



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
Curso de Graduação em Direito

Rodrigo Leonardo de Melo Santos

O CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO  
Possibilidade jurídica e reconhecimento judicial

Brasília  
2013

Rodrigo Leonardo de Melo Santos

O CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO  
Possibilidade jurídica e reconhecimento judicial

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do grau de bacharel em  
Direito pela Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília.

Orientadora: Professora Suzana Viegas Borges de Lima

Brasília  
2013

Rodrigo Leonardo de Melo Santos

O CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO  
Possibilidade jurídica e reconhecimento judicial

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_ / \_\_\_ / 2013.

Conceito:

Banca examinadora:

---

Suzana Borges Viegas de Lima  
Prof<sup>ª</sup>. Msc. e Orientadora

---

Fabio Francisco Esteves  
Prof. Msc. e Examinador

---

Christine Oliveira Peter da Silva  
Prof<sup>ª</sup>. Msc. e Examinadora

---

Cláudia Rosane Roesler  
Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. e Examinadora

## AGRADECIMENTOS

Deixo a graduação da Faculdade de Direito da UnB num misto de alívio, sentimento de dever cumprido, expectativas e saudades. Foram cinco anos intensos, de conquistas, percalços, mas, acima de tudo, muito aprendizado, compartilhado com pessoas maravilhosas de dentro e fora do ambiente acadêmico. Não poderia, portanto, deixar de prestar minhas homenagens e meu sincero agradecimento a cada um que participou dessa trajetória, que culminou na elaboração deste estudo:

De início, à professora Suzana Viegas, pelos ensinamentos e por me abrir as portas ao universo do Direito de Família. Serei eternamente grato por me revelar o lado humano, vivo e dinâmico que existe no direito, frequentemente ocultado pelo apego à frieza dos textos legais. Suas lições, professora, demonstram que a sensibilidade não é um privilégio de poetas. Obrigado por todo o suporte no exaustivo e gratificante desenvolvimento deste estudo.

Ao Juiz Fabio Esteves, pelas valiosas sugestões e discussões, ainda quando da concepção original do projeto desta monografia.

Ao amigo Igor, pela inestimável contribuição neste trabalho, desde a estrutura dos capítulos aos debates sobre seu conteúdo. Tenha certeza de que suas considerações foram ouvidas e em muito moldaram os rumos desta pesquisa.

Aos colegas e amigos da Faculdade de Direito com quem compartilhei minha breve história na graduação, especialmente: Aimée, Lara e Danielle. Sua ajuda acadêmica foi tão importante para a conclusão desta etapa quanto sua amizade e os momentos de descontração que tivemos juntos. Que o fim desse capítulo de nossas vidas nos aproxime mais ainda.

À sempre doce companheira Virna. Você me provou que a universidade guarda boas e inesperadas descobertas. Sua amizade foi, sem dúvida, uma delas. Que voltemos a compartilhar experiências no trabalho e fora dele. Nossa história terá "repercussão geral", pode acreditar.

À querida e sempre presente amiga Marina Oliveira. Seu suporte e carinho persistentes, mesmo diante de minha ausência, reforçam minha crença de que você é um presente único que essa vida me deu.

Ao fundamento da minha futura família, Gustavo, sem o qual nada nessas páginas faria o menor sentido. Você é a razão pela qual cada palavra escrita neste trabalho carrega meus mais sinceros sentimentos e pensamentos. Obrigado por tornar concreta toda opinião que emiti sobre o afeto e o amor.

Ao meu irmão Lucas, por aturar as tantas vezes em que o requisitei para revisar meus escritos e outras em que recusei convites para filmes, em prol da conclusão deste trabalho

Finalmente, a meus pais, pelo apoio incondicional e pela vida dedicada à criação e educação de seus filhos. Mãe, agradeço pela paciência – esse estágio longo e cansativo foi cumprido, com todo o seu apoio. Pai, sua falta me é incalculável, mas hoje tenho orgulho de, em sua memória, mostrar a todos o quão longe cheguei acalentado por seu sonho. Seu pequeno conseguiu, baixinho!

Vocês e o Lucas foram, são e sempre serão meus guias e fontes de inspiração nessa curta jornada que é a vida. Obrigado por me mostrarem, em primeira mão, o que é o verdadeiro afeto familiar, que ultrapassa barreiras de crença, ideologias e orientações sexuais.

*“Da Igualdade - como se me incomodasse dar aos outros as  
mesmas oportunidades e direitos que tenho, como se para  
os meus próprios direitos não fosse indispensável que outros  
tivessem os mesmos”*

Walt Whitman

## RESUMO

O direito de família passou por mudanças significativas com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em sua nova roupagem, adaptada à carga humanista da Carta, as famílias foram concebidas de forma plural e sob um viés instrumental. O dever estatal de protegê-las visa atualmente à pessoa de seus membros, não à instituição em si. Nesse cenário de abertura, as demandas de homossexuais pelo reconhecimento do caráter familiar de suas uniões é um dos temas mais controversos e recentes em matéria de direitos civis. O presente estudo tem como escopo a apreciação de uma luta específica do movimento LGBT na seara do direito de família: a possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo e sua resolução no âmbito do poder Judiciário, em face da morosidade do Legislativo em enfrentar a matéria. Para tanto, desenvolve-se um esboço histórico da família brasileira, desde o período colonial, demonstrando seu caráter dinâmico; bem como uma retrospectiva do estigma lançado em diferentes épocas sobre a homossexualidade. A abordagem do tema é realizada de acordo com os pilares do paradigma pós-positivista, com os princípios e regras oriundos da Constituição de 1988, interpretados sistematicamente, e com a noção de Ronald Dworkin do direito como integridade. Ademais, busca-se demonstrar as razões pelas quais, em certas circunstâncias, como em relação à restrição aos direitos de minorias e grupos vulneráveis fundada em preconceitos, a Constituição permite ou requer a atuação mais incisiva do Judiciário, quando provocado, como forma de resguardar sua força normativa e a efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito de Família. Casamento entre pessoas do mesmo sexo. União homoafetiva. Homossexualidade. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade. Omissão legislativa.

## **ABSTRACT**

Family law has undergone multiple changes since the enactment of the 1988 Brazilian Federal Constitution. Adapted to the humanistic vein of the Charter, families have been recognized under a plural and instrumental perspective. The state's duty to protect them currently aims at the person of its members, not the institution itself. In this new scenario, the demand of homosexuals for recognition of their relationships as families is one of the most controversial issues in terms of civil rights. The object of this study is a particular struggle of the LGBT movement: the legal possibility of same-sex marriage and its implementation by the Judiciary, given the slowness of the Legislature to address the matter. It begins with a foreshortened history of the Brazilian family, since the colonial period, demonstrating its dynamicity, as well as a retrospective of the stigma that's been attached to homosexuality. The argument is sustained by the pillars of the post-positivist paradigm, the principles and rules derived from the 1988 Constitution, interpreted systematically, according to Ronald Dworkin's idea of law as integrity. Furthermore, we seek to demonstrate the reasons why, in certain circumstances, such as the restriction on the rights of minorities and vulnerable groups based on prejudice, the Constitution allows or requires the Judiciary to act more effectively as a way of protecting its normative force and the effectiveness of fundamental rights.

**Key words:** Family law. Same-sex marriage. Civil union. Homosexuality. Fundamental rights. Human dignity. Judicial review. Legislative omission.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
<b>CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA, AFETO E HOMOSSEXUALIDADE: UM ESCORÇO HISTÓRICO.....</b>	<b>13</b>
1.1. Pluralidade e reinvenção: a família na história.....	13
1.1.1. Afeto e individualização na modernidade líquida .....	18
1.2. A família no direito brasileiro: histórico e perspectivas.....	22
1.3. Homossexualidade: do enclausuramento à liberdade.....	30
<b>CAPÍTULO 2 – O ESTADO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS .....</b>	<b>42</b>
2.1. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional: a afirmação do paradigma pós-positivista.....	42
2.2. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.....	46
2.3. Constitucionalismo e democracia.....	50
2.3.1. Jeremy Waldron e a crítica à jurisdição constitucional .....	50
2.3.2. Brasil pós-1988 e o controle de constitucionalidade .....	56
2.3.3. A função contramajoritária da jurisdição constitucional .....	59
2.3.4. Democracia e jurisdição constitucional: uma síntese .....	64
2.3.5. O direito como integridade: uma alternativa ao voluntarismo judicial .....	67
<b>CAPÍTULO 3 – A FAMÍLIA HOMOAFETIVA .....</b>	<b>72</b>
3.1. Sociedades de fato ou sociedades de afeto: as uniões homoafetivas como uma questão de princípios .....	72
3.2. Dignidade da pessoa humana e homossexualidade .....	73
3.2.1. Dignidade e reconhecimento .....	77
3.3. Igualdade, diferença e discriminação .....	81
3.4. Liberdade e segurança jurídica .....	88
3.5. A disciplina civil-constitucional da família.....	89
3.5.1. Pluralidade, solidariedade e afeto .....	90
3.5.2. Famílias homoafetivas .....	94

CAPÍTULO 4 – HOMOSSEXUALIDADE E CASAMENTO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	103
4.1. A possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.....	103
4.2. Diferentes, mas iguais: homoafetividade, casamento e parcerias domésticas registradas 111	
4.3. A homoafetividade e a jurisprudência brasileira .....	119
4.3.1. O começo de uma travessia .....	120
4.3.2. Novos rumos: homoafetividade e família.....	122
4.3.3. O reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas .....	128
4.3.4. Perspectivas pós-ADPF 132: do casamento entre pessoas do mesmo sexo .....	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	138
REFERÊNCIAS .....	141
ANEXO 1 .....	152
STF – ADPF 132.....	152
ANEXO 2 .....	154
STJ – RESP 1.183.378/RS .....	154

## INTRODUÇÃO

À sua maneira, cada uma das lutas travadas pelo reconhecimento de direitos civis foi marcada por polêmica, resistência à mudança, longos períodos de maturação das controvérsias e discussão em diferentes instâncias da sociedade. Todavia, apura-se que, não raro – às vezes, em saltos abruptos –, se avança em direção a uma convivência humana mais igualitária, avessa à negativa de direitos firmada em motivos autoritários ou discriminatórios. Dessa forma se deram e se consolidam diuturnamente as conquistas de grupos vulneráveis, como negros e mulheres. E com o mesmo intuito, vêm à luz, em anos mais recentes, as demandas dos movimentos homossexuais por tratamento isonômico, contra preconceitos motivados por orientação sexual.

Em tempos de elevados índices de divórcios e remodelação de formatos familiares<sup>1</sup>, desperta interesse a persistência de determinados indivíduos para que se reconheçam a suas relações afetivas o mesmo respeito, consideração e efeitos jurídicos decorrentes dos já consagrados enlances heterossexuais. Mais curioso, ainda, a insistência de que se o faça sem distinção sequer de nomenclatura, ressaltando o caráter simbólico que recai sobre o a disputa.

Ocorre que gays e lésbicas têm, aos poucos, conquistado espaço para expor seus desejos e planos. Atualmente, vão às ruas, organizam passeatas, paradas, festas e marchas. Lentamente, sua visibilidade e aceitação social crescem<sup>2</sup>, refletindo, mesmo que de forma tímida, na prática de atos públicos de afeto que há décadas atrás certamente seriam motivo de repulsa para a grande maioria da população. São pessoas que vêm perdendo o medo de afirmar suas particularidades para revelar que, no fundo, nem são tão diferentes de seus pares.

Ademais, veem-se hoje como sujeitos de direitos, pelo que não aceitam a perspectiva de uma vida como meio-cidadãos, submetidos a restrições com as quais boa parte da população não lida. A liberdade para expressar a revolta com a situação desfavorável que lhes é imposta, conquista dos Estados Constitucionais consolidados ao longo do século XX, retirou os homossexuais do anonimato, do isolamento, e deu-lhes ciência de que, a despeito de

---

<sup>1</sup> Registrou-se um crescimento de 46,5% no número de divórcios registrado ano de 2011 em comparação ao quantitativo de 2010. Estatísticas do registro civil 2011. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**. Disponível em: <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>.

<sup>2</sup> Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE em julho de 2011, verificou-se que 45% da população brasileira se mostra favorável à aprovação da união estável para homossexuais, com 55% posicionando-se de forma contrária. União estável entre homossexuais. **Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE**. Disponível em: <<http://www4.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

suas particularidades, constituem uma massa que compartilha não apenas dificuldades, mas expectativas e esperanças em uma realidade mais igualitária. É um ideal que, em verdade, inspira todos os indivíduos engajados nas lutas pelo reconhecimento equânime de direitos, mesmo – e principalmente – a grupos minoritários e vulneráveis.

O presente estudo focar-se-á, com particular atenção ao caso brasileiro, em uma das principais contendas travadas por grupos defensores dos direitos de homossexuais: afinal, o sistema jurídico pátrio reconhece ou deveria assegurar o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo? Em matéria de direitos civis, o chamado casamento homoafetivo é uma das questões mais candentes atualmente, a qual se tem apreciado à luz de perspectivas morais, políticas, religiosas e, sobretudo, jurídicas. As divergências que suscita na sociedade têm reflexos inevitáveis em seus espaços de deliberação, responsáveis por dirimi-la: os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Gera-se, porém, um impasse igualmente grave quanto às instâncias às quais se deve atribuir o poder decisório em face de um direito tão controverso. As vias legislativas e judiciais contrapõem-se, dessa forma, numa celeuma que perpassa inúmeros desacordos em se atribuir a última palavra a um ou outro âmbito estatal.

Debate-se desde a legitimidade democrática do poder Judiciário para julgar questões de direito socialmente controversas, à inaptidão do Legislativo para lidar com os direitos de minorias e grupos estigmatizados. Concomitantemente, adentram a discussão as noções de direitos fundamentais e supremacia constitucional, tornando ainda mais complexo o deslinde do tema, em razão de uma aparente tensão entre constitucionalismo e democracia.

No Brasil, a questão ainda não foi pacificada. Entretanto, a frequência com que se têm exigido soluções impele o Estado a se posicionar, enfrentando a matéria o mais breve possível.

O caminho para apreciar a viabilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo é indubitavelmente longo, afora exigir uma abordagem interdisciplinar do assunto. Por tais razões, este estudo não se propõe a exaurir o tema, mas a apontar as diretrizes principais que entendemos conduzem à solução mais adequada.

Para tanto, imprescindível que se contextualize, desde logo, a temática objeto da análise. É que há toda uma tradição cultural e legal por trás da luta de companheiros homossexuais pelo direito ao casamento civil igualitário, que, caso seja ignorada, fica restrita a compreensão das circunstâncias que envolvem o assunto, além de não se elucidarem as razões pelas quais a demanda surgiu apenas recentemente, expandindo-se e agregando novos apoiadores com o passar dos anos. Daí a necessidade de um breve estudo histórico da própria

família e das relações afetivas no Brasil, do preconceito contra homossexuais e da evolução legislativa em matéria de direito de família.

Traçada essa moldura, indispensável à apreensão do problema, o segundo capítulo destina-se a esboçar as linhas gerais do paradigma jurídico hodierno, que deve orientar qualquer juízo que se faça a respeito do casamento homoafetivo. Concomitantemente, enfrenta-se a problemática concernente aos âmbitos decisórios consagrados pelo Estado Democrático de Direito, marcadamente a contraposição entre Legislativo e Judiciário. Tem-se como escopo demonstrar a necessidade de que, em alguns casos, embora ausente representatividade democrática, questões controversas sobre direitos sejam passíveis de solução fora do âmbito parlamentar.

No terceiro capítulo, por outro lado, parte-se para o exame jurídico direto da homoafetividade, à luz das exigências constitucionais, voltando-se, especialmente, à possibilidade de caracterização de uniões fáticas entre pessoas do mesmo sexo na qualidade de famílias tuteladas pelo ordenamento pátrio.

Por fim, o último capítulo destina-se a confrontar as razões favoráveis e contrárias à ampliação da ideia de casamento civil aos homossexuais, a fim de suprimir a diversidade de sexos como um de seus pressupostos constitutivos. O presente estudo encerra-se com a apresentação do caminho trilhado pela jurisprudência brasileira em face das relações afetivas estáveis entre pessoas do mesmo sexo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

## CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA, AFETO E HOMOSSEXUALIDADE: UM ESCORÇO HISTÓRICO

### 1.1. Pluralidade e reinvenção: a família na história

Abordar a temática do casamento segundo as perspectivas jurídicas hodiernas demanda um resgate prévio do contexto mais amplo em que se insere o matrimônio: a família. Sua apreciação, todavia, condiciona-se à consciência de que história, moral, cultura, economia e infindáveis variáveis moldaram e reinventaram ininterruptamente as formas pelas quais a família se estrutura. Eleger um conceito ou modelo unívoco do qual partir comprometeria, portanto, uma compreensão abrangente da semântica familiar.

A família contemporânea e a forma como se inserem em seu âmbito os relacionamentos homoafetivos é resultado de um quadro complexo ainda em elaboração. Perquirir seus estágios anteriores é, dessa forma, essencial para o desenvolvimento de um estudo coerente quanto aos fundamentos da atual situação familiar.

Nesse sentido, FARIAS e ROSENVALD, conscientes de que uma abordagem responsável do direito de família depende de aproximação multidisciplinar de seu objeto, constata a impossibilidade fática de se conferir à matéria tratamento generalizante, distante da pluralidade de arranjos familiares constituídos em diferentes épocas e condições sociais. Ressaltam, ainda, o papel ímpar exercido pela família como célula básica da sociedade, na qual se apoiam os indivíduos ao desenvolver sua personalidade e vivenciar as primeiras experiências afetivas<sup>3</sup>.

COELHO, por sua vez, indica que a origem da organização humana em torno de grupos familiares é ainda incerta. Indubitável, porém, que a cada tempo e espaço corresponderam estruturas familiares específicas: com relação a Roma antiga, por exemplo, em função da complexidade social de então, já se visualizavam arranjos diversos, com destaque, todavia, para a família característica das elites, chefiada pelo cidadão romano, o chamado *pater*. À época, ocupava função não apenas de unidade produtiva, mas também de polo religioso, educacional e assistencial – atribuições que, com o decurso do tempo, foram subtraídas do papel familiar. Família, na perspectiva romana, era conceito mais largo que o

---

<sup>3</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de direito civil: direito das famílias**, v. 6. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 38-39.

atual, abrangendo, escravos, esposa, concubina, filhos, irmãs solteiras e mãe, todos sob o amplo domínio do *pater* respectivo<sup>4</sup>.

Em atenção à realidade brasileira e a fim de evitar regressos desnecessários aos fins do presente estudo, tem-se a família do período colonial como adequado ponto de partida à análise do caráter mutante dos grupos familiares. A respeito do tema, ALGRANTI traça o perfil familiar brasileiro em seus primeiros séculos. Destaca, desde logo, as particularidades da colônia, contraposta à metrópole, em razão de circunstâncias próprias da nova terra, tais como a baixa população de mulheres brancas, a escassez de recursos habituais no velho mundo e a presença maciça de escravos negros. A acentuada estratificação da sociedade colonial brasileira, dividida entre brancos e negros, homens livres e escravos, torna complexa a tarefa de apresentar um retrato uniforme da família no período, capaz de refletir com exatidão as configurações existentes em todo o vasto território nacional<sup>5</sup>.

Partindo de uma análise dos domicílios coloniais, ALGRANTI é categórica ao afirmar que, ao contrário do disseminado pelo senso comum, a família brasileira, à época, assumiu as mais diversas configurações, a depender da região e estrato social observados. Não obstante a multiplicidade de formatos, o casamento sacramentado – logo, heterossexual – gozava de especial prestígio social<sup>6</sup>.

Ao aportarem nas novas terras, os colonos portugueses trouxeram consigo um quadro cultural, cujo filtro conformava também as formas de se vivenciar o afeto. Independentemente das adversidades encontradas, metrópole e Igreja logo se empenharam na promoção do modelo familiar matrimonial, monogâmico, voltado à reprodução, como forma de atribuição de status e segurança aos nubentes. Controlar o desejo sexual pela submissão ao casamento constituía parte da política oficial do projeto colonizador<sup>7</sup>.

O referido projeto importava, desde cedo, na educação para os papéis sociais característicos da ordem dominante, fortes na orientação patriarcal e machista. A indissolubilidade do matrimônio, importante meio de perpetuação do patrimônio familiar, era um de seus alicerces e, portanto, a escolha do cônjuge dava-se mais por acordo entre famílias, do que pelo afeto que unia o casal. Impunha-se a dicotomia e a desigualdade sexual, conferindo ao esposo o papel ativo, provedor e egoísta, e à mulher, passivo e submisso,

---

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família e sucessões**, v. 5. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16-18.

<sup>5</sup> ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: Fernando A. Novais (Coordenador geral da coleção) e Laura de Mello e Souza. (Organizadora do volume). **História da vida privada no Brasil: Cotidiano e vida privada na América portuguesa**, v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 84-85.

