebração do casamento.

Nada justifica não reconhecer a possibilidade do casamento homoafetivo. Proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo decorre de uma cultura homofóbica. Admitir o acesso ao matrimônio reflete o direito de os homossexuais serem tratados com igual consideração pelo ordenamento jurídico. A modelação sexual do casamento é livre e personalizadasmente feita por cada casal, no contexto e na privacidade da comunhão de vida que lhe é inerente. A doutrina clássica, que ainda, exige para o casamento o requisito da diversidade de sexos, não mais se sustenta frente à repersonalização do direito das famílias, que busca assegurar o direito à felicidade calcado nos princípios constitucionais. Não há impedimentos para que uma relação homoafetiva seja vista como uma relação de amor, compromisso e respeito. Assim, negar a possibilidade de que este relacionamento constitua uma família, implica grave violação aos direitos fundamentais.²⁴⁴

²⁴² “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (art. 226, § 5º CRFB).

²⁴³ OLIVEIRA, Euclides de; Giselda Maria Fernandes Novaes, HIRONAKA. Do casamento. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11

²⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5 ed. rev.atual e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 137.

Toda a construção doutrinária que conceitua o casamento como relação jurídica restrita ao homem e a mulher é fruto de uma tradição histórica influenciada pela religião. O texto da lei infraconstitucional segue a mesma influência, mas mesmo assim não define o que é casamento e não proíbe sua realização entre pessoas do mesmo sexo.²⁴⁵ Portanto, como se trata de relações de interesse privado, aquilo que não é proibido, é permitido, cabendo ao Estado reconhecer o acesso dos homossexuais a esse procedimento formal.

Diante dessa questão, a Lei de Registros Públicos não faz nenhuma alusão à distinção de sexo entre os nubentes para o requerimento de habilitação do casamento, não fazendo isso nem mesmo no tocante à sua celebração. Ou seja, os interessados podem requerer a habilitação que será posteriormente avaliada pelo Ministério Público.²⁴⁶ Nesse aspecto, nenhum ofício de registro civil poderia impedir pessoas do mesmo sexo de requerer habilitação para o casamento.

Com que autoridade operadores do direito que devem zelar pela segurança jurídica e prevenção de litígios judiciais ousam negar atendimento aos casais homoafetivos? Com que argumento legal, moral ou pessoal podem relegar estas pessoas à marginalidade ou, pior, ao abandono jurídico? Já não basta toda a cruel discriminação pela qual estas pessoas foram obrigadas a passar durante toda uma vida, desde o momento em que se descobriram ou se aceitaram homossexuais? E justamente agora, quando brava e corajosamente vêm nos solicitar auxílio para a formalização jurídica de sua vontade, têm que rastejar e receber tratamento como que de favor? Francamente. Não foi esta a atribuição que nos deu a Lei 8.935/1994, em seus arts. 3º e 6º (...) na esteira do andamento moderno do direito, com a magnitude de função social que possui o tabelião, simplesmente se negue a atender a um casal homoafetivo

²⁴⁵ “De outro lado, o diz o Código Civil em seu art. 1.514: 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. Grande parte da doutrina ainda invoca esse dispositivo para afirmar que a diversidade sexual é condição de existência do casamento, e que pessoas do mesmo sexo somente poderiam contrair matrimônio se a lei fosse expressa nesse sentido. Tal interpretação é desprovida de fundamento normativo que a justifique, na medida em que o a lei não define o que é família ou mesmo o que é casamento. Entre os impedimentos matrimoniais, não está prevista a identidade de sexo dos nubentes. Limita-se a lei a estabelecer requisitos para a sua celebração, elencar os direitos e os deveres dos cônjuges e disciplinar os regimes de bens. Sequer ao apontar as causas de nulidade ou anulação do casamento, é feita referência à identidade sexual dos cônjuges. Sendo assim, a expressão ‘homem e mulher’ prevista na lei não acarreta delimitação quanto aos indivíduos capazes para casar. Significa apenas que tanto o homem quanto a mulher podem contrair matrimônio.” (*Ibid*, p. 138).