<sup>6</sup> Idem, *ibidem*, p. 87.

<sup>7</sup> PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 22-23.

responsável pelos cuidados com o lar, a prole e os afazeres domésticos. O sexo era mera obrigação conjugal, e o prazer sexual, prerrogativa masculina. Porém, práticas sexuais desconexas da procriação no interior do casamento eram reprovadas veementemente, razão pela qual era frequente a busca do prazer pela via extraconjugal<sup>8</sup>.

A ingerência do Estado e da religião na vida privada negava proteção às famílias constituídas fora do padrão matrimonial católico. Casar perante a Igreja era regra de conduta e condição para o reconhecimento jurídico e social. Na contramão dos fatos, imperavam ditames morais que segregavam arranjos distintos do modelo eleito oficialmente como projeto para a colônia.

A compreensão colonial da família extensa e patrimonializada, estruturada sob a hierarquia e patriarcal, convergia com as condições de uma sociedade eminentemente rural, em que a prole numerosa significava incremento de força produtiva. Entretanto, o crescimento urbano, em consequência da revolução industrial que se desenhava, reclamava outra acepção de família. Pouco a pouco, as necessidades industriais por mão de obra atraíram os trabalhadores às cidades, que passaram a produzir para terceiros, não mais para o próprio sustento familiar. A força laboral assalariada viu o ingresso de novos atores no ambiente de trabalho, agregando jovens e mulheres. Perdia o homem o papel de único provedor da casa, cujos membros reduziram-se, restringindo-se, por fim, ao núcleo familiar formado por pais e filhos, aproximando seus integrantes física e afetivamente<sup>9</sup>.

Somente em meados do século XIX, de forma gradual e diferenciada regionalmente, desponta tal mudança, início da superação de uma concepção que separava o casamento do amor e do desfrute da sexualidade. Apesar da resistência cristã, aos poucos a sociedade brasileira começava a unir os conceitos de amor matrimonial e carnal<sup>10</sup>. Os modelos impostos e normas, tão rígidos até então, gradativamente se dissolveram no fluxo da modernização.

Entrelaçaram-se os efeitos da abolição da escravidão, da degradação das elites agrárias, que se deslocaram em direção ao Sul, e do processo migratório da população rural aos centros urbanos, alterando sobremaneira o perfil da família brasileira tradicional – adepta a rígidos padrões morais e religiosos, que rejeitavam a liberdade sentimental e sexual. A

---

<sup>8</sup> PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 27-31.

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice de. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

<sup>10</sup> PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**, op. cit., p. 108



migração resultou em casamentos entre pessoas de origens distintas e, em decorrência, romperam-se hegemonias políticas familiares mantidas regionalmente<sup>11</sup>.

A moral tradicional, entretanto, resistiu energicamente. A legislação civil dos primeiros anos do século XX retrata o conservadorismo brasileiro. O Código Civil de 1916, diante do tabu do divórcio, manteve o pilar da indissolubilidade do casamento e a desigualdade de tratamento entre homem e mulher na relação conjugal – destacam-se a incapacidade relativa feminina e a submissão à vontade marital como consequências do matrimônio. O chefe de família, provedor, aberto à vida pública, aos olhos da lei, permanecia o homem, restando às mulheres os afazeres domésticos privados.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, a tecnologia atinge novos patamares – dissemina-se e se integra ao cotidiano, facilitando a comunicação e encurtando distâncias. Tem início o tempo de emancipação dos velhos costumes e da derrocada da submissão feminina.

A década de 30 e os anos que seguiram à Segunda Guerra Mundial, observa PRIORE, sinalizaram maior democratização dos relacionamentos afetivos, a exemplo da difusão do flerte e do namoro, dos beijos eternizados nas telas de cinema. Lentamente, os próprios companheiros assumem a prerrogativa de escolher seus pares<sup>12</sup>. Não obstante, persiste a domesticação da vida afetiva, o sonho do casamento e a divisão de papéis com base no gênero, cabendo à esposa agradar o marido e manter a estabilidade doméstica de forma honrosa.

Já nos anos 60 e 70, explode a revolução sexual, resultado da dissolução dos padrões tradicionais, nutrida em décadas precedentes. Como momento de experimentação, do consumismo, do *rock* e da sexualidade livre, a aceitação aos não casados se expandiu. Passa-se a falar em planejamento familiar e o amor conjugal ganha importância como elemento necessário à paz e à estabilidade familiar. Foi também fortalecido o movimento feminista, ampliando as conquistas da mulher, questionando criticamente os papéis de gênero promovidos pelo ideário machista. No levante de minorias pelo reconhecimento social, estrutura-se o movimento gay, ainda tímido e alvo de restrições praticamente intransponíveis erigidas pelo preconceito generalizado<sup>13</sup>.

Os casamentos começaram a ganhar nova configuração, em função da relevância adquirida pelo afeto na manutenção dos relacionamentos. Findo o amor e a paixão, o casal

---

<sup>11</sup> PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 240-241.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*, p. 282-283.

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*, p. 300-306.

passa a contar com a opção da separação<sup>14</sup>. No Brasil, o reconhecimento constitucional do divórcio advém da promulgação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que estabeleceu como pré-requisito os prazos de separação jurídica ou de fato do casal.

Outro importante aspecto familiar, a filiação, por sua vez, sempre guardou uma estreita relação com sentimentos de imortalidade e perpetuação da família, dado que, por meio da transmissão hereditária do patrimônio, esses laços se propagavam simbolicamente à perpetuidade. Ao perder seu componente místico, pelo ingresso da medicina no campo reprodutivo e pela banalização do sexo desvinculado da procriação, ter filhos se tornou uma questão de escolha. A difusão de métodos contraceptivos e do planejamento familiar foram fatores de peso na redução do número de filhos por casal.

Ainda que o modelo familiar conjugal permaneça em evidência, objeto de certa aspiração social, as novas liberdades fincaram raízes. Os papéis sociais, outrora tão claros, começam a ruir sob efeito da resignificação da condição de pai, mãe, filho, homem e mulher.

A antiga família matrimonial cristã se transformou. Ultrapassadas as barreiras do patriarcalismo e da desigualdade de gênero, o amor e o prazer tornaram-se a principal razão para se relacionar, atribuindo-se menor importância à opinião da família quanto à composição do casal. Nesse novo cenário, que preza pela realização pessoal, não se encara mais o divórcio como tabu, uma vez que a felicidade conjugal não é necessariamente eterna.

Os arranjos familiares diversificados tornam-se cada vez mais frequentes, como a família monoparental, constituída por um dos pais e seus descendentes; as uniões entre pessoas do mesmo sexo; ou, ainda, as famílias recompostas, também conhecidas por famílias mosaico, referentes àquelas constituídas após a dissolução de unidade familiar anterior<sup>15</sup>. A nova tônica do relacionar-se contemporâneo, portanto, é ditada primordialmente pela satisfação ou felicidade pessoal, isto é, pelo foco no indivíduo.

---

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice de. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

<sup>15</sup> Anote-se que o Censo realizado no ano de 2010 abriu, pela primeira vez, a possibilidade de registro de dados referentes ao quantitativo de unidades domésticas constituídas por parceiros de mesmo sexo. Embora questionável a exatidão dos resultados, os quais dependiam das respostas fornecidas para preenchimento dos questionários e formulários utilizados – pode-se supor que o valor seja subestimado, ante ao receio de eventuais reações preconceituosas em decorrência da identificação –, fato é que se verificou a existência de, no mínimo, 60.000 unidades domésticas formadas por companheiros do mesmo sexo. Já com relação às famílias recompostas, a base de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE indica também que, no Censo Demográfico de 2010, do total de unidades domésticas, 4,8% contemplavam casais com filho somente do responsável pela referida unidade, enquanto em 3,6% dos casos, verificou-se ao menos um filho exclusivamente do cônjuge ou companheiro. Censo Demográfico 2010. **IBGE**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2012.

### 1.1.1. Afeto e individualização na modernidade líquida

É notável o protagonismo do indivíduo na formação dos períodos moderno e contemporâneo. Consolidada em Kant a secularização da ideia de dignidade humana, assentaram-se o valor intrínseco da vida e a impossibilidade de se tomar o homem, um fim em si mesmo, como instrumento para realização de quaisquer objetivos<sup>16</sup>. A partir dessa perspectiva, não se pode conceber a submissão de indivíduos a padrões inarredáveis com a finalidade de manter instituições, tais como a família tradicional. A vida digna demanda a autonomia na busca pela felicidade.

Todavia, a despeito de modernidade e contemporaneidade compartilharem certos aspectos, tais como a busca incessante do homem por liberdade e o ímpeto de destruição criativa – um movimento inesgotável de constante derrubada e esfacelamento do antigo, produzindo e abrindo espaço para o novo –, cabe distinguir as especificidades que separam o indivíduo contemporâneo e seus relacionamentos daqueles característicos do alvorecer moderno.

BAUMAN, com a leveza de sua metáfora, retrata a era atual por meio da expressão “modernidade líquida”. A atribuição da liquidez a um conceito histórico se revela adequada, na medida em que a fluidez denota mobilidade, flexibilidade, e implica a aptidão para sobrepor barreiras e dissolver o previamente estabelecido – traços tão característicos da mentalidade hodierna.

Associada frequentemente à derrubada das estruturas do *ancien régime*, o intuito moderno inicial não foi o de exterminar as estruturas sólidas, mas de desmontar as particulares da conjuntura social e política de então, já em decomposição, dando lugar a novas construções igualmente firmes, condizentes com as novas aspirações. Era preciso encontrar fundamentos mais estáveis e longevos, garantindo segurança e previsibilidade ao se administrar o mundo. Desimpedida, a economia ocupou o vácuo deixado pelos antigos sólidos representativos do poder, preenchendo aos poucos cada aspecto da vida humana com sua ideologia. No novo cenário, tornou-se desinteressante tudo aquilo não passível de expressão em termos econômicos ou consumeristas<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 40.

<sup>17</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 10.

A transição do capitalismo pesado do início da modernidade para sua vertente leve e volátil foi acompanhada por uma alteração no discurso que molda o mundo e a vida. A princípio, prevaleciam as noções de controle amplo e rígido, regulação e ordem. Tudo continha um propósito a ser efetivado, mantendo a regularidade e estabilidade do sistema. Como no exemplo das colossais fábricas fordistas, visava-se à grandeza e à solidez dos empreendimentos da vida. A confiança nessa regularidade, em tese, promoveria a realização dos fins almejados<sup>18</sup>.

A contemporaneidade destoa da solidez e do peso estabelecidos, a princípio, pela modernidade – uma vez percebido que o projeto moderno nunca alcançará um ponto final, sempre surgindo novos objetivos. Ademais, tecnologia e revoluções no campo da comunicação encurtaram distâncias e facilitaram o agir, tornando desnecessária e custosa a manutenção da grandeza, quando o desfrute de benefícios equivalentes a partir de estruturas menores e em tempo mais curto se tornou possível.

Tem-se agora um processo de dissolução constante de tudo aquilo com expectativas de solidez. Valores absolutos não estão mais em voga. Desmantelam-se as pesadas instâncias representativas dessa aparente segurança ordenadora do mundo – como a religião, a família e a moral – e surgem novas continuamente, na tentativa de substituí-las. A multiplicidade de instâncias que pretendem orientar indivíduos consumidos pela incerteza da atual ordem acaba por mitigar a coercitividade de seus direcionamentos. Na ausência de repartições aptas a ditar fins a serem perseguidos – e da própria tomada de consciência de que o progresso não tem uma última parada, pois o movimento é perpétuo –, os sujeitos enfrentam a angústia de eleger seus próprios objetivos, de suportar privativamente responsabilidades antes coletivas<sup>19</sup>.

Especificamente, o que faz falta são orientações que tornem menos penosa a constituição da individualidade. Operou-se uma inversão de paradigmas. O início da era moderna foi marcado pela prevalência daqueles com recursos para se estabelecer e erguer sólidas estruturas, ao passo que, na modernidade líquida que se seguiu, tamanho, solidez ou estabilidade não são mais sinônimos de poder, mas de atraso e limitações à atuação livre de amarras. Busca-se agora o diminuto, o flexível, a novidade – prontamente atendida, em face da miríade de opções que a contemporaneidade providencia. Engessar essa liberdade por meio de escolhas permanentes ou irrevogáveis pode parecer indesejável.

---

<sup>18</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 67.

<sup>19</sup> Idem, *ibidem*, p. 72-73.

Perceba-se que, conforme aponta BAUMAN, numa era na qual inexistem projetos completos que não possam ser melhorados ou renovados, a individualização assumiu conotação própria, qual seja "transformar a 'identidade' humana de um 'dado' em uma 'tarefa' e encarregar os atores da responsabilidade de realizar essa tarefa e das consequências (assim como dos efeitos colaterais) de sua realização"<sup>20</sup>. A identidade não é atributo nato e imutável, mas objeto em construção ininterrupta – em completa oposição à expressão dos superados estamentos do antigo regime. Daí o esforço para agir conforme certos padrões e a busca por reconhecimento de classes ou grupos sociais que identifiquem o indivíduo.

Se as tarefas modernas foram privatizadas e cabe a cada um, com suas peculiaridades, realizá-las, as angústias não são, por conseguinte, compartilháveis, não obstante suas semelhanças. Viver na modernidade é um trabalho solitário, diminui a função de cidadão e eleva a de indivíduo, despreocupado com o bem-comum e voltado à solução dos próprios problemas. O espaço público deixa de ser ocupado por questões comunitárias, dando vez às angústias privadas.

A escassez de interesse na coletividade ou no exercício da cidadania, em razão das atenções direcionadas ao próprio indivíduo, é fenômeno perceptível também no Brasil. FACHIN observa que, após séculos de cultura religiosa, o novo vício que se popularizou foi a prática solitária do consumo<sup>21</sup>. Na modernidade líquida, em que predominam a desconfiança, a incerteza quanto ao futuro e aos riscos de se escolher mal, diante de infundáveis opções, para muitos a vida a dois é enxergada como uma nova religião, um possível porto seguro<sup>22</sup>. Relações criam no imaginário uma impressão de estabilidade capaz de tornar a existência um pouco mais regular ou previsível e, portanto, mais palatável.

Necessário atentar, porém, que, uma vez disseminada a volatilidade moderna a todos os campos da vida humana, o âmbito dos relacionamentos afetivos e amorosos não escapa de seus desdobramentos.

Insegurança e incerteza quanto a perspectivas e sentimentos pessoais impulsionam os indivíduos largados à própria sorte a tentativas reiteradas de se relacionarem para, quem sabe, encontrar no outro o suporte e certeza que lhes falta. Todavia, a mesma ausência de bases sólidas em que se agarrar responsável por gerar o ímpeto pelo contato dá margem a suspeitas e hesitação quanto à figura alheia e, principalmente, preocupações decorrentes do caráter de permanência de que são dotadas as relações – ligar-se não deixa de ser um ato

---

<sup>20</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 40.

<sup>21</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 4.

<sup>22</sup> COELHO; OLIVEIRA apud FACHIN, Luiz Edson. *Ibidem*, p. 5.

carregado de interrogações, pois não se sabe, afinal, se serão suportáveis os encargos oriundos do vínculo formado, menos ainda quais serão as chances perdidas por conta das restrições dele decorrentes.

Coerente, portanto, diante da precariedade das relações humanas, marcadas pelos desejos paradoxais de formar vínculos, concomitantes aos de torná-los mais maleáveis e menos definitivos, o entendimento esposado por BAUMAN de que, "em nosso mundo de furiosa 'individualização', os relacionamentos são bênçãos ambíguas"<sup>23</sup>.

O amor centrado na ideia de união não apenas duradoura, mas definitiva – a relação "até que a morte nos separe" –, está em franca decadência, visto que, como indicado anteriormente, se alteraram os laços de parentesco aos quais servia. Como considerar o amor, afinal, sob tal perspectiva, em face de uma oferta interminável de relações nos mais diversos formatos?

A variedade de relacionamentos ocasionou uma queda nos parâmetros qualitativos do amor, chegando ao ponto de nutrir, em alguns, a ilusão de que o ato de se apaixonar poderia ser habilidade aperfeiçoável pela prática, mediante tentativa e erro em sucessivas experiências afetivas. O que se constrói, porém, é uma imagem equivocada do amor no formato de "episódios intensos, curtos e impactantes, desencadeados pela consciência a priori de sua própria fragilidade e curta duração"<sup>24</sup>.

Como qualquer forma de investimento, os relacionamentos implicam a alocação de recursos – principalmente tempo – que poderiam ter sido utilizados para consecução de outras metas<sup>25</sup>. Há mínimas probabilidades de que indivíduos que ingressam numa relação, prontos para partir ao sinal de qualquer tempestade, tirem a sorte grande e encontrem parceiros com os quais formem vínculos estáveis adequados às suas necessidades afetivas.

A angústia que os impulsiona ao contato se torna motor de sua ansiedade precipitada inclusive quanto à chance de sucesso de seus relacionamentos. Em tal contexto, proliferam-se as modalidades de relações virtuais, na onda do desenvolvimento tecnológico, e o sexo sem compromisso. Ambos têm a seu favor a facilidade tanto para a aproximação e constituição de laços, quanto para desatá-los, sem maiores consequências aos envolvidos.

Os encantos do sexo casual e das relações voláteis se sedimentam na ilusória ideia de que o episódio conduz à tão buscada aproximação e união a outros indivíduos igualmente temerários, apaziguando a solidão que ambos compartilham. O equívoco reside

---

<sup>23</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 8.

<sup>24</sup> Idem, ibidem, p. 20.

<sup>25</sup> Idem, ibidem, p. 28-29.

em que, uma vez que o breve e episódico encontro atinja seu clímax, os envolvidos se afastam, restando, em seguida, apenas dois indivíduos tão ou mais distantes quanto antes, estranhos entre si<sup>26</sup>.

Amar em toda sua extensão subverte efetivamente a lógica moderna e contemporânea. O amor, uma vez desencadeado, é um processo em desenvolvimento e sem previsão de fim. É uma relação de criação contínua de novas perspectivas compartilhadas. O ato de amar impõe compromissos com o outro perante a incerteza futura, na contramão da cultura recente do prazer instantâneo e de fácil acesso. É um preço alto a se pagar: implica cuidado mútuo, dedicação e atenção entre os companheiros.

O elevado custo, todavia, recompensa os amantes de sucesso: tem-se na figura do parceiro o apoio, a compreensão, a atenção e a certeza de uma segurança construída pelo esforço conjunto. Erige-se um farol para servir de guia em meio ao mar furioso da modernidade líquida, ainda que, às vezes, essa segurança possa titubear. Somam-se ainda os prazeres decorrentes da convivência conjugal e do contato sexual. Em síntese, são significativos os benefícios advindos do investimento no afeto e na manutenção do amor, a despeito de seu elevado custo-benefício, razão pela qual muitas pessoas insistem na busca de tais relacionamentos, ainda que na contramão do pensamento hodierno majoritário.

Essa estabilidade e o apoio decorrentes dos relacionamentos afetivos duradouros podem adquirir valor singular especialmente para determinados grupos, aos quais a história negou, por séculos, a vivência do amor, condenando veementemente os que ousassem expor seu afeto publicamente – caso específico das paixões homossexuais. O leque de opções aberto pela modernidade, liberalizando as escolhas por formatos de relacionamento diferentes dos convencionais, resultou também na possibilidade de opção para homossexuais, inclusive para experimentarem exatamente o modelo tradicional de conjugalidade duradoura. A tendência, inicialmente tímida, tem se espalhado com velocidade, de maneira que o reconhecimento social da legitimidade desses amores, anteriormente considerados profanos, tem se expandido.

## **1.2. A família no direito brasileiro: histórico e perspectivas**

---

<sup>26</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 62.

Evidenciada a constante reconstrução dos modelos familiares ao longo do tempo, deve-se ter em mente que sua regulação jurídica não passou incólume pelas mudanças sociais. O direito, afinal, instrumento cujo escopo é o de ajustar a conduta humana a determinados padrões, não poderia se distanciar excessivamente de seu objeto – o comportamento –, sob o risco de padecer da mais pura ineficácia. Nesse sentido, verifica-se relativa congruência entre o tratamento dispensado pelo direito à família e aos arranjos familiares predominantes em cada época, refletindo padrões morais, culturais e religiosos vigentes – ainda que, destaque-se, a mora do legislador tenha ocasionado frequentemente algum descompasso entre o campo abstrato das normas e a realidade social em mutação.

Destarte, séculos atrás, era de suma importância à efetiva concretização do projeto colonizador que o direito aplicável aos habitantes da colônia traduzisse os valores eleitos pela metrópole portuguesa e pela Igreja Católica como característicos do modelo de sociedade que se almejava – parâmetros esses que não se alteraram significativamente ao longo de quatrocentos anos, resistindo também durante o Império. A chamada fase religiosa do direito de família brasileiro, assim considerada por LÔBO, caracterizou-se pela imposição portuguesa ao território brasileiro das chamadas Ordenações do Reino:

No período religioso, o direito de família é considerado matéria reservada ao controle da Igreja Católica, religião oficial tanto na Colônia quanto no Império. Desde o descobrimento, Portugal impôs à Colônia seu próprio ordenamento jurídico, mediante as Ordenações do Reino (conhecidas como Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, por derivação dos nomes dos reis que as instituíram), que por sua vez remetiam ao direito canônico da Igreja Católica, em matéria de família. Esse modelo normativo, no qual o Estado abria mão de regular a vida privada de seus cidadãos em benefício de uma organização religiosa, não se alterou com a proclamação da Independência, apesar de a Constituição de 1824 ser inspirada pelos ideais iluministas e liberais da Revolução Francesa. A determinação de edição de um Código Civil estabelecida na Constituição imperial, que poderia inaugurar o direito de família laico, nunca se consumou, acomodando-se à duplicidade jurídica<sup>27</sup>.

As autoridades eclesiásticas incumbiram-se ainda da manutenção do registro de nascimentos, casamentos e óbitos, até a edição da Lei nº 1.829/1870, quando instituído o registro civil estatal. O Direito Canônico marcou sobremaneira as normas atinentes à família durante a fase religiosa, influência que, como indicado, não se extinguiu com a independência

---

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.



brasileira e a Constituição Imperial de 1824, uma vez que parte substantiva de seus dispositivos foi incorporada pela Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas<sup>28</sup>.

VENOSA, por sua vez, entende que o direito canônico, que regeu o contexto familiar até meados do século XVIII, servindo ainda de inspiração às futuras legislações seculares, não podia ser considerado direito civil. Consistia, em realidade, num conjunto de normas que remetiam à vontade divina ou monárquica, constituído "por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família e sancionadas com penalidade rigorosas", cujo centro era o casamento, encabeçado pelo marido<sup>29</sup>. A regulação, dessa forma, se encaminhava a um modelo pautado no vínculo matrimonial eterno e indissolúvel, destinado à procriação. Apenas com a separação entre autoridade eclesiástica e secular essas concepções começaram a se modificar.

A transição do Império para a República brasileira abriu caminho à superação de uma ordem que consagrava dogmas religiosos como imperativos jurídicos inegociáveis. O século XX foi, portanto, período de readequação do direito civil e, principalmente, do direito de família, aproximando-se da realidade social à medida que se afastavam de suas fontes tradicionais. Gradativamente, a atuação legislativa proporcionou inovações jurídicas e desconstruiu antigas certezas.

Ao final do século XIX, embora iminente a decadência do arranjo patriarcal de família, a resistência de uma moral tradicional e conservadora impediu mudanças significativas na legislação civil até meados do século seguinte. Em que pese à adoção de uma ideologia liberal, pelo Código Civil de 1916, restaram velhos dogmas que remontam à origem religiosa do direito brasileiro. Dentre os vetores do Código, figuraram a exclusividade da constituição de família por meio do matrimônio, a *captis diminutio* – compreendida como a incapacidade relativa adquirida pela mulher casada – e a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos<sup>30</sup>. GAMA elenca também, como princípios prevalecentes, a rejeição às relações extramatrimoniais, chamadas, em geral, concubinárias; a estrutura familiar hierárquica e patriarcal; bem como a prioridade conferida à manutenção da instituição familiar, ainda que em prejuízo de seus membros<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> LIMA, Suzana Viegas Borges de. **Guarda compartilhada: Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente**. 2007. 177 f. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 18-20.

<sup>29</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9.

<sup>30</sup> Idem, ibidem, p. 14-15.

<sup>31</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30.

A partir de uma perspectiva abstrata e institucional, tratava-se a família como ente autônomo, estruturado em torno de papéis sociais e legais predefinidos. Dessa forma, a norma jurídica, ao incidir no caso concreto, dependia de prévia análise quanto ao papel eventualmente ocupado pelo indivíduo – partia-se, portanto, do abstrato ao concreto para a definição de direitos, desconsiderada a subjetividade atinente às expectativas e sentimentos daqueles que compõem o núcleo familiar. A ordem erigida nessas circunstâncias, quando transposta à realidade, conferia tratamento diferenciado aos sujeitos com base nos papéis preenchidos, dentre os elencados abstratamente<sup>32</sup>.

Por tais razões, à época em que o ordenamento ancorava-se no citado paradigma, hermeticamente fechado a concepções de família estranhas às positivamente previstas, descabiam questionamentos quanto ao possível reconhecimento jurídico de configurações familiares diversas. Entretanto, uma vez afastada a intransigência do direito canônico e assentado o Estado laico, o direito civil, ao longo do século XX, foi gradualmente as incorporando.

A partir da década de 60, despontam alterações legislativas decorrentes da emancipação feminina. No interior de um processo histórico ainda em curso, ao qual se somaram a modificação de costumes, a derrocada de valores tradicionais e a liberalização sexual, tornou-se lugar-comum afirmar a decadência e corrosão da família. É preciso, contudo, apontar o equívoco de tais discursos, constatado que se opera, em verdade, uma releitura das concepções de família, que se desprendem das tradições e se abrem ao pluralismo<sup>33</sup>.

Anote-se, a princípio, a inclusão de capítulo exclusivo atinente à família no texto da Constituição Federal de 1934, que dispôs, em seu art. 144: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. A indissolubilidade do matrimônio, entretanto, perseverou nas cartas seguintes, até a Constituição de 1967/69. Ainda assim, o período foi rico em elaboração legislativa infraconstitucional, pelo que se inseriram atualizações no direito de família, aproximando-o da realidade brasileira.

GAMA destaca o Decreto-Lei 3.200/1941 e a Lei 883/1949, os quais permitiram, respectivamente, o casamento entre parentes colaterais até terceiro grau e o reconhecimento de filhos oriundos de relações não matrimoniais. Outro diploma de relevo foi a Lei 4.121/1962, o chamado Estatuto da Mulher Casada, inclinando-se em direção à posterior

---

<sup>32</sup> PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20-21.

<sup>33</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: 2012, p. 23-24.

igualdade entre homem e mulher, ao mesmo tempo em que afastou a incapacidade relativa feminina e instituiu como bens reservados o produto de seu trabalho. A Emenda Constitucional 9/1977, complementada pela Lei 6.515/1977, promoveu uma das principais inovações no direito de família até então, inserindo no ordenamento jurídico brasileiro as figuras do divórcio e da separação – extinta, portanto, a indissolubilidade do vínculo matrimonial que resistira por séculos, herança dos valores tradicionais religiosos fincados nas origens nacionais<sup>34</sup>.

A grande virada paradigmática, porém, adveio da promulgação da Carta de 1988, a Constituição Cidadã, a partir da releitura dos fundamentos do direito de família. Consolidando uma leva de inovações legislativas precedentes, a nova Constituição Federal inseriu em seu bojo normas de teor inédito, que a fizeram despontar como um dos textos magnos mais avançados no âmbito do direito de família.

Elaborada a partir da conciliação obtida entre os mais díspares grupos de interesses atuantes na Assembleia Constituinte, a atual Constituição brasileira assumiu evidente caráter compromissório, ao não manifestar explícita adesão a determina ideologia política. Ademais, é igualmente programática, visto que, além de abranger os clássicos elementos constitucionais de definição das estruturas do Estado e enumeração de direitos fundamentais, volta-se para o futuro, estabelecendo metas e objetivos cuja consecução é de responsabilidade conjunta do poder público e da sociedade<sup>35</sup>.

Suas prioridades, todavia, são facilmente detectáveis, desde sua estrutura. Ao contrário do verificado em Cartas anteriores, o presente texto demonstra a proeminência conferida à pessoa humana, dispondo primeiramente sobre o extenso complexo de direitos fundamentais para, somente em seguida, focar-se na organização do Estado<sup>36</sup>.

Com esse espírito, ao abordar a temática da família, a partir de seu art. 226, a Carta de 1988, em consonância com os fundamentos que expressa em relação à liberdade, igualdade e dignidade humana, reconheceu o aspecto plural das entidades familiares, construídas sob os mais diversos arranjos, extinguindo a exclusividade do matrimônio. Dessa forma, o direito passar a enxergar as famílias constituídas seja por meio do casamento, da união estável – o antigo concubinato puro –, ou mesmo aquelas de formato monoparental, apenas para citar os modelos explicitamente elencados no texto constitucional.

---

<sup>34</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32.

<sup>35</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 103-104.

<sup>36</sup> Idem, *ibidem*, p. 104.

Nesse sentido, PEREIRA bem exemplifica diversidade que preencheu o cenário familiar contemporâneo e passou a representar boa parte das atuais demandas jurídicas na área:

Famílias monoparentais, recompostas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e meninos na rua; casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, útero de substituição... A lista dos diversos arranjos familiares é grande [...] <sup>37</sup>.

Seguiu-se à promulgação da nova Constituição a edição de diplomas voltados à sua regulação, tais como as Leis 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente; 8.560/1992, relativa à investigação de paternidade; 8.971/1994 e 9.278/1996, referentes à união estável. Já em 2002, sobreveio o novo Código Civil que, a despeito do esforço legislativo empregado, foi incapaz de assimilar suficientemente a orientação adotada pela Constituição de 1988 <sup>38</sup>.

Não obstante a expectativa de compatibilização do direito civil com os princípios insculpidos na nova ordem constitucional inaugurada em 1988, o que se viu, porém, foi um Código abundante em contradições e orientações por vezes ultrapassadas, a exemplo do foco excessivo no aspecto patrimonial do direito, em detrimento da tendência constitucional à repersonalização. O descompasso da legislação se explica pelo longo período de tramitação da matéria no Congresso Nacional, apresentada em 1975 e aprovada mais de vinte e cinco anos depois. Durante o período, sucederam-se diversas mudanças sociais e, de forma mais grave, sobreveio nova Constituição, rompendo radicalmente com o regime anterior. Por conseguinte, fez-se necessária a atualização de grande quantidade de seus dispositivos, em especial quando de sua revisão no Senado Federal. Entretanto, as reformas promovidas não levaram a cabo a tarefa de apresentar, por fim, uma legislação completa e atual, permanecendo no Código Civil resquícios de uma mentalidade já superada, além de regulação incoerente e mesmo confusa, na tentativa de conciliar dois paradigmas jurídicos distintos <sup>39</sup>.

A ampliação da ingerência legislativa sobre matérias tradicionalmente reservadas à regulação pelos sujeitos privados, no exercício de sua autonomia individual, caracterizou o movimento de publicização do direito civil. Aliado à tendência de expansão do campo normativo das constituições, que passaram a conformar todo o ordenamento jurídico pátrio, gerou-se o que se denomina constitucionalização do direito civil. Refere-se o segundo

<sup>37</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: 2012, p. 25.

<sup>38</sup> Idem, ibidem, p. 28-29.

<sup>39</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36-38.

movimento à submissão da validade da legislação infraconstitucional civil à conformidade desta com as orientações constitucionais estabelecidas<sup>40</sup>. A compatibilização do atual Código com a ordem vigente passou a depender, portanto, de intensa atividade hermenêutica com fins de adequá-lo à Constituição.

O aprofundamento das funções protetiva e solidária inseridas pela Carta de 1988 tem resultado em intensa atividade legislativa na área do direito de família, posterior ao regramento implementado pelo Código Civil de 2002. Nesse campo, inserem-se a Emenda Constitucional 66/2010, que eliminou a obrigatoriedade de prévia separação para a dissolução do casamento, autorizando o divórcio direto; a Lei 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso; a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, destinada a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; a Lei 11.804/2008, que regula o direito a alimentos gravídicos; a Lei 12.318/2010, dispendo acerca do fenômeno da alienação parental, fornecendo meios para seu combate e resolução; a Lei 12.398/2011, que estende aos avós o direito de visita aos netos; dentre tantos outros diplomas.

Sem embargo, ainda que facilmente constatadas a amplitude e a velocidade das transformações às quais se submete o direito de família brasileiro, a partir da segunda metade do século XX, é notável a invisibilidade destinada à temática dos relacionamentos afetivos estáveis e duradouros mantidos entre pessoas do mesmo sexo.

Aos olhos da lei, são ignoradas, portanto, uniões concretamente constituídas<sup>41</sup>. Apenas recentemente, verificou-se uma primeira referência, em âmbito federal, ao caráter familiar dos relacionamentos estáveis homoafetivos, mesmo que a Constituição não os tenha expressamente elencado como exemplar de arranjo familiar. Assim, a referida Lei Maria da Penha, de 7 de agosto de 2006, dispôs:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

<sup>40</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/-novosite/artigos/detalhe/129>>. Acesso em: 29 out. 2012.

<sup>41</sup> Vale frisar, mais uma vez, a importância dos dados inéditos coletados pelo IBGE, no Censo Demográfico de 2010, os quais permitem vislumbrar a presença de milhares de casais homossexuais vivendo no Brasil.

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual**<sup>42</sup>.

A partir de uma análise sistemática do texto constitucional em confronto com as disposições legais, o olhar dos operadores do direito tem sido direcionado à releitura das relações familiares e da condição de homossexuais, tornando viável o reconhecimento, ainda que incipiente, alcançado no mencionado diploma<sup>43</sup>. Em nível estadual, por sua vez, destaca-se o protagonismo das Constituições locais na garantia da formação de uma sociedade plural, que rejeita discriminações de toda ordem, dentre as quais, a fundada em pré-concepções relativas à orientação sexual dos cidadãos. A título de exemplo, compartilham dispositivos nesse sentido as Constituições dos Estados do Sergipe, Mato Grosso, Alagoas, Pará, Santa Catarina, bem como a Lei Orgânica do Distrito Federal. Restam sem efetiva regulação, porém, própria do direito de família, ramo do direito civil e competência legislativa privativa da União, os relacionamentos afetivos mantidos por esses indivíduos<sup>44</sup>.

O Código Civil de 2002, vinculando-se à orientação previamente encampada nas Leis 8.971/1994 e 9.278/96, restringiu-se a caracterizar a união estável como entidade familiar constituída de fato entre homem e mulher, uma vez preenchidos os requisitos de publicidade, continuidade e durabilidade. Quanto ao casamento, não há sequer menção à diversidade de sexo dos nubentes como requisito para sua celebração ou causa de nulidade, fato este até recentemente não compreendido pela doutrina e jurisprudência tradicionais como permissivo legal ao casamento homoafetivo. O que se defendia, em verdade, era que a exigência legal omitida se tratava de condição lógica à própria existência do matrimônio, razão pela qual desnecessário registro expresso pelo legislador<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 30 de outubro de 2012, grifo nosso.

<sup>43</sup> MEDEIROS, Jorge. **Estado democrático de direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**. 2007. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 69.

<sup>44</sup> Cf. artigos 3º, II, da Constituição do Estado de Sergipe; 10, III, da Constituição do Estado do Mato Grosso; 2º, I, da Constituição do Estado de Alagoas; 3º, IV, da Constituição do Estado do Pará; 4º, IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina; e 2º, parágrafo único, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 123.

Ocorre que as tentativas de elaboração normativa voltadas ao reconhecimento jurídicos das uniões homoafetivas, como o emblemático Projeto de Lei 1.151/1995, visando à instituição de denominada união civil entre pessoas do mesmo sexo, e o Projeto de Lei do Senado 612/2011, com escopo de abranger tais relações no conceito de união estável e permitir sua conversão em casamento, ambos de autoria da parlamentar Marta Suplicy, respectivamente no exercício dos mandatos de deputada federal e senadora da república, encontraram forte resistência por parte de certos grupos conservadores presentes no Congresso Nacional, não logrando êxito em sua aprovação até o presente momento.

Veja-se, portanto, que a legislação brasileira, ao se pautar no clássico modelo heteroafetivo, reflete de forma sintomática uma compreensão arraigada culturalmente – e continuamente reproduzida – quanto a padrões de normalidade responsáveis pela guetificação do sentimento homoafetivo. Daí a necessidade de se elucidarem as origens dessas pré-concepções acerca da homossexualidade a fim de desconstruí-las, para, então, se proceder à releitura da legislação civil referente à família.

### **1.3. Homossexualidade: do enclausuramento à liberdade**

A homossexualidade<sup>46</sup> é fenômeno de notória recorrência na história humana. Tendo em vista a presente discussão, relativa à possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo à luz do ordenamento pátrio, parte-se do pressuposto da existência de posições divergentes. Revolver a forma como o amor e a atração homossexual foram abordados através do tempo é um dos passos para se compreender a origem e persistência da estigmatização dispensada à homossexualidade, fundamento da ordem que se pauta na exclusão social, política e jurídica desses indivíduos, para, talvez, superá-la.

RIOS sinaliza que, no que toca à discriminação motivada por orientação sexual, em especial à privação de direitos, importa, num primeiro momento, distinguir as diversas concepções existentes acerca da homossexualidade, ponto de partida para eventuais juízos de

---

<sup>46</sup> Entende-se homossexualidade como a “aptidão pessoal para sentir profunda atração emocional, afetiva e sexual por pessoas do mesmo sexo, assim como a capacidade de manter relações íntimas e sexuais com estes indivíduos”, em consonância com o conceito de orientação sexual firmado nos “Princípios de Yogyakarta – Princípios Sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e a Identidade de Gênero” que, a despeito de não possuírem caráter vinculante à aplicação do direito internacional, estabeleceram aceção de termos incorporados a documentos da Organização das Nações Unidas – ONU, tal qual a Resolução A/HRC/17/L.9/Rev.1., do Conselho de Direitos Humanos, intitulada *Human rights, sexual orientation and gender identity*. Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <[http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

valor acerca de igualdade ou desigualdade que o indivíduo possa formar quanto ao amor entre pessoas do mesmo sexo<sup>47</sup>.

Identificados em função do que se entende atualmente por mero atributo da personalidade, manifestação da pluralidade sexual humana e tão legítima quanto a heterossexualidade, homossexuais são vítimas de opressão diuturnamente, das maneiras mais sutis às mais bárbaras. A homofobia<sup>48</sup>, termo que designa a referida conduta, sintetiza BORRILLO, consiste na postura hostil direcionada a homossexualidade e, de maneira arbitrária, importa a atribuição ao outro de condição inferior ou desviante<sup>49</sup>.

Mesmo em suas manifestações mais ponderadas, a homofobia se expressa por meio da marginalização de lésbicas e gays, relegados a uma escala social inferior e ao silêncio. A inferiorização serve de válvula de escape ao medo de que sejam valorizados aqueles que assumem identidades homossexuais, isto é, temor ao desaparecimento dos parâmetros claros que diferenciam e hierarquizam as sexualidades, elegendo a heterossexualidade e a masculinidade como modelo. A violência, seja ela simbólica, física ou psicológica, é alimentada pelo preconceito contra aqueles que, em violação aos padrões de normalidade, adentram a esfera de características atribuídas socialmente ao sexo oposto. Vê-se, dessa maneira, que a homofobia é inconcebível se desvinculada da organização sexual reproduzida coletiva e historicamente. O fenômeno é, portanto, complexo, pois difuso, entranhado no tecido social, agregado ao cotidiano e, por isso, passa despercebido frequentemente<sup>50</sup>.

Todavia, a percepção e o tratamento conferidos à homossexualidade não foram homogêneos ao longo da história. VECCHIATTI ressalta que, em comunidades tribais e mesmo nos períodos grego e romano da antiguidade, as relações homoafetivas gozaram de considerável legitimidade e sequer se concebia a noção de identidade homossexual como aspecto caracterizador do indivíduo<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

<sup>48</sup> A expressão homofobia foi cunhada por K. T. Smith, em 1971, que lhe atribuiu conceito restrito como "o receio de estar com um homossexual em espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo". Durante as últimas décadas, o emprego do termo ampliou-se de forma significativa, razão pela qual foi alvo de diversas críticas quanto à sua abrangência ou inadequação semântica. Apesar das alternativas sugeridas por autores diversos, predomina seu emprego, designando agora todo um complexo de posturas hostis aos padrões erigidos por uma ordem na qual a norma é masculina e heterossexual. BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 21.

<sup>49</sup> Idem, ibidem, p. 13-15.

<sup>50</sup> Idem, ibidem, p. 17.

<sup>51</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** São Paulo: 2008, p. 42



A prática homoerótica exercia também papel iniciatório na vida dos jovens gregos e chegou a ser empregada para fins militares, segundo a crença na inspiração proporcionada pela proximidade dos amantes no campo de batalha. Para os romanos, a homossexualidade permaneceu amplamente difundida e aceita, ainda que sob condições diversas. Com a devida ressalva à invisibilidade feminina na época, a atividade sexual masculina era, em geral, admitida, independentemente do gênero do parceiro. Todavia, julgava-se o papel sexual desempenhado. A sexualidade passiva era objeto de condenação, à luz do patriarcalismo e do machismo que imperavam nas culturas antigas. A adoção de conduta sexual entendida como tipicamente feminina equivalia a despojar-se da prestigiada masculinidade<sup>52</sup>.