²⁴⁶ “Na habilitação para o casamento, os interessados, apresentando os documentos exigidos pela lei civil, requererão ao oficial do registro do distrito de residência de um dos nubentes, que lhes expeça certidão de que se acham habilitados para se casarem” art. 67 da Lei n. 6015 de 31 de dezembro de 1973.

ou negue dar-lhes guarida jurídica devida, por desconhecimento das novas diretrizes traçadas pelo Sistema Jurídico e Constitucional.²⁴⁷

Toda e qualquer restrição existente no texto do Código Civil Brasileiro precisa, portanto, adequar-se à ordem constitucional para extirpar a exclusão de acesso ao casamento aos homoafetivos. Segue para isso o mesmo raciocínio desenvolvido para a concretização do reconhecimento da união estável.

Após o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, algumas decisões do Poder Judiciário aceitaram juridicamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo como as duas primeiras conversões de união estável em casamento, realizadas em Jacareí-SP e em Brasília-DF.²⁴⁸

Não bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), como intérprete maior da lei infraconstitucional, promoveu o reconhecimento do direito ao casamento direto a um casal de lésbicas, que teve o pedido de habilitação indeferido tanto pelo cartório de registro civil, como no juízo de primeiro grau e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A decisão do STJ é um importante precedente para respaldar o acesso direto ao casamento civil homoafetivo. Segue, para isto, trecho do voto do relator:

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º). (...) Nessa toda, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua co-participação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é 'democrático' formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.²⁴⁹

²⁴⁷ AGAPITO, Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes. Formalização notarial das relações homoafetivas. In DIAS, Maria Berenice (coord.) **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011, p. 307-208.

²⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5 ed. rev.atual e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 139.

²⁴⁹ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8).

O julgamento acima mencionado não criou direito material ou usurpou a competência legislativa. O casamento homoafetivo não é um novo instituto jurídico, mas uma relação jurídica igual a das pessoas heteroafetivas que desejam construir uma família. A homoafetividade ainda se encontra às margens da lei que promove exclusão pela discriminação de orientação sexual não permitida na ordem constitucional.

A jurisprudência que caminha nessa trilha promove a correção de uma restrição do acesso ao casamento de uma discriminação legal que não condiz com a ordem constitucional. Nada foi criado, apenas adequado de acordo com a realidade social que reclama essa adequação. O caso em apreço, é representativo de um conflito social que precisa ser resolvido para uma parcela do povo - cidadãos de orientação homossexual – que clama pela igualdade de tratamento e que luta apenas pelo direito ao reconhecimento de suas capacidades afetivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conquistas feministas trouxeram mudanças profundas nos papéis exercidos pelo homem e pela mulher na sociedade. Apesar das diferenças, a exigência passou a ser de garantia do tratamento igual. A partir de então, tanto no ponto de vista sociológico, como no ponto de vista jurídico, homens e mulheres passaram gradativamente a ter os mesmos direitos e obrigações. Os papéis do masculino e do feminino, aos poucos, foram se convergindo para propósitos comuns, diminuindo as diferenças discriminatórias em razão do gênero. Diante dessas transformações, a identidade sexual foi deixando de ser o ponto de partida para a formação dos laços afetivos, alterando-se então o modelo de família, antes restrito a tais papéis, pela antiga visão voltada à capacidade reprodutiva.

A diminuição das diferenças entre os papéis feminino e masculino, as lutas da população LGBT e os avanços científicos que fizeram cair por terra qualquer referência patológica à homossexualidade, propiciando maior visibilidade e abertura para que os laços afetivos entre pessoas do mesmo sexo se evidenciassem. No entanto, tal visibilidade passou a se confrontar com os padrões sociais heterossexistas, que dirigiam os indivíduos a ações convencionadas como adequadas.

Apesar disso, o preconceito, com raízes nas sedimentações de uma moralidade histórica sob influência religiosa, emperraram a aceitação da sociedade daquilo que era diferente das convenções construídas. Esse preconceito, enraizado na sociedade, foi refletido nos espaços públicos, nos poderes do Estado e no ordenamento jurídico.

Uma nova ordem jurídica se instaurou na República Federativa do Brasil pela Constituição de 1988, intitulada “Constituição Cidadã”, institucionalizando um Estado Democrático de Direito consubstanciado em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Desde então, a estrutura do Estado Brasileiro passou a ser fundamentada na cidadania e na dignidade da pessoa humana, objetivando-se promover o bem de todos, indistintamente (art. 1º, inciso II e III e art. 3º, IV, CRFB). Contudo, o processo de conformação dessa ordem jurídica com a realidade social e política do país não se deu imediatamente. Os mecanismos de controle, a intucionalização de poderes com órgãos dotados de prerrogativas constitucionais e

a contribuição da sociedade civil promoveram o redirecionamento da realidade social e política, que vem se conformando a essa ordem constitucional.