Se durante certo tempo o comportamento homossexual não despertava sentimentos de repúdio significativos, essa realidade se alterou com a ascensão do cristianismo, cujo recurso enviesado aos fundamentos bíblicos passou a apresentar os homossexuais como ameaça à própria civilização. A hostilidade perante homossexuais, portanto, assenta raízes na tradição judaico-cristã.

A partir da disseminação do pensamento cristão, em Roma, e da propagação de narrativas bíblicas, como Sodoma e Gomorra, o império oficializou a perseguição a homossexuais. Em 342 D.C., o imperador Constâncio II promulga a primeira lei respaldada pela crença na naturalidade e superioridade exclusiva das relações heterossexuais monogâmicas. Já em 390 D.C., o imperador Teodósio I estabelece a condenação de todos os homossexuais à morte na fogueira<sup>53</sup>.

A preocupação bíblica do período apresentava alguma coerência, vez que, em virtude das condições precárias em que o povo de Israel vivia, era preciso garantir extensa prole para possibilitar sua sobrevivência e multiplicação. Daí a condenação de todas as relações íntimas exteriores ao matrimônio que se desviassem da finalidade reprodutiva ou se mostrassem estéreis<sup>54</sup>.

A Idade Média consolidou o estigma e a perseguição que se abateram sobre os homossexuais, tendo em vista o amplo domínio da Igreja Católica Apostólica Romana que se estabeleceu no Ocidente, agravando-se com a acentuada queda no contingente populacional europeu resultante da peste negra, no século XIV<sup>55</sup>. Em terras brasileiras, anota VAINFAS, a

<sup>52</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: 2008, p. 43-45.

<sup>53</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 48.

<sup>54</sup> Idem, ibidem, p. 49.

<sup>55</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos, op. cit., p. 55-56.

questão homossexual era constantemente foco de preocupação das autoridades eclesiásticas do período colonial, conforme se depreende da abundância de registros da Inquisição a respeito do pecado da sodomia, muitas vezes fundados em simples denúncias de eventuais testemunhas<sup>56</sup>.

Na França, o período que seguiu à Revolução de 1789 foi de relativa trégua na perseguição, em função do espírito revolucionário rejeitar enfaticamente a herança do antigo regime e seus laços com autoridades religiosas, sob a bandeira da valorização da liberdade individual. Ante a cultura homofóbica já internalizada, porém, não tardou para que leis de caráter secular incorporassem, em várias nações, as relações entre pessoas do mesmo sexo no rol de ilícitos. Observa-se o surgimento de novos discursos legitimadores da perseguição homofóbica, afora os de âmbito teológico, que se inserem na prática do Estado laico, responsável por classificar a atração homossexual do ponto de vista penal, como desvio de conduta, ou do médico-sanitário, como doença mental<sup>57</sup>.

Em meados do século XIX, buscava-se explicar os fenômenos do mundo a partir de uma perspectiva não religiosa. Origina-se, então, a concepção patológica da homossexualidade, como condição degradante em oposição à normalidade dos indivíduos cujo afeto e desejo sexual se dirigiam a pessoas de sexo oposto. O binômio heterossexualidade/homossexualidade, que torna norma a primeira condição identitária e classifica a segunda como desvio, está na raiz do ponto de vista patológico. Foi também o período em que Karoly Benkert cunhou o termo "homossexual", atribuindo contornos mais claros de identidade aos indivíduos propensos a sentimentos de tal ordem. Homossexualidade deixa de ser encarada como questão de ordem exclusivamente moral ou religiosa, para ser integrada aos problemas físico-corporais<sup>58</sup>.

De início, entendeu-se que o desejo orientado por pessoas de mesmo sexo, posto conduzir à formação de relações em princípio estéreis, guardava claro aspecto patológico. O discurso nesse sentido ganhou força com a popularidade das ideias evolucionistas de Darwin, à época, que conferiam significativo destaque às questões reprodutivas<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> VAINFAS, Ronaldo. Moralidades brasílicas: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista. In: Fernando A. Novais (Coordenador geral da coleção) e Laura de Mello e Souza. (Organizadora do volume). **História da vida privada no Brasil: Cotidiano e vida privada na América portuguesa**. v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 256.

<sup>57</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 55-56.

<sup>58</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 105-106.

<sup>59</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**, p. 65.

A hostilidade contra homossexuais passa a abranger, desse modo, o discurso sanitário e científico, que, de maneira idêntica às vertentes jurídicas e teológicas, pressupõem uma hierarquia sexual na qual a heterossexualidade figura no topo, marginalizadas todas as demais expressões do desejo. Difícil não constatar, porém, que, ao fazer referência a uma pretensa ordem natural da qual se extrai a hierarquia das sexualidades, o discurso médico inevitavelmente buscou respaldo no âmbito moral.

Vários profissionais se esforçaram no período para descrever os sintomas físicos ou comportamentais da homossexualidade, passando, obviamente, por sérias dificuldades nesse empreendimento. O importante era encontrar sinais que "demonstrassem" a presença da patologia, quaisquer que fossem.

A atenção médica e científica manteve-se no século XX, intensificando-se do ponto de vista da psicanálise, por meio da busca das origens psicológicas da homossexualidade, com destaque para o trabalho de Sigmund Freud<sup>60</sup>.

No Brasil, imperava a extrema discrição com relação ao comportamento de homossexuais, tendo em vista o risco de perseguições e humilhações, fruto do preconceito enraizado na sociedade brasileira, condenando-os à invisibilidade quase total, ao menos até meados da década de 60. O ponto de vista médico se fez bastante influente no período, apontando a patologia do comportamento dos "pederastas" e invertidos. Com frequência, jovens homossexuais migravam para cidades, na tentativa de escapar das pressões familiares e das comunidades interioranas para que se adequassem ao projeto matrimonial<sup>61</sup>.

Já nos Estados de tendência comunista, encarou-se a homossexualidade como vício eminentemente burguês. O Estado, nessa perspectiva, se encarregou da conduta moral de seus membros, de modo que o desenvolvimento saudável que preconizava evitaria, conseqüentemente, o surgimento e propagação de tendências degeneradas como a homoafetividade<sup>62</sup>.

Repressão similar aos homossexuais, senão mais brutal, foi a empreendida pelo regime nazista alemão. Em contraposição a uma Berlim até então bastante aberta à pluralidade, a ascensão do nazismo, ancorado na ideologia da superioridade da raça ariana,

---

<sup>60</sup> Importante mencionar que, não obstante a interpretação majoritária de sua obra conduza ao entendimento de que a homossexualidade representa um desenvolvimento sexual humano incompleto, Freud demonstrou tolerância e até mesmo apoio aos homossexuais, em diversas ocasiões, nas quais se posicionou perante a questão afirmando não se tratar de doença, mas variação da função sexual e criticando as punições correntes naqueles anos. RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 110.

<sup>61</sup> PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2005, p. 296-297.

<sup>62</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 80.

demarcou o início de episódios cruéis para a vida de milhões de homossexuais. Promover a proliferação ariana implicava, pois, a eliminação de todas as “imperfeições” sociais - deficientes, judeus ou, uma vez mais, homossexuais. Curiosamente, ao contrário das demais vítimas do 3º Reich, foi necessário o decurso de décadas até que os homossexuais oficialmente fossem reconhecidos como um dos grupos alvos da repressão nazista. O pedido de desculpas oficial do governo alemão veio apenas em 2002. Essa parcela de indivíduos nunca recebeu apoio financeiro ou reparação pelas agruras sofridas no período, vez que suas condutas permaneceram criminalizadas ainda por anos após a derrocada nazista<sup>63</sup>.

A superação da perspectiva patológica foi lenta e gradual, consolidando-se somente após a segunda metade do século XX, conforme aponta VECCHIATTI, a começar pela afirmativa, em 1974, da Associação Americana de Psiquiatria de que a homossexualidade não constituiria, isoladamente, distúrbio mental. Em 1985, orientação semelhante foi registrada pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro. Já em 1993, foi também suprimida a homossexualidade do Catálogo Internacional de Doenças (CID 10/1993) da Organização Mundial da Saúde<sup>64</sup>. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia foi além ao consignar, por meio da Resolução nº 1/1999, que não constitui doença, distúrbio ou perversão a citada orientação sexual e, ainda, vedando aos profissionais do ramo o exercício de atividades que induzam à patologização das práticas homoeróticas, a difusão de preconceitos relativos ao tema e propostas de tratamento ou cura da homossexualidade<sup>65</sup>.

As profundas transformações sociais e a revisão de teses científicas, na esteira da dissolução de padrões normativos tradicionais, permitiram alterar a percepção da homossexualidade, a partir do fim do século passado. Garantida maior liberdade ao indivíduo e iniciada a discussão relativa aos papéis sociais definidos com base no gênero, conquista do

<sup>63</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 86.

<sup>64</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: 2008, p. 63.

<sup>65</sup> Resolução nº 1/1999. **Conselho Federal de Psicologia**. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/resoluções/resolução-n-1-1999/>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013. Digno de nota o fato de que, recentemente, Projeto de Decreto Legislativo (PDC 234/2011), em tramitação na Câmara dos Deputados, tem a referida resolução como objeto, visando à sustação de seus arts. 3º, parágrafo único, e 4º, especificamente, no que toca à proibição de que profissionais da psicologia atuem no sentido de promover tratamentos para a cura da homossexualidade ou se pronunciem publicamente reforçando preconceitos sociais referentes patologização da conduta homossexual. A interferência legislativa nas competências do CFP para regular a atividade profissional afigura-se de índole obviamente questionável, uma vez que vai de encontro a fundamentos teóricos e técnicos da psicologia, em âmbito nacional e internacional, no que concerne ao tema. A título de curiosidade, vale mencionar que a autoria do mencionado projeto é atribuída ao Dep. João Campos (PSDB/GO), delegado de polícia por profissão e membro da chamada Bancada Evangélica do Congresso Nacional. Na primeira audiência pública promovida pela Câmara dos Deputados sobre o tema, o CFP recusou-se a participar dos debates, sob a justificativa de que a composição da mesa era extremamente parcial. Para maiores informações, ver: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

movimento feminista, passam os homossexuais a se organizar em grupos com reivindicações próprias de reconhecimento. Deu-se forma, então, a uma concepção de homossexualidade segunda a qual carece de racionalidade a escolha da orientação sexual de um indivíduo como critério para desigualar pessoas<sup>66</sup>.

Dessa maneira, percebe-se a homossexualidade como fruto de construção social, isto é, inserida em um contexto no qual só faz sentido em razão da existência de papéis sociais institucionalizados, segundo os quais determinadas condutas ou práticas permitem a classificação de indivíduos em orientações sexuais e a dispensa de tratamento dessemelhante a uns e outros. Logo, a normalidade do padrão heterossexual presume a dualidade homossexualidade/heterossexualidade<sup>67</sup>.

Ainda que permaneçam firmes diferentes pontos de vista quanto à questão, seja a reprovação moral ou religiosa, o início da desconstituição dessa visão antagônica, promovida pelo heterossexismo<sup>68</sup>, só se fez viável com o advento da contemporaneidade. Amadurecida a partir da semente moderna, a contemporaneidade dissolveu identidades anteriormente fixas, abrindo as portas a uma pluralidade de possibilidades de estruturação da personalidade individual, de forma que cada sujeito acolha a que melhor se coaduna às suas necessidades existenciais.

Sempre conveniente, acrescente-se, quando se aborda a questão atinente à estigmatização de grupos sociais, recorrer às lições de ELIAS e SCOTSON, os quais, por meio de estudo empírico orientado a partir da observação de uma pequena comunidade urbana periférica, captaram a essência do referido fenômeno. Em Winston Parva, nome fictício atribuído pelos autores ao vilarejo, constatou-se uma profunda divisão entre seus habitantes. Os residentes estabelecidos há longo tempo, de forma generalizada, demonstravam desprezo pelos recém-chegados, considerados dignos de menor valor<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 115-116.

<sup>67</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 120-121.

<sup>68</sup> Denomina-se heterossexismo o ideário segundo o qual, presumida a inferioridade de um grupo em função de sua orientação homossexual, a atribuição de tratamento diferenciado aos membros desse grupo não importaria de forma alguma em discriminação. Discurso cujo teor mantém bastante apelo social e tem revelado eficiência em frear o reconhecimento de direitos da população homossexual, tais como o casamento civil e a adoção. BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 31.

<sup>69</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 19.

A relação concreta entre estabelecidos-*outsiders*, analisada em detalhes, na pequena comunidade de Winston Parva, permite a extração de parâmetros universais, razão pela qual se entende como paradigmática para fins de apreensão das características típicas do fenômeno da estigmatização. *In casu*, verificou-se a ausência de diferenças significativas entre os dois grupos aptas a justificarem o desprezo e o prestígio atribuídos e acatados, exceto o tempo de residência no local. Entretanto, observou-se que muito do poder exercido por um dos grupos decorria de ou se relacionava a um elevado grau de coesão interna, aspecto muitas vezes mascarado em relações congêneres, ocultado por características marcantes eleitas como justificativa para o *discrímén* – a exemplo da cor de pele, orientação sexual, ou, na hipótese de Winston Parva, o tempo de residência<sup>70</sup>.

Mais que uma questão de desapareço pessoal direcionado a outros indivíduos, o problema assume contornos mais claros quando observado à luz de uma perspectiva coletiva. Deve-se entender que, por trás da individualidade, há a manutenção de instáveis relações de poder entre grupos que se consideram diferentes uns dos outros e com relação aos quais se acatam pretensas posições de inferioridade e superioridade. O status designado aos respectivos membros depende, assim, da figura do segundo grupo, sem o qual careceria de sentido, ficando evidente, assim, sua interdependência<sup>71</sup>.

Veja-se que, em termos de orientação sexual, só há de se falar em heterossexualidade como norma, mediante a atribuição da pecha de desvio à homossexualidade; o padrão de vida heterossexual só é digno de destaque e *status* superior, quando comparado à desonra e à inferioridade vislumbrada nos sujeitos homossexuais. Sem essa dualidade, perde todo sentido o prestígio que o próprio grupo dominante heterossexual se atribui.

Em suma, a capacidade de estigmatização de um grupo liga-se intimamente a seu potencial para se manter no controle dos instrumentos de poder. Invertidas as posições, exaure-se a eficácia das técnicas de inferiorização aplicadas pelos antigos estabelecidos. Abre-se possibilidade de que o grupo alçado à posição dominante passe a empregar métodos semelhantes.

Assim como os residentes estabelecidos de Winston Parva, a posição de prestígio na qual consideram estar inseridos alguns grupos remete à crença em valores, tradições ou histórias compartilhados, os quais constituem e moldam sua identidade. Os forasteiros não se

---

<sup>70</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 21-22.

<sup>71</sup> Idem, *ibidem*, p. 23.

inserir nesse contexto e, portanto, não lhes atribuem igual valor. Com efeito, combatê-los e afastá-los do convívio excessivo torna-se imperioso para a preservação da própria identidade grupal, ameaçada pelos estranhos. Estabelecidos são dotados de um carisma único que se lhes atribuem, enquanto conferem aos demais a desonra. Pertencer ao grupo privilegiado e compartilhar de seu carisma específico exige, contudo, que seus membros se sujeitem a padrões e regras internas, moldando condutas e expressões de afeto. O que caracteriza os *outsiders* é, afinal, a facilidade com que quebram tabus e sua desconsideração para com as normas tão prezadas pelos estabelecidos – ou seja, sua anomia. Logo, o mero contato desprezioso com indivíduos inferiores, para além do essencial, põe em xeque a adequação do sujeito ao grupo dominante e gera incerteza quanto a seu compromisso com os valores defendidos<sup>72</sup>.

Veja-se o reflexo deste fenômeno na forma como opera o preconceito de padrão homofóbico: é notório o tratamento jocoso habitualmente dispensado ao sujeito heterossexual que mantenha algum grau de proximidade maior com homossexuais, como se o estigma atribuído ao grupo desviante pudesse contaminar o indivíduo adequado às normas estabelecidas, podendo, em último nível, destituir-lhe de seu prestígio, tornando-o igual ao ser desprezado. Coloquialmente, é dizer impossível a intimidade entre homossexuais e heterossexuais, principalmente, no âmbito masculino.

Para fins de estigmatização, a forma como os estabelecidos se dirigem aos *outsiders*, os nomes e adjetivos empregados, varia a depender dos grupos sob análise e da relação mantida entre ambos. Muitas vezes, tais expressões assumem em seu uso conotação própria, inerente à relação intergrupal. E surtem efeito: seus destinatários compreendem bem que as palavras a eles dirigidas carregam a pecha da inferioridade. Fora desse contexto específico em que são usadas, podem até não ter sentido algum<sup>73</sup>.

Em relação aos homossexuais, especificamente, é de conhecimento geral, a vasta gama de termos ofensivos que lhes é dirigida: invertidos, bichas, veados, sapatonas, marica, dentre tantos outros. Tais expressões atendem à função de inferiorizar na medida em que os envolvidos em ambos os lados têm ciência de que, polarizados em estratos distintos, fazem parte de uma relação desigual de poder, que torna possível essa prática. Homossexuais não se enquadram no padrão normativo heterossexual já descrito e, portanto, se encontram à margem da dita normalidade, devendo, por conseguinte, sofrer as consequências de sua

---

<sup>72</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 25-26.

<sup>73</sup> Idem, *ibidem*, p. 27.

anomia. Destituídos dos meios de poder, seriam infrutíferas quaisquer tentativas de, em revanche, estigmatizar o grupo dominante – simplesmente careceriam de sentido.

Igualmente, faz-se prática comum a condenação de *outsiders* por condutas e desejos que para o grupo estabelecido são motivo de orgulho<sup>74</sup>. É o que se vê da censura dirigida a homossexuais que anseiam constituir famílias estáveis com seus companheiros, principalmente, por meio do acesso ao direito do casamento civil – o desdém com que são tratados retrata o entendimento de que o convívio familiar tratar-se-ia de vantagem exclusiva àqueles engajados em relacionamentos heteroafetivos.

Interiorizam-se a tal ponto as condições a que se submetem grupos envolvidos numa relação do tipo estabelecidos-*outsiders*, que suas características passam a justificar umas às outras: o poderio superior do grupo dominante é tido por seus membros como prova de seu valor humano privilegiado, ao passo que o distanciamento dos estigmatizados das fontes de poder e sua marginalização são entendidos como sinal de sua inferioridade. Veja-se o modo como as circunstâncias influenciam a compreensão dos indivíduos de si mesmos, interferindo diretamente no cerne de suas personalidades – negativamente, no caso do grupo tido por inferior<sup>75</sup>.

A ausência de referências positivas aos homossexuais nas esferas do poder, nesse sentido, é esclarecedora: essa forma de afeto reiteradamente retratada como espúria, vergonhosa ou desviada gera frequentemente naqueles que a experimentam, grupo minoritário e anômico, sentimentos de vergonha e hesitação que os impedem de expressá-la pública e livremente. Trata-se de vidas acompanhadas da perspectiva do pré-julgamento negativo e reprovação social.

Ressalte-se conveniente observação de ELIAS pertinente aos grupos estigmatizados, à qual não escapam os homossexuais: ocupar a posição de *outsider* implica, não raro, ser considerado pelos estabelecidos como sujos ou desumanos, para além de transgressores das normas e tabus<sup>76</sup>.

A estrutura dessas relações dificilmente se expõe de maneira tão clara. Pelo contrário, é comum que o tênue equilíbrio de poder que as suporta seja ocultado pela atenção conferida a outros aspectos irrelevantes, como o racial, por exemplo. Fato é que o desprezo de um grupo pelo outro se faz presente, sejam seus membros fisicamente distinguíveis, ou não – nesse caso, registre-se a possibilidade de que os estigmatizados sejam identificados por meio

<sup>74</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 45.

<sup>75</sup> Idem, ibidem, p. 28.

<sup>76</sup> Idem, ibidem, p. 29.



de símbolos<sup>77</sup>, tal qual a imposição aos homossexuais, nos campos de concentração, durante o regime nazista, de que carregassem consigo um triângulo cor-de-rosa<sup>78</sup>.

Compreender o porquê do recente destaque conferido às demandas de grupos homossexuais por emancipação e igualdade perpassa necessariamente a apreciação das relações de poder subjacentes entre grupos defensores de normas morais orientadas pela heteroafetividade e os destas desviantes, adeptos à homoafetividade. Quão menos desigual se torna essa relação, maior a visibilidade e as discussões suscitadas. Uma vez que homossexuais deixaram, na perspectiva ocidental, de lutar por sobrevivência, pelo direito a se exporem publicamente, os recursos de que dispõem com a melhora de sua condição e prestígio sociais passam a ser empregados na disputa pela eliminação de disparidades de tratamento tão evidentes.

Entretanto, romper a barreira que separa fictamente homossexuais e heterossexuais implica revisão do arcabouço de normas sociais sedimentadas ao longo de anos, que definem os padrões de normalidade também nas áreas da expressão sexual e afetiva, segundo os quais o homoerotismo, em todas as suas manifestações, deve ser marginalizado.

Por mais que fraqueje a superioridade em poder e as diferenças se tornem mais sutis do que pretendem os estabelecidos, resiste por um longo tempo sua fé em seu valor e carismas especiais, como forma de negar a realidade igualitária que vai ficando raízes. Eventualmente, faz-se impossível rejeitá-la recorrendo somente a preconceitos<sup>79</sup>.

Aos poucos, esses parâmetros têm se flexibilizado, chegando ao ponto de permitir o convívio saudável e respeitoso entre pessoas identificadas em polos opostos do espectro das orientações sexuais. Não raro, porém, o contato ainda é visto com maus olhos pelos membros do grupo estabelecido.

Nesse aspecto, verifica-se a importância que os membros de um grupo atribuem à opinião de seus pares, forte o suficiente para inibir-lhes determinadas condutas. Não se obtém a aprovação do grupo sem a conseqüente submissão a suas regras. ELIAS bem retrata essa condição por meio da imagem de um cordão elástico que une os indivíduos à opinião dos demais membros do grupo. Se pouca diferença faz aquilo que pensam pessoas do outro grupo a seu respeito, as ponderações de seus pares adquirem peso significativo em sua

<sup>77</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 32.

<sup>78</sup> TEIXEIRA, Antonio Claudio Engelke Menezes. A vanguarda conservadora: aspectos políticos e simbólicos do movimento LGBT. **Desigualdade & Diversidade – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio**, n. 7, p. 63-80, jul/dez, 2010.

<sup>79</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade, op. cit., p. 45.

personalidade, autoestima e autoimagem – razão pela qual não se concebe o indivíduo completamente autônomo, desvinculado das pressões coletivas<sup>80</sup>.

Compreenda-se, enfim, que lançar luz aos reais pilares que subjazem às relações humanas do tipo estabelecidos-*outsiders*, a exemplo da vivenciada por homossexuais e expressiva parcela dos heterossexuais, não significa enunciar condições imutáveis da sociabilidade humana. Antes, mune seus atores de ferramentas para transformar a realidade de maneira crítica e consciente, promovendo, cada vez mais, uma igualdade que rejeite estigmas despropositados. Apenas mediante o recurso ao passado pode-se justificar a compreensão pretérita do fenômeno da homossexualidade e o tratamento jurídico e social correspondentes. Por outro lado, evidencia-se sua inadequação em face das circunstâncias hodiernas a partir das quais são encarados a homoafetividade e o homoerotismo – associados, reitere-se, à reinvenção da concepção de família.

Desconstruídos antigos preconceitos e argumentos diferenciadores infundados, torna-se evidente, enfim, a necessidade de uma nova abordagem da questão. Esse é, afinal, o desenho da conjuntura que faz dos pleitos da população homossexual matéria tão controversa. Tem-se, de um lado, ditames constitucionais de natureza humanista, plural e contrária a discriminações, enquanto, do outro, uma legislação civil resistente em abandonar a tradição patrimonialista, restritiva e, por vezes, desconexa da realidade social. Trata-se de mero reflexo do confronto entre visões de mundo existentes, transposto às instâncias decisórias estatais, quando suscitada a resolução da demanda de gays e lésbicas por direitos iguais aos dos casais heteroafetivos. Cumpre investigar, portanto, qual o ambiente que, à luz do paradigma jurídico hodierno, se mostra mais propício à realização desta tarefa.

---

<sup>80</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 40.

## **CAPÍTULO 2 – O ESTADO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

### **2.1. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional: a afirmação do paradigma pós-positivista**

Nos países de tradição civilista, foi tardio o destaque conferido às Constituições como centro dos respectivos ordenamentos jurídicos. O Estado de Direito clássico, oriundo dos movimentos revolucionários do século XVIII, primava pela supremacia do Legislativo, relegando os textos constitucionais a um segundo plano<sup>81</sup>. As Cartas do período eram praticamente desprovidas de caráter vinculante, porquanto inexistentes mecanismos aptos a conter o poder parlamentar nas hipóteses em que conflitava com o disposto nas Constituições. Sua guarda não competia – ou se cogitava competir – ao Judiciário, adstrito à subsunção de fatos às leis produzidas por legisladores desimpedidos<sup>82</sup>.

Pouco mudou, em termos de controle judicial dos atos legislativos, com a crise do modelo de Estado liberal, entre os séculos XIX e XX<sup>83</sup>. A superação do liberalismo exacerbado, que deu ensejo ao Estado Social, resultou, porém, em ampliação abrupta do âmbito de atuação estatal. O Legislativo, sobrecarregado com a significativa expansão da atividade legiferante, acabou por transferir parte das competências ao Executivo<sup>84</sup>. Engendrou-se uma inflação legal, muitas vezes de qualidade precária, em função do desapego à forma, à substância ou à coerência das normas produzidas. Nesse sentido, sustenta SILVA: “acompanhado do elevado grau de sua complexidade e prolixidade, o que se constata é a impossibilidade dos cidadãos, ou sequer os aplicadores do direito, em compreenderem o complexo normativo e, por conseguinte, seus direitos”<sup>85</sup>.

O atual Estado Constitucional surge, então, não como superação destes modelos, mas uma releitura de suas premissas, adequando-as à noção de supremacia da Constituição.

---

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

<sup>82</sup> Idem, *ibidem*, p. 46.

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*, p. 52-53.

<sup>84</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 4, 2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/429/277>>. Acesso em: 5 de dez. de 2012.

<sup>85</sup> Idem, *ibidem*.

Trata-se, portanto, da atualização do paradigma anterior, tendo em vista suas limitações e a carência de formas mais eficazes de controle do poder<sup>86</sup>.

Esta reconstitucionalização do direito, posterior à 2ª Guerra Mundial, dá-se no contexto de reinserção de valores no discurso jurídico, marcadamente pela desconstrução de teorias normativas supostamente puras, que não se mostraram suficientes perante os horrores da guerra. Possibilitou-se trilhar um caminho que, sem desacreditar o direito posto, estende-se para além do legalismo estrito, em prol de uma apreciação axiomática do direito, em processo de constante concretização<sup>87</sup>.

Neoconstitucionalismo ou, para alguns, pós-positivismo são expressões cunhadas para designar o paradigma jurídico hodierno, o qual conjuga em sua concepção do direito: (a) um sistema normativo composto por princípios e regras<sup>88</sup>; (b) a inserção do conceito de direitos fundamentais<sup>89</sup> e valores substanciais basilares, no âmbito das Constituições; e (c) o recurso à hermenêutica e à argumentação jurídica, para fins de sustentação e controle de legitimidade da atividade judicial<sup>90</sup>.

Para BARROSO, ao menos três grandes elementos caracterizam esse novo viés do direito constitucional. Primeiramente, o desenvolvimento de uma consciência quanto ao caráter cogente das normas constitucionais. É o que se entende por Constituição dotada de

---

<sup>86</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 4, 2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/429/277>>. Acesso em: 5 de dez. de 2012.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>88</sup> Para DWORKIN, regras incidem na forma do “tudo-ou-nada”, isto é, ou são efetivamente válidas ou inválidas. As exceções ao que prescrevem se tornam possíveis apenas se contidas no próprio enunciado. Diversa é a maneira como atuam os princípios, oriundos de “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. O princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular”. São normas que contêm um nível de análise de que carecem as regras: da relevância ou do peso, visto que, quando princípios são confrontados, apura-se no caso concreto qual padrão deve prevalecer, sem que, com isso, se extirpe do direito o princípio afastado. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35-43. Vale lembrar ainda a concepção de ROBERT ALEXY, segundo a qual princípios constituem o que denomina mandados de otimização – postulados que requererem realização na maior medida possível. Admitem, portanto, ao contrário das regras, cumprimento em graus variados, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2001, p. 86-87.

<sup>89</sup> Destaque-se, desde logo, que, em relação ao casamento homoafetivo, a temática dos direitos fundamentais ocupa um papel central, pois, além de sua eficácia dirigente, representando metas ao Estado, são também vetores interpretativos do ordenamento jurídico e parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade. O compromisso constitucional com os direitos fundamentais impõe, ainda, deveres ao Estado de proteção e promoção dessas liberdades e garantias.

<sup>90</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, op. cit.

força normativa, pelo que se exige constante concretização de seus enunciados, tarefa compartilhada pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>91</sup>.

Em segundo lugar, tem-se uma superação do ideal de supremacia legislativa, vigente até meados do século XX, substituído pela supremacia da Constituição, cujas normas, principalmente as relativas a direitos fundamentais, limitam a atuação política, tipicamente majoritária. Nasce, então, a jurisdição constitucional, efetivada pelo controle de constitucionalidade, convencionalmente exercido por tribunais<sup>92</sup>.

Por fim, ganha novo impulso a interpretação jurídica, face à necessidade de conformação dos dispositivos infraconstitucionais à Carta. A atividade alcança novos patamares quando direcionada à extração do sentido e consequências concretas das normas constitucionais, especialmente as de textura aberta, como ocorre, em regra, com os direitos fundamentais. Cresce, em decorrência, a importância da figura central nesse ofício: o magistrado<sup>93</sup>.

Veja-se que a contemporaneidade tem como marca a complexidade. Assim, nada mais natural que a multiplicidade de interesses divergentes se transpusesse às Constituições – o que se verifica de forma patente na Carta brasileira de 1988, tendo em vista seu caráter analítico e abrangente. Desse modo, é intrínseca ao neoconstitucionalismo a mediação de eventuais conflitos entre interesses e valores igualmente amparados e promovidos pela Constituição, o que escapa às técnicas tradicionais de interpretação. Fez-se necessário, pois, um aporte hermenêutico diferenciado para que, diante de casos concretos, fossem sopesados bens constitucionais conflitantes<sup>94</sup>.

No Brasil, este movimento se fortalece somente com o aprofundamento do contexto de reconstitucionalização nacional, ao fim da década de 80. Até então, o país vivenciara uma série de crises, governos em alguma medida autoritários e momentos inóspitos aos ideais pós-positivista. Firmada a transição brasileira ao modelo de Estado Democrático e Social de Direito, garantiu-se, nos anos seguintes, o mais profícuo período de normalidade institucional do país. No contexto de restauração democrática, se gestou, pela primeira vez, uma consciência constitucional em terras brasileiras, um respeito dirigido à figura da Constituição, sem o que certamente não seria possível a consolidação do pensamento neoconstitucionalista.

---

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>92</sup> Idem, ibidem.

<sup>93</sup> Idem, ibidem.

<sup>94</sup> Idem, ibidem.

A Constituição de 1988 marcou a transição brasileira rumo à consolidação da democracia. O resgate – ou talvez descoberta – de ideais constitucionais e de cidadania por um povo que destes fora privado por muito tempo explica o entusiasmo com que se desenvolveu o processo constituinte, de intensa participação de variados setores políticos e sociais na elaboração do texto final. Por conseguinte, produziu-se uma Carta excessivamente longa e detalhista, mas simbólica, consagrando amplas garantias individuais e coletivas<sup>95</sup>.

Por isso, diz-se que a democratização retardatária brasileira, como em outros países, foi acompanhada de intenso processo de constitucionalização do direito. O novo ponto de convergência do sistema jurídico, a Constituição, passa a ser o referencial ao qual todos os ramos do direito se voltam. Nesses termos, a releitura da legislação sob a óptica constitucional faz com que a própria interpretação jurídica seja, também, interpretação constitucional<sup>96</sup>.

O fenômeno da constitucionalização do direito, todavia, pouco ou nada significaria se dissociado do exercício da jurisdição constitucional pelo Judiciário brasileiro. Imprimindo efetividade à irradiação dos dispositivos constitucionais, juízes e tribunais dispõem de um amplo leque instrumental na realização de seu mister<sup>97</sup>.

Daí a pertinência dos ensinamentos de COELHO, no sentido de que, uma vez promulgada, a Constituição adquire relativa autonomia em relação a seus autores, pois é na aplicação de seu texto que se constrói o sentido das expressões apropriadas pelo constituinte:

Entregue aos seus destinatários – tanto os intérpretes/aplicadores oficiais quanto os cidadãos, que orientam a vida conforme os seus ditames –, a Carta Política, mais do que uma obra feita, é um projeto em constante reformulação, um experimento em marcha ou, se preferirmos, um conjunto de materiais de construção, com que se poderão erguer monumentos diversos, a depender da política constitucional que, a cada época, vier a presidir a sua utilização<sup>98</sup>.

Nesse sentido, a verdadeira Constituição brasileira tem se revelado após a promulgação da Carta de 1988, por meio de sucessivas rodadas interpretativas, na tentativa de se extrair de sua estrutura conciliatória uma orientação consistente e coerente. Esse processo, todavia, em um Estado democrático de direito, exige máximo grau de abertura, de forma que a interpretação da Constituição não se faça prerrogativa exclusiva de cortes isoladas e avessas a opiniões plurais quanto ao significado da Carta, mas viabilize canais para a participação

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>96</sup> Idem, ibidem.

<sup>97</sup> Idem, ibidem.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

intensa de uma diversidade de sujeitos, conferindo maior legitimidade às decisões eventualmente proferidas<sup>99</sup>.

É esse o cenário jurídico no qual se inserem as demandas da população homossexual por isonomia e reconhecimento de direitos. Cabe, então, averiguar os diferentes âmbitos de apreciação dos pleitos de gays e lésbicas, para compreender seu deslocamento em direção às Cortes, no contexto brasileiro.

## 2.2. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil

O aprofundamento do paradigma constitucional-democrático e a expansão da ordem jurídica a áreas da vida que, até então, lhe eram estranhas têm proporcionado uma intensa discussão acerca do reconhecimento de direitos e da concretização de princípios jurídicos constitucionais, como a igualdade.

É que, ao se revisar a ideologia puramente liberal em que fundado o Estado de Direito, primando, agora, pela atenção à pessoa humana, se promoveu também a inserção de um argumento de justiça social no ordenamento jurídico, passando a figurar entre suas prioridades a proteção dos sujeitos em condição de vulnerabilidade. Para tanto, foi necessário o prévio reconhecimento de que o direito acentuava desigualdades ao tratar como iguais, no plano formal, sujeitos que substancialmente não o eram. Assim, o Estado incluiu em seu rol de obrigações a administração da questão social, o primeiro passo à estruturação do chamado *Welfare State*. Por conseguinte, matérias a princípio relegadas ao trato privado adentraram o campo de preocupações estatais, tendo em vista sua relevância social, adquirindo coloração tipicamente pública ao se submeterem ao crivo das instituições democráticas<sup>100</sup>.

Ocorre que a emergência do *Welfare State* deriva, em alguma medida, da mobilização de movimentos sociais, de forma que a ação estatal em muito se influenciou pela pressão dos grupos de interesse com força o suficiente para se fazer representar no meio político. Nesse panorama, restaram desatendidos aqueles sem os meios necessários para movimentar a máquina pública em prol de suas demandas – dentre os quais se tem o movimento LGBT, cuja organização é relativamente recente. Se a letargia legislativa era tamanha e a burocracia do Executivo, por outro lado, a poucos acessível, vislumbrou-se o

---

<sup>99</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 39.

<sup>100</sup> Idem, ibidem, p. 16-17.

judiciário, pela primeira vez, como uma via de aprofundamento das conquistas igualitárias – em especial, a jurisdição constitucional<sup>101</sup>.

Note-se que a conjuntura de redemocratização vivenciada no período de elaboração e promulgação da Constituição de 1988 semeou nos brasileiros uma consciência de sua condição de sujeitos de direitos. Por conseguinte, intensificou-se a luta individual e coletiva de busca por justiça, desaguando no Judiciário grande parte das crescentes demandas sociais – fenômeno potencializado pela facilitação do acesso à Justiça providenciado pela Carta. Desse modo, cortes e magistrados tornaram-se figuras corriqueiras.

A aproximação entre sociedade e Judiciário, movida pela crença no potencial da Justiça para possibilitar conquistas não alcançadas em outras instâncias estatais, logo instigou, todavia, questionamentos quanto à amplitude de suas competências em face daquelas tradicionalmente outorgadas a outros poderes. Essa transferência do campo decisório ao Judiciário, relativo a matérias tanto relevantes quanto triviais do espectro político e social, é o que se compreende pelo fenômeno da judicialização da política e das relações sociais<sup>102</sup>.

A tendência pode ser facilmente visualizada na explosão de contendas referentes às relações familiares. Reconhecimento e dissolução de uniões, investigações quanto à filiação, guarda de menores, violência doméstica, disputas patrimoniais entre herdeiros, direitos da pessoa idosa ou da criança e do adolescente – são alguns dos temas que abarrotam os Tribunais do país, em função da crença popular de que o Judiciário seria a via mais adequada à composição dos conflitos. É onde tem desembocado, também, lides concernentes ao reconhecimento jurídico de relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, seja na forma de união estável ou casamento – esta, particularmente, em razão da mais absoluta inércia legislativa em abordar a matéria.

Há que se assinalar que, não obstante comporte reflexos políticos, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário – das quais, por imperativo constitucional, seus membros não podem se eximir<sup>103</sup> – se desenvolvem em conformidade a uma lógica própria ao conhecimento jurídico. Dessa forma, a judicialização de matérias socialmente relevantes

<sup>101</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 18-19.

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>103</sup> ALMEIDA, Cecília Faria de. Ativismo judicial – Supremo Tribunal Federal em foco. In: CASTRO, Dayse Starling (Coord.). **Direito Público**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 161-162.



pressupõe sua submissão à argumentação jurídica – nem sempre em sintonia com as nuances do discurso político<sup>104</sup>.

Pode-se dizer, também, que, ao ancorar no Judiciário a disputa de interesses, os indivíduos expressam seu descrédito nas instâncias democráticas tradicionais e, assim, abrem mão do exercício de sua cidadania perante os outros poderes. O decaimento da função pública do indivíduo moderno e da noção de coletivo, de bem-comum, é reflexo de uma relação inversamente proporcional que se firma entre o prestígio da Justiça, como restauradora da trama social, e a decepção para com o Legislativo e o Executivo. Com efeito, mais que sancionador, o Judiciário assume uma postura positiva, propícia ao reconhecimento e concretização de direitos e garantias não atendidos nas demais instâncias. Em suma, constata VIANNA, ao “cidadão sucede a sua versão judiciária: o sujeito de direitos”<sup>105</sup>.

Instado a se manifestar a respeito de temas politicamente sensíveis, como as uniões homoafetivas, cujos parâmetros normativos constitucionais são, com frequência, demasiadamente abertos ou genéricos, voltam-se os holofotes ao Judiciário brasileiro, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A repercussão social direta assumida por vários destes casos indica que a Corte vem, com alguma frequência, desvinculando-se do ideal de Judiciário contido, constricto à mera aplicação da lei. Nesse cenário, o STF, órgão de cúpula no exercício da jurisdição constitucional, ganhou relevância diante dos demais Poderes, visto que até a competência do próprio Legislativo, como constituinte reformador, encontra limites erigidos pela Carta, as chamadas cláusulas pétreas – cujo sentido e extensão, repise-se, são fixados caso a caso pela Corte Constitucional. O amplo acesso ao Tribunal que se concretizou nos anos seguintes à promulgação da Constituição, pelas vias abstrata e difusa, reverteu ainda em maior número de decisões interpretativas de toda ordem<sup>106</sup>.

Mais que uma questão de crescimento da atuação judicial, a atenção dirigida à Justiça brasileira deve-se à redescoberta do potencial desse Poder na consecução de um programa constitucional que outorga à população direitos rotineiramente desrespeitados, restaurando a plena cidadania de sujeitos que dela são indevidamente alijados<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-23.

<sup>105</sup> Idem, *ibidem*, p. 24-26.

<sup>106</sup> MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2012, p. 157-158.

<sup>107</sup> VIANNA entende que este despertar da sociedade para a importância do Judiciário na busca por justiça e melhores condições de vida é um fenômeno que envolve VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, op. cit., p. 42-43.

No caso brasileiro, a transição para a democracia, operada subitamente no fim da década de 80, foi peculiar por lançar indivíduos que desconheciam o verdadeiro sentido de liberdade e cidadania a um regime em que seu exercício lhes era necessário. Nesse contexto, o recurso ao Judiciário não deixa de ser um meio didático de adaptação e amadurecimento democrático. A ausência de instâncias capazes de responder a contento a uma série de impasses levou o direito a assumir a função de instrumento de estruturação do próprio espírito cívico, da qual se desincumbiram os demais Poderes<sup>108</sup>.