A sociedade, na experiência dessa nova ordem jurídica, foi aos poucos experimentando o exercício das liberdades inauguradas em decorrência da prática da cidadania, construída e ampliada na medida da conformação dos mandamentos constitucionais. O ordenamento jurídico como um todo teve que se amoldar à Constituição de 1988, que possui uma alta carga axiológica de caráter imperativo, no intuito de engradar as ações estatais e as ações de interesse privado.

A conformação mencionada ainda está longe de ser concretizada; pois há muito a se ajustar. Afinal de contas, não se deduz da realidade a extensão do que impõe o mandamento constitucional para a construção de uma sociedade plural, que não aceita o preconceito e a discriminação de qualquer natureza. Igualmente não se observa nas ações estatais as contenções suficientes e a proteção efetiva para reduzir a exclusão das minorias, vítimas da discriminação. Por outro lado, a fraternidade, a liberdade e a igualdade é que devem orientar toda e qualquer ação do Estado cujo papel é atender os anseios de todos.

Assim sendo, não cabe ao Estado manietar as capacidades de autorrealização dos indivíduos, muito menos restringir o acesso de uns em detrimento de outros a certos procedimentos públicos. É nesse ponto que se enquadram aqueles que possuem a orientação sexual diversa da que foi, por muito tempo, inclusive pela ciência, convencionada como correta. Se o Estado não pode cercear a capacidade dos seus indivíduos de escolherem e a como direcionar seus particulares interesses de intimidade ou de convívio afetivo, tem-se um direito fundamental ínsito à condição humana. No que tange a esse direito, nem o Estado nem ninguém está autorizado a intervir ou restringir escolhas desde que estas, avaliadas por parâmetros racionais, não representem dano algum para a sociedade.

A igualdade, no dizer de Hannah Arendt, não é algo dado²⁵⁰, mas que se constrói no processo de lutas. O sentimento de injustiça dos integrantes de grupos cuja distribuição de direitos é reduzida move o engajamento para o combate ao processo de exclusão disseminado pelo preconceito. Caminharam e ainda caminham nessa trilha, mulheres, afrodescendentes, pessoas com deficiência, dentre outros. Seguem o mesmo percurso os homossexuais, por meio de

²⁵⁰ vide nota 38.

movimentos de defesa de seus interesses, a exemplo dos *amici curiae*. Assim como nas demais minorias, apesar das diferenças, a luta da população LGBT tem como marca alcançar a aceitação e conformação de uma sociedade ainda heterossexista, rompendo esse paradigma enraizado por uma tradição histórica.

Um dos entraves para a concretização do direito homoafetivo é a vontade da maioria, que ainda assume uma postura preconceituosa, refletida nos órgãos de representação popular. 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. Nesse ponto, a Constituição de 1988 encontra-se discrepante da realidade social e política, na medida em que o Estado, que detém o poder de regular a conduta humana, desincumbiu-se de sua atribuição para corrigir o preconceito dirigido à homossexualidade. Por essa razão, as uniões homoafetivas ficaram por um longo tempo fadadas à insegurança jurídica de um Estado que, em ofensa ao mandamento constitucional, não protege as uniões homoafetivas sob o argumento de que a lei não abarca essa relação.

Foi a progressiva conformação jurídica da constituição com a realidade social e política que abriu as portas para homoafetividade. A experiência gradativa 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.

Aqueles que criticam as recentes concretizações constitucionais da homoafetividade - o julgamento do STF, que reconheceu a união homoafetiva e a decisão do STJ, o casamento direto a um casal de lésbicas - esquecem que num passado não muito distante tivemos transformações sociais ajustadas, mesmo antes do advento da Constituição de 1988. O que o Poder Judiciário faz em decisões como estas é justamente cumprir o seu papel de promover a interpretação mais ampla e democrática, dando voz a essas minorias, que não podem mais esperar num campo de insegurança, a vinda do legislador para socorrê-las no amparo ao seu direito de realizar o projeto de constituir uma família, reconhecida e protegida pelo Estado.