Sem embargo, os prognósticos quanto à expansão da confiança no Poder Judiciário em Estados Constitucionais variam. Nesse sentido, INGEORG MAUS recorre à psicanálise para ilustrar uma sociedade órfã, na qual, depostos seus antigos dominadores, se reconhece na instância judicial a destituída figura paterna, um *superego*, responsável por orientá-la e censurá-la. A devoção à Justiça é tamanha, que a própria crítica ao exercício da jurisdição constitucional passa a ser encarada com desconfiança, como contrária à democracia<sup>109</sup>.

A confiança popular no Judiciário assim enxergado sintoniza-se com a inserção constitucional de valores substanciais na jurisdição e com o próprio produto da atividade legislativa, no qual se introduzem conceitos morais vagos, cuja definição fica a cargo dos magistrados. Agregam-se, dessa forma, a prontidão do Poder Judiciário para ampliar suas competências e a cega atribuição social do papel de *superego* às instâncias judiciais. Corre-se, por conseguinte, o risco de que uma jurisdição desimpedida molde à sua vontade os termos de Constituições de natureza aberta, sob o pretexto de está-la meramente interpretando, no cometimento de um velado decisionismo<sup>110</sup>.

Um Judiciário que encarna o *superego* da sociedade órfã enxerga-se como disciplinador de ímpetos sociais conflitantes e extremados, representados inevitavelmente no ambiente parlamentar. Incumbir-se-ia, dessa forma, da composição das discordâncias da comunidade, sob o pretexto da harmonização do direito, ao tempo em que imporá discricionariamente as posições morais de seus membros a uma sociedade infantilizada, dependente da figura de um juiz-tutor<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 153.

<sup>109</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como *superego* da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 184-185.

<sup>110</sup> Idem, *ibidem*, p. 189-191.

<sup>111</sup> Idem, *ibidem*, p. 195-196.

Embora se reconheça a pertinência da crítica de MAUS, acreditamos, porém, que a questão candente no que diz respeito à judicialização das relações sociais se refere à legitimidade democrática do desempenho pelo Judiciário não apenas da função de aplicador de normas previamente convencionadas, mas, principalmente, de partícipe no processo de construção do direito, extraindo consequências às vezes não tão explícitas dos enunciados constitucionais e definindo, em último grau, quais direitos as pessoas efetivamente têm.

## 2.3. Constitucionalismo e democracia

### 2.3.1. Jeremy Waldron e a crítica à jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional caracteriza-se por curioso paradoxo: se, por um lado, seus fins e fundamentos são geralmente acolhidos como necessários ao funcionamento de democracias – i.e., resguardam as opções basilares do povo firmadas na Constituição contra incursões de forças políticas eventuais –, por outro, são constantes as acusações de que promove o desequilíbrio no sistema democrático, pois implica, em diferentes níveis, invasão do campo decisório dos Poderes Legislativo e Executivo, instâncias vinculadas à sistemática representativa e majoritária. Os membros do Judiciário, afinal, não se submetem ao crivo eleitoral.

JEREMY WALDRON é autor de uma das mais incisivas críticas ao controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário e, por isso, será aqui tomado como paradigma para o confronto argumentativo com os defensores da prática.

Segundo assevera, boa parte da confiança depositada no *judicial review*<sup>112</sup> advém da crença de que, por meio de um processo em que as demandas por direitos são rigorosamente apreciadas, se tende a alcançar boas decisões. Assinala, porém, o fato de serem reconhecidos casos em que as Cortes Constitucionais eventualmente proferem más decisões. Ademais, há algum consenso quanto a seu déficit de legitimação democrática. O autor não infere, todavia, a perfeição do procedimento democrático, como se isento de falhas e indubitavelmente mais indicado a proferir a última palavra em matéria constitucional, em

---

<sup>112</sup> O *judicial review*, ou revisão judicial, é expressão que remete ao poder conferido ao Judiciário para apreciar atos do Legislativo e Executivo quanto à sua compatibilidade em relação à Constituição, extirpando-os do ordenamento jurídico mediante declaração de inconstitucionalidade. Essa competência judicial – atualmente com inúmeros desdobramentos, tendo em vista seu desenvolvimento com o decurso do tempo – foi estabelecida pela Suprema Corte norte-americana, por ocasião do julgamento *Marbury vs. Madison*, em 1803. FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 16.

todas as ocasiões, visto serem conhecidas suas limitações, como a perspectiva de que se formem tiranias da maioria<sup>113</sup>.

Diante de um quadro em que ambos os universos comportam qualidades e imperfeições – e ciente de que o *judicial review* desempenha papéis específicos a depender da conjuntura política, social e histórica do país em estudo –, WALDRON desenvolve seu argumento contra os sistemas que delegam ao Poder Judiciário competência para determinar em último grau o que diz a Constituição.

Todavia, tendo em vista a diversidade de práticas reunidas no que se denomina *judicial review*, é possível distinguir entre (a) suas vertentes fortes, objeto da crítica de WALDRON, nas quais os tribunais têm competência para invalidar ou deixar de aplicar atos normativos contrários à Constituição, bem como de alterá-los materialmente ou por mera interpretação, para compatibilizá-los aos direitos individuais; e (b) suas vertentes fracas, em que, a despeito de procederem à verificação de compatibilidade entre as leis e a constituição, não podem alterá-las, extirpá-las ou denegar-lhes aplicação, ainda que compreendam que seus dispositivos violem direitos fundamentais<sup>114</sup>. Veja-se que, nos termos de sua classificação, poder-se-ia, num primeiro momento, compreender o sistema brasileiro como adepto à vertente forte da jurisdição constitucional, conferindo ao Judiciário a última palavra a respeito do conteúdo da Constituição.

WALDRON estabelece quatro condições que identificam o modelo de sociedade à qual suas críticas se mostram pertinentes. Assim, afasta comunidades desviantes, nas quais se poderia vislumbrar um papel para a jurisdição constitucional na correção de vícios. Nestes termos, assume que seu argumento é, antes de tudo, condicional e que, ausente qualquer dessas circunstâncias, pode não se sustentar<sup>115</sup>.

A primeira das condições diz respeito à existência de um regime democrático, em que figuram instituições legislativas representativas e em regular funcionamento<sup>116</sup>, cujos membros são escolhidos mediante processo eleitoral, por sufrágio universal. A segunda condição refere-se à manutenção de instâncias judiciais independentes, que também desempenham razoavelmente suas funções, cujos integrantes, em regra, não se submetem ao processo eleitoral – trata-se, porém, de um Judiciário inerte, voltado à análise de casos específicos, quando provocado. Em terceiro lugar, os integrantes da sociedade modelo de

<sup>113</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale law journal*, v.115, 2006, p. 1348.

<sup>114</sup> Idem, ibidem, p. 1354-1355.

<sup>115</sup> Idem, ibidem, p. 1359-1360.

<sup>116</sup> Por regular funcionamento, entenda-se que os representantes do povo devem levar rigorosamente em consideração as expectativas de seus representados e deliberem ativamente acerca de temas importantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, por meio do processo legislativo.

WALDRON compartilham o ideal de garantia dos direitos individuais<sup>117</sup> – seu compromisso com os direitos é concreto, razão pela qual, em geral, têm igual consideração para com os outros e suas perspectivas diferenciadas. A última condição concerne à existência de divergências sinceras e racionais na sociedade em relação a quais os direitos reconhecidos e o que acarretam – são, portanto, discordâncias políticas de boa-fé, que reclamam composição, afinal, a mera existência de declarações de direito aprovadas não faz cessar o debate subjacente, relativo à sua substância e reflexos, com cada lado defendendo a preponderância da leitura que promove<sup>118</sup>.

O problema focado por WALDRON é se, diante das divergências internas de uma comunidade quanto aos direitos que esta reconhece a seus integrantes, a decisão tomada a esse respeito pelas instâncias legislativas – logo, representativas – prevalece como final ou deve se submeter à possibilidade de revisão por instituições judiciais. A fim de solucionar essa questão, podem ser empregados dois tipos de razões: (a) uma se foca na busca pelo processo decisório mais adequado, independentemente de quais sejam as conclusões; (b) a outra, por sua vez, mira o resultado, tendo por fim evitar a violação de direitos por decisões de conteúdo equivocado.

WALDRON sugere que razões visando ao resultado são, na melhor das hipóteses, inconclusivas. Ou seja, não fornecem parâmetros seguros para se apoiar ou condenar definitivamente o *judicial review*. Ainda assim, embora os argumentos fundados em resultados sejam habitualmente associados à defesa da jurisdição constitucional em sua vertente forte, é de se ver que nem todas as razões desse tipo a sustentam – em verdade, muitas vezes a infirmam<sup>119</sup>.

Quanto a esse viés, o jurista alega, primeiramente, que se deve desmistificar a ideia de uma suposta proximidade judicial das nuances da realidade, pelo que seu julgamento comportaria maior riqueza de detalhes em relação aos problemas concretos. Isto porque, quando de sua análise pelos órgãos de cúpula do Judiciário, grande parte da concretude dos casos originais já se esvaiu, restando decisões com altíssimo nível de abstração. De outra parte, defende que é característico do método de decisão judicial desviar-se do problema central, i.e., solucionar questões sobre direitos, focando-se ora em minúcias interpretativas e aspectos textuais da norma, ora em buscar fundamentos que demonstrem a legitimidade do

---

<sup>117</sup> É consequência deste compromisso o consenso social quanto à necessidade de proteção e reconhecimento dos direitos de minorias, não obstante sua inexpressiva força política.

<sup>118</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale law journal*, v.115, 2006, p. 1361-1369.

<sup>119</sup> Idem, ibidem, p. 1375-1376.

juiz para exercer seu ofício – razão pela qual se recorre frequentemente aos precedentes judiciais. Assim, fica em segundo plano a questão que se busca pacificar. Ademais, lembra que a obrigatória fundamentação das decisões judiciais não pode ser tomada, por si só, como justificativa absoluta da superioridade de suas conclusões, porquanto, ainda que de maneira diferenciada – como nos debates e exposições de motivos – o Legislativo também apresenta as razões que alicerçam suas propostas normativas<sup>120</sup>.

Se as ponderações anteriores não estruturam um argumento decisivo contra o *judicial review*, WALDRON acredita, porém, que as razões de natureza processual fazem a balança pender definitivamente para o Legislativo.

O consenso quanto à adequação da tomada de decisões por determinados indivíduos e procedimentos, seja qual for seu desfecho, é o que jaz na base de teorias sobre a legitimidade política. Em face disso, para revestir-se de legitimidade, o jurista sustenta que as instâncias decisórias devem estar aptas a responder duas perguntas formuladas por indivíduos que discordam do conteúdo de suas decisões: primeiramente, (a) por que o grupo de pessoas que integra essa instituição detém o privilégio de decidir questões que afetam o próprio sujeito e, talvez, milhares de outros?; em segundo lugar, se devidamente respondida a pergunta anterior, (b) por que o processo decisório prioriza determinada posição em detrimento de outras?<sup>121</sup>

WALDRON assevera que os regimes democráticos permitem às legislaturas responder facilmente a primeira questão: o privilégio de que gozam os parlamentares deriva de processos eleitorais regulares em que todos os participantes são tratados de forma equânime. A solução para o segundo quesito reside no consenso de que é justo o emprego do critério majoritário para fins de determinação de qual opinião deve prevalecer<sup>122</sup>.

Dirigidas as mesmas perguntas ao Poder Judiciário nota-se alguma dificuldade. Quanto à primeira questão, comparativamente, alegar que a legitimidade dos membros da cúpula do Judiciário decorre indiretamente do fato de que são nomeados e ratificados por autoridades submetidas ao processo eleitoral os coloca em desvantagem perante a legitimação e responsabilidade direta dos parlamentares para com seus eleitores. Além disso, não haveria justificativas para o uso judicial do critério majoritário para a construção de decisões pelos tribunais, órgãos colegiados, pois o método majoritário constitui exigência de justiça para que todas as posições representadas na deliberação parlamentar sejam consideradas com igual

---

<sup>120</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale law journal*, v.115, 2006, p. 1380-1384.

<sup>121</sup> Idem, *ibidem*, p. 1386-1387.

<sup>122</sup> Idem, *ibidem*, p. 1387.

peso. Todavia, não existe qualquer representação no campo judicial apta a justificar a adoção do mesmo critério<sup>123</sup>.

Veja-se que para WALDRON não se sustenta o argumento de que a possibilidade de reforma constitucional restaura o equilíbrio entre os poderes, ao fornecer um meio para que o Legislativo faça prevalecer seu ponto de vista. É que seria notória, ao menos na realidade norte-americana, a complexidade do procedimento, a ponto de praticamente inviabilizá-lo como opção<sup>124</sup>.

Sem embargo, o principal receio expresso por defensores do *judicial review* em relação às legislaturas é o de que, em função de seu compromisso com os posicionamentos sociais majoritários, o processo legislativo degenera-se em tirania da maioria.

Na concepção do jurista, porém, segundo a qual o vocábulo tirania assume o singular significado de denegação de direitos a indivíduos, o fenômeno está sujeito a ocorrer tanto no Legislativo quanto no Judiciário, pois ambos podem apresentar disfunções na regularidade de suas atividades. Ademais, não se olvide, que, numa discussão na qual estejam em jogo divergências quanto a direitos, os adeptos a correntes ampliativas, ou seja, favoráveis ao reconhecimento de direitos, tendem a enxergar em seus opositores tendências tirânicas<sup>125</sup>.

Para esclarecer a questão, WALDRON distingue maioria e minoria atuantes no processo decisório dos grupos majoritários e minoritários a que chama tópicos, isto é, sobre cujos direitos se delibera. Membros do grupo decisório não necessariamente serão integrantes do grupo tópico. Todavia, o paralelismo entre estes é o que tende a originar tiranias da maioria. Contudo, uma frequência acentuada desse alinhamento indica a ausência de um compromisso geral da sociedade para com a ideia de direitos individuais<sup>126</sup>.

A priori, nada há de tirânico no simples fato de que as opiniões de um indivíduo não prevaleçam no campo legislativo. Todavia, é de se reconhecer que, por vezes, injustiças podem ser fruto do processo decisório parlamentar, perpetradas quando se discriminam minorias, tolhendo-lhes seus direitos e as submetendo forçosamente à vontade da maioria<sup>127</sup>.

É por isso que WALDRON não hesita em reafirmar o caráter condicional de suas ponderações contra o *judicial review*. O faz porque, a depender das circunstâncias, a forma de solução provida pela jurisdição constitucional pode assumir alguma relevância. Vide a existência de preconceito difuso contra minorias ou grupos vulneráveis, incapazes de

<sup>123</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale law journal*, v.115, 2006, p. 1390-1392.

<sup>124</sup> Idem, *ibidem*, p. 1394-1395.

<sup>125</sup> Idem, *ibidem*, p. 1395-1396.

<sup>126</sup> Idem, *ibidem*, p. 1397.

<sup>127</sup> Idem, *ibidem*, p. 1398.

promover seus interesses perante instituições representativas. Há, nesses casos, uma carência de proteção especial que apenas instâncias não eletivas, como o Judiciário, podem providenciar, em função do pernicioso alinhamento entre minorias e maioria tópicas e as integradas no processo político decisório, prejudicando o devido funcionamento da atividade legiferante. O preconceito difuso gera hostilidade infundada frente aos membros desses grupos, ocasionando elevado despreço a seus direitos e interesses. Assim, quando a divergência sobre direitos assume contornos de irracionalidade, se dilui o compromisso social com sua preservação<sup>128</sup>.

Lembre-se que já se indicou ser a população homossexual alvo das referidas práticas discriminatórias. Assim sendo, evidencia-se um déficit de racionalidade na postura das instâncias representativas a seu respeito e, por conseguinte, uma inclinação a que suas demandas passem por análise mais ponderada em campos como o Judiciário.

Outros críticos da jurisdição constitucional concordam que, numa democracia, o Judiciário é parte indispensável na proteção de direitos fundamentais. Muitas vezes, sua irresignação diz respeito apenas à atribuição da última palavra em matéria constitucional aos tribunais, em detrimento das instâncias representativas. Em virtude da generalidade e abstração da linguagem constitucional, sustentam que nada seria mais recomendável que conferir ao próprio povo as escolhas decorrentes de direitos enunciados nas Cartas. Nesse sentido, orientam-se ELY e outros, no que DWORKIN considera a defesa de uma postura “passivista” das cortes perante os demais Poderes<sup>129</sup>.

Para HABERMAS, dentro de uma perspectiva procedimental de ordem jurídica, não caberia aos tribunais o referendo de vontades políticas, construindo normas, mas a defesa do processo democrático, âmbito adequado à formação e à consolidação da opinião pública<sup>130</sup>. TUSHNET, por sua vez, assinala que a jurisdição constitucional desmerece qualquer interpretação que se faça além das cortes, cujo valor será nulo, salvo se adotada pelos próprios tribunais<sup>131</sup>.

MAURO CAPPELLETTI, em contrapartida, questiona a veracidade da crença nos atos emitidos pelo Legislativo como expressão da vontade popular, vez que, embora eleitos para o exercício do mandato na condição de representantes do povo, as vicissitudes da política exigem dos parlamentares o estabelecimento de consensos, acordos, renúncias e

<sup>128</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale law journal*, v.115, 2006, p. 1403-1404.

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 442.

<sup>130</sup> HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado Nacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 103.

<sup>131</sup> TUSHNET, Mark V. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, passim.



compromissos, de forma que o resultado final, com frequência fruto de negociações entre grupos opostos, não representa as pretensões da maioria, nem da minoria – sejam elas tópicas ou representativas<sup>132</sup>.

À luz de uma perspectiva pragmática, convergem as opiniões no sentido de que o acréscimo no grau de importância e atuação do Judiciário pode não sinalizar a falência do Estado democrático; pelo contrário, simboliza a sedimentação da democracia nos Estados constitucionais, a partir da inserção de instâncias tradicionalmente afastadas de sua ideologia. O maior exemplo do fortalecimento promovido pelo ingresso do judiciário em questões centrais à vida social, adiante-se, é colhido justamente da proteção jurídica conferida às minorias, que, no clássico projeto democrático, se encontram à mercê da vontade majoritária, em risco de supressão de suas garantias e direitos fundamentais. A função judicial, nesses termos, perfaz as condições necessárias ao controle de discrepâncias, abusos e omissões perpetradas pelos tradicionais órgãos políticos do jogo democrático, num Estado que acolhera a supremacia da Constituição como sustentáculo<sup>133</sup>.

### 2.3.2. Brasil pós-1988 e o controle de constitucionalidade

Diante dessas ponderações e, principalmente, da ciência de que a jurisdição constitucional assume contornos específicos e variada relevância institucional a depender da conjuntura político-social em que se insere, cabe seu confronto com a realidade brasileira pós-Constituição Federal de 1988.

Um traço marcante diferencia, desde logo, o controle de constitucionalidade pátrio daquele desenvolvido há mais de dois séculos pelas cortes norte-americanas: nos Estados Unidos, a prática é fruto de construção jurisprudencial, consolidada no emblemático caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte; ao passo que o instituto pátrio, apesar de inspirado no primeiro, tem fundamento constitucional expresso e reiterado nas Cartas brasileiras – previsto pela primeira vez na Constituição de 1891, repetiu-se nas seguintes, sendo reafirmada no Texto de 1988 a competência de juízes para apreciar a constitucionalidade de atos normativos, bem como delegando-se ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição da República.

<sup>132</sup> CAPPELLETTI, Mauro apud VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 34.

<sup>133</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Ibidem*, p. 32-33.

Certamente, o *judicial review* brasileiro não se justifica exclusivamente em virtude de sua previsão constitucional. Todavia, como bem lembra CORRÊA PINTO, a opção popular nesse sentido, materializada na Lei Maior, constitui fundamento democrático ausente no modelo norte-americano. Esse argumento, entretanto, não afasta o necessário diálogo institucional a ser mantido entre os Poderes da República, para que permaneça íntegra a delicada harmonia que os permeia<sup>134</sup>.

Cabe lembrar que se tem na rigidez constitucional um parâmetro para a aferição do grau de imutabilidade das conclusões judiciais. Isto é, a simplicidade em se alterar a Constituição acarreta o enfraquecimento do controle de constitucionalidade, intensificando o diálogo entre os Poderes<sup>135</sup>.

Tome-se como exemplo, para fins de comparação, a Constituição dos Estados Unidos da América, em vigor desde 1787 e emendada apenas vinte e sete vezes desde então. Apropriando-se das palavras de TONI M. FINE, pode-se afirmar que “o processo de emendas à Constituição dos Estados Unidos, definido no seu artigo V, é extremamente rígido e foi efetivado poucas vezes em mais de duzentos anos de história da lei maior do país”<sup>136</sup>.

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, vigente há pouco mais de duas décadas, teve promulgadas, até o presente momento, setenta e uma emendas constitucionais e seis emendas revisionais. Note-se que, ao contrário da realidade norte-americana, o procedimento pátrio de reforma envolve apenas o Poder Legislativo federal. Para tanto, exige-se aprovação pelo quórum qualificado de três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Lembre-se, ainda, que o rol de legitimados para iniciar o processo de emenda é bastante amplo, embora não inclua previsão de iniciativa popular.

O volume de reformas constitucionais operado pelo constituinte derivado brasileiro revela a baixa complexidade do procedimento de emenda à Carta pátria. Assim, viabiliza-se, num intervalo relativamente breve, a réplica legislativa a decisões judiciais referentes ao teor da Constituição<sup>137,138</sup>.

---

134 PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Direito Público**. Porto Alegre, v. 31, p. 25-57, 2010, p. 48.

135 Idem, ibidem, p. 49.

136 Afinal, a Carta norte-americana exige que, para a propositura de emendas, é necessária a manifestação de dois terços de ambas as casas do Congresso ou formação de convenção especialmente destinada a este fim, mediante pedido de dois terços dos estados. Em ambos os casos, sua validade dependerá da ratificação de três quartos dos estados ou das convenções reunidas em três quartos deles. FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 20.

137 PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade, op. cit., p. 50.

138 Colhem-se exemplos dessa tendência na curta história do novo texto constitucional: (a) em 2002, o STF sedimentou a chamada “verticalização” das coligações eleitorais, todavia, quatro anos após, promulgou-se a

Tais circunstâncias sugerem que o sistema constitucional brasileiro posterior a 1988 não enveredou no caminho de uma absoluta supremacia judicial, na vertente forte do *judicial review*. CORRÊA PINTO assevera que, tendo em vista a dinâmica do relacionamento entre os Poderes representativos e o Judiciário, se poderia falar, no máximo, numa jurisdição constitucional de caráter moderado. Contudo, a Constituição Federal reserva um aspecto especialmente polêmico no que toca ao controle de constitucionalidade: a existência das chamadas cláusulas pétreas, normas integrantes do texto constitucional insuscetíveis de abolição pelo poder constituinte reformador. Sua consequência mais controversa é a autorização para que o Judiciário declare inconstitucionais até mesmo emendas à Carta, caso entenda que visem à supressão destes dispositivos. Percebe-se, porém, que poucas vezes o Supremo Tribunal se valeu dessa prerrogativa, adotando, normalmente, postura contida<sup>139</sup>.

No que concerne à primeira condição aventada por WALDRON, vale ressaltar que a crise de representatividade vivenciada pelo Poder Legislativo no Brasil lança sérias dúvidas quanto à caracterização da legislatura no que se poderia considerar regular funcionamento<sup>140</sup>. Essa é, inclusive, uma das razões que explicam o já descrito fenômeno da judicialização das relações sociais. Além disso, assinala-se que as alternativas já existentes ao constitucionalismo forte, enaltecidas pelos críticos do *judicial review* por, sem extirpar completamente a atividade judicial de interpretação da Constituição, devolverem às instâncias políticas a palavra final, são oriundas de nações tradicionalmente vinculadas ao *common law*, com um histórico de reverência às instituições legislativas representativas – hábito esse não consolidado na cultura nacional<sup>141</sup>.

É certo que a Carta de 1988 ampliou significativamente o rol de garantias e direitos fundamentais, com vistas à estruturação de uma sociedade plural, livre e solidária,

---

Emenda Constitucional nº 52, que conferiu nova redação ao art. 17, § 1º, da Constituição Federal e extinguiu a regra que determinava a vinculação entre coligações de âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, superando, portanto, a decisão judicial; (b) de forma similar, até o advento da Emenda Constitucional nº 29/2000, prevalecia o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que eram inconstitucionais as leis municipais instituidoras de IPTU progressivo em razão do valor do imóvel – possibilidade incluída expressamente no art. 156, § 1º, da Constituição.

<sup>139</sup> PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. *Supremacia judicial e controle de constitucionalidade*. **Direito Público**. Porto Alegre, v. 31, p. 25-57, 2010, p. 53.

<sup>140</sup> Pesquisa realizada pelo instituto Datafolha nos meses de agosto de dezembro de 2012, mediante dados coletados de 2.588 entrevistas, em 160 municípios, corrobora esse entendimento. Apurou-se o nível de confiança do Brasileiro na Presidência da República, no Supremo Tribunal Federal, no Congresso Nacional, nos partidos políticos e na imprensa, classificando-o nos seguintes graus: “confia muito”, “confia um pouco” e “não confia”. Curiosamente, enquanto aproximadamente 50% dos entrevistados afirmaram confiar um pouco no STF e por volta de 30 % declararam não confiar neste, o Congresso Nacional amargou índices de quase 40% entrevistados anunciando que confiam um pouco na instituição e perto de 55% que expressaram não confiar na cúpula do Legislativo. Para maiores informações concernentes à pesquisa, acessar <[http://datafolha.folha.uol.com.br/folha/datafolha/tabs/int\\_voto\\_presidente2014\\_avaliacao\\_inst\\_14122012.pdf](http://datafolha.folha.uol.com.br/folha/datafolha/tabs/int_voto_presidente2014_avaliacao_inst_14122012.pdf)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

<sup>141</sup> PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. *Supremacia judicial e controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 54.

depositando nos poderes do Estado a responsabilidade por sua implementação. O ineditismo do constituinte, contudo, tornar-se-ia vazio se desprovido de meios aos quais se socorrer quando os representantes do povo revelassem desídia na concretização do catálogo de direitos fundamentais, fazendo tábula rasa de suas disposições.

Com efeito, a jurisdição constitucional preenche o vácuo ocasionalmente existente na clássica tripartição de poderes, em relação à efetivação do referido catálogo de direitos, quando do descaso pelos demais poderes. Ofício esse de inestimável valor a grupos que, como os homossexuais, não detêm força política ou articulação social suficiente para, amparados nos princípios e valores constitucionais, proteger seus interesses perante instâncias submetidas à vontade majoritária. Adquirem, assim, os direitos fundamentais dupla serventia: orientar a atividade do Estado e constituir barreira à vontade das eventuais maiorias de suprimi-los ou ignorá-los<sup>142</sup>.

### 2.3.3. A função contramajoritária da jurisdição constitucional

Embora seja verídico que, no conceito empregado por WALDRON, decisões possam assumir caráter tirânico, seja quando proferidas por cortes ou parlamentos, se oculta o fato de que, exatamente por não se atribuir aos magistrados o *accountability* a que se submetem os legisladores, há uma propensão maior de que estes tomem decisões tirânicas favoráveis à maioria, alijando minorias de seus direitos. Juízes, afinal, não respondem a um eleitorado da forma como fazem membros do parlamento, sobre os quais recai a responsabilidade de encampar posições políticas de seus representados. Logo, a princípio, haveria maior imparcialidade judicial frente a pressões do dualismo maioria-minoria para se proferir decisões referentes a direitos fundamentais controversos, fundadas em argumentação jurídico-constitucional.

É incontroverso que a legitimação majoritária do processo democrático não exclui a subrepresentação, no ambiente legislativo, de minorias e grupos vulneráveis discriminados. Essa condição resulta em estrita – e por que não nula, em algumas circunstâncias? – possibilidade de que, sem instâncias aptas à apreciação ponderada de suas demandas, não sujeitas ao jogo majoritário representativo, seus direitos sejam acolhidos ou concretizados, se submetidos ao escrutínio da maioria, mormente na existência preconceito de que sejam alvo,

---

<sup>142</sup> ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 101, v. 921, jul. 2012, p. 195.

como os homossexuais – hipótese em que, em razão do estigma, sua capacidade de coligação com outros grupos também é comprometida ou inviabilizada.

JORGE REIS NOVAIS presta relevante contribuição ao tema e, para tanto, apropria-se da ideia de DWORKIN de direitos fundamentais como trunfos que, tal como na disputa de um jogo de cartas, prevalecem à superioridade numérica. Assumem a posição de jogadores os sujeitos cujos direitos encontram-se ameaçados, detentores de trunfos, contrapostos ao Estado, representante democrático da vontade majoritária. Logo, ser titular de um direito fundamental, nesses termos, denota condição resguardada mesmo contra decisões tomadas em conformidade com o regular processo democrático<sup>143</sup>.

Em função da perspectiva de constante e inseparável tensão entre democracia e proteção dos direitos fundamentais, se origina a ideia de instâncias autônomas e independentes das pressões majoritárias, responsáveis pela guarda dos preceitos constitucionais e dotadas de poderes para restringir ou extirpar da ordem jurídica atos normativos com estes incompatíveis, segundo seu próprio juízo. Nesse sentido, os direitos fundamentais atuam como “uma área de competência negativa que o legislador democrático não pode invadir, ou só pode invadir condicionalmente e excepcionalmente”<sup>144</sup>.

Destacar a perspectiva de conflito entre os dois preceitos não implica, todavia, num regime constitucional, a imediata prevalência de posições políticas minoritárias sobre a vontade da maioria no campo judicial<sup>145</sup>.

É de se mencionar que a noção de direitos fundamentais como trunfos mescla-se à história do Estado Constitucional: herança do iluminismo e da consolidação de direitos individuais liberais oponíveis ao Estado, reflete-se ainda no próprio conceito contemporâneo de Constituição. Filia-se, em suma, ao dever de igual consideração e respeito dispensado pelo Estado a todos, bloqueando a apropriação estatal de visões de mundo particulares e sua imposição à população, em detrimento de concepções e projetos individuais de vida. É nestes termos que a questão se expõe em todas as suas cores: a impossibilidade de que maiorias conjunturais, em respeito à igual dignidade atribuída a cada pessoa, possam dispor dos direitos fundamentais daqueles que não compactuam com seus ideais<sup>146</sup>.

Assim o é pelo consenso existente, ao menos na tradição ocidental, em torno do igual valor intrínseco de que é dotada cada pessoa, donde se exige seja dispensado tratamento

---

<sup>143</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17-18.

<sup>144</sup> Idem, ibidem, p. 21-22.

<sup>145</sup> Idem, ibidem, p. 25-26.

<sup>146</sup> Idem, ibidem, p. 28-29.

com igual respeito e consideração e, por conseguinte, dispondo de igual liberdade. É desse espectro de atuação desimpedida, que irradia da dignidade humana, que se entende vital garantir o direito a que indivíduos possam determinar de forma autônoma os rumos e objetivos de suas vidas, independentemente de se aproximar ou não de padrões socialmente estabelecidos. A absorção desse valor pelo direito está na base da vedação jurídica à invasão e desfiguração desse campo de livre desenvolvimento da personalidade<sup>147</sup>.

Embora WALDRON exponha com precisão a divergência existente quanto a quais direitos as pessoas têm e qual sua amplitude, é patente a ausência de justificativas para crer que a posição da maioria em relação ao dissenso seja sempre ou com tal frequência correta que deva prevalecer irrestritamente. Eventualmente, poderá sê-lo. Outras vezes, a maioria agirá de forma tirânica ou irracional. Por se tratar de matéria jurídica tanto quanto política, a vitória da maioria em disputas relativas a direitos fundamentais jamais será fruto apenas de sua superioridade numérica, mas por coincidir com um juízo ponderado, de pessoas efetivamente comprometidas com a noção de direitos fundamentais, firmado à luz de uma teoria que considere aspectos jurídico-constitucionais, tais como a coerência interna do sistema e a importância dos bens em conflito no caso concreto, dispondo, ademais, de mecanismos para se evitar o decisionismo<sup>148</sup>.

Decerto, são importantes as críticas ao modelo consolidado do *judicial review*: não é desarrazoado afirmar que há, em relação a certas matérias, legítima divergência entre os sujeitos quanto à definição exata dos direitos que uma pessoa tem e, além disso, quais seus desdobramentos e amplitude. Por conseguinte, é preciso definir-se a forma de decisão de tais impasses. Importa demonstrar, assim, o motivo pelo qual a adoção da ideia de direitos fundamentais como trunfos requer a possibilidade de tomada de decisões a seu respeito por instâncias autônomas e independentes, ao invés de submetê-los irrestritamente ao clássico método majoritário representativo<sup>149</sup>.

A princípio, e na esteira dos argumentos apresentados por WALDRON, revelar-se-ia mais conveniente atribuir a decisão quanto ao conteúdo e limitabilidade de direitos fundamentais às instâncias representativas de uma democracia, como o parlamento ou assembleias, em prestígio à ampla e equânime participação política. Contudo, salvo em sociedades que atendessem às não tão factíveis condições propostas pelo autor, é evidente que, sob um enfoque pragmático, tratar-se-ia também do caminho mais curto para que o

---

<sup>147</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 30-31.

<sup>148</sup> Idem, ibidem, p. 33.

<sup>149</sup> Idem, ibidem, p. 37.

processo decisório se alinhasse ao entendimento dos grupos majoritários e, assim, conforme leciona NOVAIS, se anulasse o

(...) conteúdo emancipador desse mesmo direito à igualdade, já que o problema só surge, precisamente, quando essas posições dominantes se enquistam no não reconhecimento da igual dignidade de concepções, grupos ou indivíduos isolados, minoritários ou mais débeis, mas o fazem num contexto e ao abrigo da observância das regras procedimentais democráticas<sup>150</sup>.

É evidente, entretanto, que essa perspectiva otimista de democracias equilibradas, equitativamente participativas e compromissadas com os direitos não encontra respaldo na realidade complexa de boa parte das sociedades contemporâneas heterogêneas – sobretudo no Brasil –, que reproduzem em suas assembleias representativas inúmeros conflitos de ordem cultural, étnica, religiosa, ideológica ou política, em discussões que nem sempre cingem discordâncias racionais e de boa-fé ou revelam um objetivo comum de composição em prol do compromisso comunitário com os direitos fundamentais<sup>151</sup>. Mais crítica, ainda, seria a submissão direta dos direitos controversos, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ao escrutínio popular, mediante plebiscitos ou referendos – evidente, nesse caso, o risco de que maiorias concretizem seu desprezo em face das minorias<sup>152</sup>.

NOVAIS também considera falho o argumento de WALDRON por resumir o desacordo sobre direitos às categorias de conteúdo e alcance. Afirma que, num primeiro momento, enfrenta-se a discordância no plano da existência de um direito. A dimensão seguinte, porém, trata da definição de seu conteúdo nuclear, para, só então, se adentrar a amplitude e soluções a potenciais colisões com valores jurídicos igualmente protegidos. O passo derradeiro é o da concretização e averiguação de viabilidade fática. O dissenso, lembra NOVAIS, se faz presente em todos os níveis mencionados. Assim, firmar acordos em torno de tais questões se torna tarefa mais complexa, tendo em vista a sobreposição de dimensões de divergência, das quais nem sempre participa o Legislativo<sup>153</sup>.

Certamente, não se está a propor a vedação de que legislaturas deliberem sobre ou no sentido de pacificar direitos controversos, até porque, é cediço que direitos fundamentais aceitam algum grau de limitação. É uma característica inerente à própria ideia de direitos fundamentais, como preceitos de natureza geralmente principiológica incorporados à ordem

<sup>150</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 40.

<sup>151</sup> Idem, ibidem, p. 40-41.

<sup>152</sup> 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. 225-227.

<sup>153</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria, op. cit., p. 43-44.

constitucional e, portanto, dotados de um âmbito de manejo sem que se desnature seu núcleo essencial. É o que torna possível compatibilizar o regime democrático e o Estado Constitucional.

Daí não se infere que todo e qualquer interesse seja um potencial limite a direitos fundamentais. Para tanto, deve superar critérios rígidos, impostos pela Constituição. De início, em respeito à noção de trunfos, a justificativa da limitação não pode remeter à imposição de visões de mundo particulares perante as demais. Deve fundar-se, ainda, na efetivação de outros direitos e garantias, que se orientem em sentido contrário. Ademais, há de se verificar a conformidade e harmonia da restrição com o sistema de princípios e valores promovido pela Carta. Por fim, exige-se a apreciação concreta do peso dos bens em disputa, tendo em vista os reflexos da prevalência de cada um, para se chegar à solução que menos implique mitigação de garantias fundamentais<sup>154</sup>.

Não há dúvidas de que legislaturas forneçam razões para suas decisões políticas. Contudo, é pelo distanciamento que se exige do Judiciário desses mesmos fundamentos políticos que um povo opta por introduzir a jurisdição constitucional em sua Lei Fundamental – por crer na necessidade de que certos impasses sejam passíveis de reapreciação por órgãos afastados destas paixões.

Por óbvio, o modelo judicial de arbitramento do desacordo não torna o sistema jurídico incólume a degenerações. Um dos grandes riscos reside numa provável parcialidade da Corte Constitucional, geralmente advinda da manipulação pelas autoridades responsáveis do processo de indicação e aprovação de seus integrantes. Observe-se que, nos Estados Unidos, houve uma inversão na tendência da Suprema Corte, no decorrer de sua existência, de uma postura mais liberal para um maior conservadorismo. Assim também se modificou o teor das críticas ao *judicial review*. Quando o perfil político e moral dos juízes se torna condição para sua nomeação, periclita a própria defesa da ordem constitucional que lhes compete, particularmente dos direitos fundamentais.

Por outro lado, um Judiciário demasiadamente proativo, numa sociedade eivada de disfunções em suas instâncias representativas, pode comprometer a recuperação das instituições democráticas. É que a perspectiva de inevitável análise e decisão judicial de matérias controversas pode ser tomada como álibi pelas instâncias legislativas, que preferem se omitir a ter de arcar com os custos políticos da deliberação, transferida ao Judiciário<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 54-56.

<sup>155</sup> TAVARES, André Ramos. Minorias e Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 27-28.



#### **2.3.4. Democracia e jurisdição constitucional: uma síntese**

Todas as considerações acima expostas permitem, por ora, que se chegue a algumas conclusões. Primeiramente, vê-se que o ideal clássico de tripartição de Poderes num Estado democrático encontra-se de certa forma superado, com a ascensão do constitucionalismo. Nesse contexto, tem-se ciência de que há ocasiões em que a atividade parlamentar, canalizando a vontade de maiorias conjunturais, violará frontalmente dispositivos da Constituição ou, ainda, negar-lhes-á efetividade, enquanto permanece inerte em sua regulamentação. Para tais casos simples, o exercício da jurisdição constitucional revela-se importante instrumento de manutenção da força normativa da Carta e de garantia à vontade democrática primordial nesta expressa.

É patente, entretanto, a existência de casos nebulosos, cuja solução é obscurecida em função de diferentes graus de divergência existentes numa sociedade a respeito da delimitação do conteúdo de direitos constitucionais reconhecidos e do que acarretam. Nessa situação se enquadra a luta dos movimentos em defesa dos direitos de homossexuais. A definição da instância responsável pela arbitragem deste desacordo é questão que suscita bastante polêmica, uma vez que as decisões implicam juízos de valor que, se realizados por órgãos judiciários, esbarram na falta de legitimidade democrática de seus integrantes. Ademais, não haveria qualquer segurança de que decisões desse tipo alcançariam melhor desfecho no âmbito judicial ou legislativo.

Por um lado, é de se imaginar que, em sociedades marcadas por tais divergências, o argumento democrático recomendaria delegar escolhas quanto a direitos às instâncias legislativas, desde que as instituições representativas e judiciárias funcionem a contento e o ideal de defesa dos direitos e liberdades fundamentais esteja fincando no imaginário popular – carecendo de expressividade as tendências discriminatórias irracionais, favoráveis à opressão de minorias. É o que se espera de uma sociedade em que a implementação de direitos fundamentais seja compreendida como dever compartilhado por todos os três poderes.

Doutro ponto de vista, uma atuação degenerada dos órgãos representativos ou o alinhamento da maioria de seus membros com setores sociais descompromissados com o resguardo dos direitos fundamentais desaconselha que juízos como o citado se realizem em casas legislativas. Requerem-se, desse modo, instâncias independentes, como as judiciais, que, quando acionadas, tenham competência para, à luz de dispositivos constitucionais,

mesmo que controversos, revisar os atos normativos elaborados ou a omissão em fazê-los e, por conseguinte, proferir a última palavra em sua interpretação.

A relevância da via judicial é acolhida de forma mais pacífica ao menos em um caso: a proteção de minorias, especialmente, aquelas cujos membros são vítimas de preconceito socialmente difundido, capaz de tornar irracional o debate popular concernente a seus direitos fundamentais. Se o Legislativo tende, nesse caso, a assimilar a hostilidade popular em relação a estes indivíduos, não lhes cabe outra saída para assegurar seus direitos, senão recorrer ao Poder estatal mais distanciado dos mecanismos representativos: o Judiciário. Isto porque posturas discriminatórias rompem o pressuposto democrático mais básico: o de que todas as pessoas são iguais em dignidade, merecendo o mesmo respeito e consideração.