O apego ao texto normativo destoante da realidade social parece servir de escudo para mascarar o preconceito que ainda se encontra entranhado na sociedade, em descompasso com sua dinâmica. Os que divergem do entendimento dos tribunais superiores nesse sentido, equivocam-se nas suas justificativas porque a ciência jurídica, assim como os métodos interpretativos das normas, não são estanques. 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 dos direitos humanos, em razão do caráter estático da norma que, vista por esse plano, limita e não reproduz o ideal de cidadania que deve ser ampliado no maior alcance possível em um Estado Democrático de Direito.

Então, se a hermenêutica tradicional restringe a cidadania da homossexualidade no que tange à sua capacidade afetiva, a ciência jurídica deve buscar outra exegese capaz de respaldar o exercício desse direito em igualdade com os heteroafetivos. Da mesma forma, se a vontade geral obstaculiza a autonomia da liberdade sexual e do direito ao afeto à homossexualidade - refletida pela ineficiência do Poder Legislativo, que não reconhece, nem regula o direito homoafetivo - certo é que os mecanismos de contenção das forças do Estado precisam ser ativados para se estabelecer-se o equilíbrio das funções dos poderes estatais.

A democracia passa a ser, pois, um convite para que os operadores do direito se comprometam mais com a cidadania que deve ser considerada na avaliação do bem-estar dos cidadãos, individualmente considerados. Na circunstância dessa realidade fática, cabe aos operadores do direito sair do aprisionamento de um texto escrito, “dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de exclusão da cidadania”²⁵¹, para a defesa dos valores, dos princípios de direitos fundamentais, que estão no centro de forças de onde gravita todo o ordenamento jurídico. Por se tratar de direitos fundamentais, eles não podem ser restringidos pelo conteúdo normativo, mas aplicados com a maior eficácia e abrangência possível a fim de atender os interesses de todos os cidadãos.

²⁵¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 39.

A nova hermenêutica, sugerida neste trabalho pela Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, e da “Força Normativa da Constituição” de Konrad Hesse, dão maior eficácia aos direitos fundamentais, dotando o conteúdo normativo de amplitude capaz de assegurar a igualdade de tratamento à homoafetividade.

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 humanos, a exemplo dos direitos das minorias. Como visto, o Direito reduzido à vontade da maioria, externada na inconsistência legislativa, não é eficiente para acompanhar as transformações sociais porque barra o acesso de uma parcela da população (LGBT), impedindo o desenvolvimento do seu projeto de vida em comum, visto que não cumpre sua finalidade de estabelecer a paz social e a justiça. A liberdade e a igualdade não podem ser colocadas abaixo dos elementos contidos no texto normativo porque são valores de ambiência ética.

O juiz, o tribunal ou o oficial de registro civil que recusa o acesso a união estável ou ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, nega o direito de identidade aos cidadãos homossexuais. O Estado não pode lesar os direitos individuais daqueles que estão sob sua tutela ou tratá-los com menor respaldo jurídico, pelo simples fato de possuírem uma orientação diversa da tradicional. 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, desvencilhando-se de um moralismo histórico impregnado de justificativas desconectadas do avanço 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 com isenção, ou dependam de uma lei, que sequer foi criada, para tê-los reconhecidos juridicamente.

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.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

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

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

_____. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Documentário, 1976.

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 03 dez. 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O direito civil na Constituição. *In*: MORAES, Alexandre de. (coord.) **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

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, Luis Roberto. Sustentação oral. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=ECIWP1c9-Vg>> Acesso em 10 nov. 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 10 mai. de 2011.

BELTRAME, Ideraldo Luiz. A parada gay vai exigir a criminalização da homofobia. **Época São Paulo**, São Paulo: Globo, n. 32, Jun. 2011, p. 80. Entrevista concedida a Apoenan Rodrigues.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

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.

BORGHI, Hélio. **União estável e Casamento**: aspectos polêmicos. 2 ed. Editora Juarez de Oliveira, 2003.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (org.) **Hermenêutica Plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PDL n. 224/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503973>> Acesso em 07 jun. 2011.

BRASIL. Normas. **Códigos civil**, comercial, processo civil, constituição federal e legislação complementar. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei n. 6015**, de 31 de dezembro de 1973.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378 - RS** (2010/0036663-8).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em 10 out. 2011.

_____. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>> Acesso em 10 out. 2011.

_____. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.youtube.com/stf#p/search/0/9w6ouZOgRnE>>. Acesso em 10/out/2011.

_____. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>> Acesso em 10 out. 2011.

_____. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em 10 mai. 2011.

_____. **ADI 4277**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>> Acesso em 10 out.2011.

_____. **ADPF 132; ADI 4.277**. Pleno. Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>> Acesso em 10 mai. 2011.

_____. **MI 712**, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. DJ 206 de 31 de out. de 2008, v. 2339-03, p. 384.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BURGIEMAN, Denis Russo. Atração entre iguais. **Superinteressante**. ago/ 1999. Disponível em <http://super.abril.com.br/superarquivo/1999/conteudo_94658.shtml>. Acesso em 19 abr. 2011.

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

COELHO, Inocêncio Martins. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. *In: Revista de Direito Público*, ano 24, n. 96, out./dez. 1990.

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

CONTE, Christiany Pegorari. A aplicabilidade da teoria estruturante no direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico. *In* COMPEDI, 2008. Trabalho publicado nos **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_197.pdf> Acesso em 10 nov. 2011.

DAHL, Robert. **Sobre Democracia**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

DIAS, Maria Berenice (coord.) **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

_____. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.) **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIREITO INTERNACIONAL: Normas. **Legislação de Direito Internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. São Paulo: RT, 1996.

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

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? **Revista Lua Nova**, São Paulo 70: 101-138, 2007.

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: 05 mai. 2010.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GREEN, N. James; Trindade, Ronaldo. (org.) **Homossexualismo em São Paulo e outros escritos**. São Paulo: UNESP, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico**: características da população e dos domicílios: resultados do universo. 16 nov. 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2017&id_pagina=1> Acesso em 19 nov. 2011.

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

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos. **Custos Legis**: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Fabio.pdf>. Acesso em 29 nov. 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a04v2n2.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2011.

LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, set. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29 nov. 2011.

MACHADO, F. V.; PRADO M. A. M. Sexualidade e Cidadania. Sociedade Civil e Poder Público na Organização da Parada GLBT na Cidade de Belo Horizonte (Brasil). **Revista Lês Cahiers de Psychologie politique**: Caen, França. v. 10. Fev. 2003. Disponível em: <<http://lodel.irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique/index.php?id=793>>. Acesso em 30 de maio de 2011.

MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. *In*: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Constituição “conforme” o STF. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 mai. 2011. Opinião, p. 3.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

MONDANI, Marco. **Direitos Humanos**. São Paulo: Contexto, 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOSCHETA, Murilo dos Santos. **Construindo a diferença**: a intimidade conjugal em casais de homens homossexuais. Dissertação apresentada à Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto/USP – Dep. de Psicologia e Educação. Ribeirão Preto, 2004, disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/.../Dissert_Mestrado_Murilo_online.pdf>. Acesso em 30 mai 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____. Positivismo. Tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. In **Boletim dos Procuradores da República**. Ano III, n. 29, setembro, 2000.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2009.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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.

NEW YORK STATE ASSEMBLY. **Act 8354**. New York, June 14, 2011. Disponível em: <<http://open.nysenate.gov/legislation/bill/A8354-2011>> Acesso em 02 dez. 2011.

OLIVEIRA, Frederico Batista de. O constitucionalismo plasmando a democracia. **Revista acadêmica: direitos fundamentais**. Osasco: FIEO, n. 5. No prelo.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: RT, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 253

PESSOA, Fernando. **Poesias Inéditas (1930-1935)**. Nota prévia de Jorge Nemésio. Lisboa: Ática, 1955 (imp. 1990).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTUGAL. **Diário da República**. 1ª série n. 105, 31 de maio de 2010. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf>> Acesso em 10 dez 2011.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

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. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 9, jan./mar. 2009, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARTI, Cynthia Andersen. Contribuições da antropologia para o estudo da família. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, 1992. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 23 mai. 2011.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, v. II.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Kelly Susane Afllen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SMÂNIO, Gianpaolo. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. *In: Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. Coordenador: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2008.

STRECK, Lênio. Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul/set. 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Estudos Feministas**, Florianópolis: UFSC, ano 9, n. 2, 2001.

ANEXOS

Decisão do Supremo Tribunal Federal ADPF 132; ADI 4277

Votos dos ministros

Decisão do Superior Tribunal de Justiça RESP 1.183.378 - RS

Voto do Relator