Certamente, a conveniência do controle judicial de constitucionalidade mostra-se tão condicional quanto sua atribuição ao parlamento: se desviado de sua missão por patologias quaisquer que desorientem a apreciação ponderada e justa dos direitos, as instituições judiciárias tornam-se tão inaptas quanto as legislativas, cujos erros deveria sanar. Nesse caso extremo, os grupos cujos direitos se têm suprimido veem-se de mãos atadas, sem uma instância estatal em que se ancorar.

Há, porém, uma última dificuldade relativa ao poder Judiciário. Diz respeito aos modos de se prevenir que o juiz, ao examinar casos controversos, se pautem num reles voluntarismo. Afinal, em matéria de direitos sobre os quais perseveram divergências, só se delegaria à Justiça sua apreciação se demonstrada e fundamentada a aptidão judicial para abordá-los com seriedade, isenção e coerência – elementos indispensáveis ao reconhecimento social da instância como legítima para a solução de controvérsias.

A rejeição à plena discricionariedade interpretativa dos magistrados é, portanto, indispensável a uma teoria acerca das decisões judiciais. A validade do direito que proferem, afinal, não pode se fundar em arbitrariedades. Como bem assinala STRECK: “A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento”<sup>156</sup>.

Nesse sentido, entende-se que a hermenêutica filosófica permite a resolução concreta dos problemas postos. Após a derrocada de Estados totalitários ao longo do século XX, seria impensável que, ampliado o paradigma democrático, se mantivesse uma

---

<sup>156</sup> STRECK, Lênio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011, p. 10. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/561/373>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

dependência, em termos de exercício do poder, do voluntarismo judicial. Os limites impostos pela hermenêutica atendem a essa demanda. A irracionalidade que seus críticos lhe atribuem, lembra STRECK, pauta-se num conceito moderno de “racional” baseado na construção e aplicação de métodos. O relativismo irracional, em verdade, reside na confiança irrestrita em procedimentos como inibidores da vontade, desconsiderando-se, como já se disse, a discricionariedade do sujeito responsável por manuseá-los<sup>157</sup>.

Na perspectiva de STRECK, o que deve ser sedimentado é a inviabilidade da fixação do sentido concreto das normas jurídicas pelo livre juízo do sujeito empenhado na atividade interpretativa. Ou seja, deve-se afastar a relação sujeito-objeto para se esclarecer que a delimitação do sentido não está à disposição de um intérprete armado de poder discricionário<sup>158</sup>.

Uma teoria hermenêutica nos moldes que STRECK busca empreender, portanto, não pode se desvencilhar dos seguintes aspectos: (a) o caráter prospectivo ou programático do direito no paradigma do Estado Constitucional, que, ao invés de suceder à realidade fática, se adianta, apontando os rumos e objetivos a serem perseguidos – tome-se como exemplo típico a Carta de 1988; (b) a necessidade de um novo olhar a respeito das fontes do direito, tendo na Constituição seu nascedouro, razão pela qual incabível falar-se em normas válidas cujo teor contrarie disposições, valores e princípios constitucionais; (c) a superação da dependência entre os âmbitos do direito e da moral, uma vez que a cogência é atributo apenas de normas jurídicas, cujo conteúdo moral se agrega tão somente por opção legislativa – portanto, a leitura do intérprete há de se pautar em diretrizes jurídico-constitucionais, não convicções morais próprias; (d) a autonomia do direito perante outras esferas, como a econômica ou política, não obstante repouse nestas o fundamento fático que fomenta a elaboração de normas; (e) a impossibilidade de, no atual paradigma, se atribuir à figura isolada do magistrado a responsabilidade de decidir, com discricionariedade, os chamados casos difíceis ou *hard cases* – é indispensável que os atos decisórios sejam fundamentados e se atente à coerência interna do sistema jurídico e de sua trajetória histórico-institucional; (g) interpretação e aplicação não se dissociam, sendo o ato interpretativo uma prática social da qual fazem parte os diferentes sujeitos de uma sociedade aberta, na concepção de HÄBERLE; (h) a proposta de ruptura com um modelo de exclusividade judicial da interpretação ocasiona

---

<sup>157</sup> STRECK, Lênio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011, p. 16. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/561/373>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

<sup>158</sup> Idem, *ibidem*, p. 22-23.

também a superação da relação estrita sujeito-objeto, visto que, acolhida a intersubjetividade, abre-se o “caminho para a democracia”<sup>159</sup>.

Com este escopo, recorre-se mais uma vez à lição de DWORKIN, a quem STRECK também faz remissão, porquanto sua teoria parte de um olhar pragmático da realidade, para sugerir os limites à atividade judicial interpretativa.

### 2.3.5. O direito como integridade: uma alternativa ao voluntarismo judicial

DWORKIN expõe três concepções completamente distintas do direito – o convencionalismo, o pragmatismo jurídico e o direito como integridade –, cuja divergência central diz respeito ao que cada uma assume como melhor forma ou postura que a prática jurídica de uma comunidade pode adotar a fim de atingir seu escopo. O teste derradeiro destes três posicionamentos dá-se perante os considerados casos difíceis, principalmente quanto à possibilidade de ampliação dos padrões normativos frente a situações controversas<sup>160</sup>. Para os fins deste estudo, importa o confronto do convencionalismo com o direito como integridade, razão pela qual não serão tecidas considerações acerca do pragmatismo jurídico.

Uma ideia tem especial relevância na compreensão e distinção destas concepções. Trata-se da noção de vinculação às decisões políticas do passado que definem o que é o direito e autorizam expressamente a coercitividade típica das normas jurídicas.

O convencionalismo tem grande apreço por esta ideia e busca elucidar a melhor forma de se extrair o conteúdo explícito e incontroverso das decisões políticas pretéritas. Segundo essa visão, o direito se sujeita a um tipo específico de convenções sociais, as convenções jurídicas, principalmente aquelas que determinam a quem cabe a tarefa de elaboração legislativa e o procedimento a ser seguido<sup>161</sup>.

DWORKIN explica que:

Uma convenção existe quando as pessoas seguem certas regras ou máximas por razões que incluem, essencialmente, suas expectativas de que outros seguirão as mesmas regras ou máximas, e seguirão regras por esse motivo quando acreditarem que, considerados todos os fatores, ter uma regra estabelecida é mais importante do que ter qualquer regra em particular<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> STRECK, Lênio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011, p. 27-30. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/561/373>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 118-124.

<sup>161</sup> Idem, ibidem, p. 141-142.

<sup>162</sup> Idem, ibidem, p. 177.

Repare-se que, na perspectiva convencionalista, o direito nunca poderá ser compreendido como um sistema fechado ou completo, visto que, diante de casos inéditos, não alcançados pela literalidade das convenções estabelecidas, não há se falar em qualquer pretensão jurídica digna de tutela. Toda decisão nesse campo dar-se-ia ao sabor da mais pura discricionariedade. Somente para ocorrências futuras tais situações poderiam comportar pretensões tuteláveis, após aprovadas pelos procedimentos convencionalmente acordados na comunidade. Desse modo, essa postura pressupõe (a) o respeito dos magistrados às convenções, estejam eles de acordo ou não com seu conteúdo; e (b) a inexistência de direito para além do previsto nas convenções ou destas extraído mediante técnicas também convencionalmente reconhecidas<sup>163</sup>.

A corrente pura do convencionalismo anui, portanto, à existência de vácuos normativos, campo no qual os juízes não deveriam fingir descobrir normas jurídicas implícitas aplicáveis à espécie, porque elas simplesmente inexistem<sup>164</sup>.

Decerto, mesmo quando são obrigados a atuar no que consideram um vazio de previsões jurídicas, o juiz convencionalista, como qualquer outro indivíduo integrado no processo construtivo do direito, buscar manter a coerência entre aquilo que elabora e as normas, valores e princípios jurídicos já estabelecidos, para que, ao menos, o conjunto de padrões mantenha-se funcional. É o que DWORKIN denomina coerência estratégica<sup>165</sup>.

Há, contudo, um segundo tipo de coerência, ao qual o convencionalismo não se vincula. Trata-se da coerência de princípio, a qual implica que os padrões jurídicos, inclusive os oriundos da atuação judicial, remetam à ideia de um sistema jurídico dotado de uma concepção una e harmônica de justiça. Rejeitada por adeptos do convencionalismo, juízes adeptos à ideia de direito como integridade dão especial atenção à coerência de princípio, aceita como fonte de direitos – razão pela qual defendem a existência de direitos para além dos explicitamente convencioneados em decisões políticas do passado, decorrendo dos princípios que a estas subjazem e as justificam<sup>166</sup>.

Ao se preocupar excessivamente com a previsibilidade do direito, o convencionalismo fracassa por não conseguir explicar a maneira como as práticas jurídicas se desenvolvem e se transformam ao longo do tempo. É uma visão que destitui o sistema jurídico de boa parte de sua flexibilidade<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 143-144.

<sup>164</sup> Idem, *ibidem*, p. 154-156.

<sup>165</sup> Idem, *ibidem*, p. 162.

<sup>166</sup> Idem, *ibidem*, p. 163-164.

<sup>167</sup> Idem, *ibidem*, p. 182-183.

Enxergar o direito como integridade, por sua vez, potencializa a organicidade e capacidade de transformação do direito para se amoldar às transformações do mundo.

Uma virtude política à parte, a integridade toma a própria comunidade personificada como um agente moral, e, assim, não aceita a incoerência de princípio na atuação do Estado – quando decisões políticas se justificam isoladamente, mas seu conjunto é incapaz de representar um grupo coerente e articulado de princípios convergentes a um ideal de justiça<sup>168</sup>.

DWORKIN sustenta que:

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados<sup>169</sup>.

É por isso que, embora seja geral a anuência à ideia de equidade política e participação equânime no controle de decisões legislativas como virtudes do modelo democrático – as quais pressupõem necessária, no âmbito parlamentar, a conciliação, a fim de que se discutam e se resolvam matérias de natureza moral –, questões eminentemente de princípio não deveriam se sujeitar às soluções conciliatórias. Seria inadmissível, por exemplo, que temas como a discriminação racial dependessem de conciliação entre grupos favoráveis e contrários<sup>170</sup>.

Ocorre que a justiça não se afere somente pelos meios empregados, mas também pelos resultados efetivamente alcançados – e independentemente da equidade dos procedimentos, pode-se chegar, afinal, a tratamentos anti-isonômicos dispensados a determinadas pessoas, sem qualquer justificativa de princípio para isso<sup>171</sup>. Daí a necessidade de submissão destes impasses, por vezes, às Cortes Constitucionais.

Veja-se que, sob essa perspectiva, o direito analisado pelo juiz não se limita a uma apreciação de decisões políticas pretéritas, tampouco a atuar em prol de projeções futuras. A integridade requer o recurso a ambos, porquanto compreende o direito como um conjunto de práticas em contínuo desenvolvimento, dotado tanto de história quanto de expectativas e programas<sup>172</sup>. É nesse sentido que DWORKIN afirma que:

<sup>168</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 223-227.

<sup>169</sup> Idem, *ibidem*, p. 254-255.

<sup>170</sup> Idem, *ibidem*, p.216-217.

<sup>171</sup> Idem, *ibidem*, p. 219.

<sup>172</sup> Idem, *ibidem*, 2007, p. 271.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] <sup>173</sup>.

Aproximando direito e literatura, ambos práticas interpretativas construtivas, DWORKIN retrata a postura que a integridade requer dos juízes com ela compromissados: como nos romances em cadeia, em que um conjunto de autores escreve a obra sequencialmente, juízes se inserem no percurso do direito, que lhes exige contribuição pessoal em sua estruturação contínua. Cada um recebe capítulos já escritos por outras pessoas para, então, interpretando-os, redigir o seguinte. Há uma responsabilidade de continuidade da obra compartilhada por todos, como se a autoria fosse única. O autor empenhado na construção de seu capítulo deve ter capacidade de explicar, em linhas gerais, tudo o que seus antecessores fizeram, inserir sua parte e, ao fim, deixar margem criativa aos sucessores. Busca-se, portanto, a leitura que melhor se ajuste ao conjunto da obra, atualizando-a às luzes de seu tempo <sup>174</sup>.

Assinale-se que a integridade rejeita a existência de um momento em que o sentido e amplitude da norma jurídica se fixam para a posteridade. Decisões são tomadas em conjunturas específicas. Alterados os valores, contexto social e político, prender-se a sentidos anteriormente empregados seria anacrônico e a norma dificilmente lograria realizar sua finalidade pacificação social. É, afinal, a plasticidade emprestada aos padrões normativos, isto é, à forma como são lidos, que garante sua durabilidade e a organicidade do direito.

Pelas razões acima expostas, afigura-se a integridade como concepção do direito a ser apropriada pelas sociedades que adotam o modelo de Estado Constitucional, a exemplo do Brasil, e empregada com mais afinco por aqueles diretamente empreendidos na construção e renovação do ordenamento jurídico, dentre os quais, os membros da magistratura, em seu ofício de caráter marcadamente hermenêutico.

É sobre esses alicerces que deve se estruturar o argumento quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Para tanto, na esteira do que recomenda a integridade, vê-se a importância da atividade de compulsar os capítulos já preenchidos da história para se compreender a mutação do contexto familiar e a realidade de privação a direitos vivenciada por homossexuais, de fundo eminentemente discriminatório – como feito no capítulo anterior.

Revelada a necessidade de atuação incisiva, nesse caso, de instâncias contramajoritárias em prol da concretização de direitos fundamentais de que são privados os homossexuais, ante a remota probabilidade de que tais disfunções sejam corrigidas pelo

<sup>173</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

<sup>174</sup> Idem, *ibidem*, p. 276-278.

sistema democrático-representativo, resta encaminhar a análise do caso para que, diante da bagagem jurídica apreensível de imediato pelo julgador, se descortinem os princípios subjacentes à Constituição e, especificamente, ao Direito de Família, de forma a promover uma leitura sistemática e coerente do direito brasileiro acerca das demandas por reconhecimento dessa parcela da população.



## CAPÍTULO 3 – A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

### **3.1. Sociedades de fato ou sociedades de afeto: as uniões homoafetivas como uma questão de princípios**

O percurso histórico traçado até aqui permite compor um quadro em que figuram peças como a ininterrupta reinvenção do conceito de família e a existência de arraigado e persistente preconceito dirigido à homossexualidade, bloqueando sua absorção pelo campo semântico familiar, por considerá-la desviante ou antinatural. Ao lado, tem-se uma ruptura valorativa experimentada pelo direito brasileiro ao fim da década de 80, em virtude do intenso processo constituinte.

Os caminhos que conduziram à virada democrática consolidada pela promulgação da Constituição Federal de 1988 já foram amplamente demonstrados. Todavia, assumido um compromisso com a integridade, como preceito condutor do argumento que ora se estrutura, faz-se indispensável ao exame de questões controversas, a exemplo da presente discussão relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o resgate dos princípios fundamentais à nova ordem constitucional inaugurada.

Se há divergências quanto à caracterização das uniões homoafetivas como família e à extensão do casamento civil aos casais homossexuais, que se explicitem, de pronto, os argumentos de princípio que subjazem à discussão e que, segundo nosso entendimento, não podem ser excluídos da construção de um juízo definitivo acerca do tema – pressuposta aqui a necessidade de uma coerência interna ao sistema jurídico do tipo exigido pela integridade.

A Carta de 1988 facilita bastante a tarefa ao apresentar, logo em seu começo, os fundamentos da República Federativa do Brasil. Das disposições contidas em seu Título I, interessa, de início, uma em particular: a eleição da dignidade da pessoa como preceito basilar da nova ordem constitucional (art. 1º, III). É preciso compreender como a natureza multifacetada deste conceito traz toda sorte de implicações à presente discussão, visto se desdobrar em uma série de outros princípios constitucionais e justificar tantos outros direitos fundamentais.

Na sequência, interligado à consagração da igualdade no texto constitucional, tem-se como fundamental à República brasileira o pacto firmado com a promoção do bem de todos, rejeitando “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Apreciar tais aspectos do panorama jurídico pátrio é indispensável para se proceder a uma aproximação articulada e leitura coerente da disciplina civil-constitucional conferida à família. A apreensão harmônica da Constituição permite, enfim, que o intérprete, empregando-a como filtro, se debruce sobre o tratamento dispensado pela legislação civilista ao fenômeno familiar, para extrair de tudo o que explicitamente ou implicitamente decorre de seu sistema principiológico as normas necessárias à abordagem da demanda relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

### 3.2. Dignidade da pessoa humana e homossexualidade

Propôs-se iniciar o raciocínio deste capítulo lançando um olhar sobre a ideia de dignidade da pessoa humana, acatada expressamente pela Constituição de 1988. Mas o que se deduz desta expressão, isto é, qual seu significado?

O conceito não é uma particularidade do direito brasileiro, mas consiste em elemento nuclear do pensamento jurídico de inúmeros ordenamentos que se voltaram ao modelo de Estado Democrático de Direito. Faz parte do feixe ideológico disseminado no Pós-Guerra do século XX, elemento do pensamento pós-positivista, que substituiu uma antiga percepção patrimonialista do fenômeno jurídico, deslocando a figura humana para o centro das preocupações do direito<sup>175</sup>.

Ainda assim, a positivação desta ideia não esconde sua vagueza e delimitação imprecisa. As dificuldades em defini-lo derivam em grande medida de sua ambiguidade e do fato de ser compreendido como qualidade intrínseca a todo homem, mas, ao mesmo tempo, como o elemento identificador da própria humanidade de um ser – o que chega a ser tautológico, em termos de elucidação de seu conteúdo<sup>176</sup>.

Embora seja complexo moldar uma significação precisa em relação à dignidade da pessoa humana, é relativamente simples enumerar hipóteses em que seu conteúdo é violado – o que demonstra a concretude com que a noção é sentida e compartilhada na contemporaneidade. A dificuldade é pertinente, visto que o conceito de dignidade da pessoa humana não se conformaria à rigidez de conceitos fixos, por se tratar de ideia em incessante

---

<sup>175</sup> O protagonismo adquirido pelo ser humano após a Segunda Guerra Mundial explica a inserção de amplas declarações de direitos nos textos constitucionais, cuja justificativa se encontra na luta pela preservação da dignidade humana, tão espezinhada no período bélico, em que se revelou inócuo o modelo de ordenamento jurídico destituído de valores orientados à preservação do homem sobre todos os demais interesses.

<sup>176</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 48-50.

desenvolvimento, imbuída de um componente histórico e cultural. Logo, suas facetas só se revelam mediante constante revisitação pela prática jurídica constitucional<sup>177</sup>.

Ciente desses problemas, SARLET arrisca uma definição, a qual o próprio autor assume como tão provisória quanto exige a fluidez do termo, razão pela qual a submete reiteradamente a ajustes. Ainda assim, sua empreitada tem grande utilidade, por reunir sinteticamente os principais aspectos que se destacam na ideia de dignidade da pessoa humana. Confira-se:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida<sup>178</sup>.

Dispensa-se uma digressão detalhada quanto às raízes da noção de dignidade da pessoa humana, para não se desviar o foco da análise aqui promovida. Entretanto, cumpre frisar, como outrora já se mencionou pontualmente, a evidente relação do conceito com o pensamento kantiano, segundo o qual o homem, enquanto ser dotado de consciência, é um fim em si mesmo – nunca um meio. A máxima de Kant sugere a existência de um valor intrínseco ao ser humano, insubstituível, pelo que não há preço que se equipare<sup>179</sup>.

Ademais, em virtude da crença no igual respeito e consideração devidos a todo e qualquer ser humano, constata-se que a dignidade se expressa na condição de limite e de tarefa à sociedade e ao Estado. Em sua primeira modalidade, negativa, representa a barreira final à atuação da comunidade em face de um indivíduo, dado que, se vilipendiada, não subsiste para além da dignidade qualquer característica humana a que se respeitar. Ataca-se a humanidade em seu núcleo. Sua segunda expressão, positiva, gera, principalmente ao Estado, a responsabilidade de preservação da dignidade de cada indivíduo contra circunstâncias

---

<sup>177</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 52.

<sup>178</sup> Idem, *ibidem*, p. 73.

<sup>179</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-77.

atentatórias, bem como o dever de promovê-la, ampliando ao máximo suas possibilidades de manifestação<sup>180</sup>.

Essa duplicidade traduz-se também em diferentes dimensões da dignidade humana. Por um lado, manifesta-se como autonomia do homem livre e consciente para a tomada de decisões relevantes em sua vida, conduzindo-a de acordo com o conjunto pessoal de valores e prioridades<sup>181</sup>.

Pelo manejo dos direitos e faculdades que lhe são atribuídos, o sujeito torna-se apto a guiar seu próprio destino, em consonância à sua personalidade – o que, caso contrário, se comprometeria pela imposição de projetos de vida traçados a partir de bases valorativas com as quais alguém não compactua<sup>182</sup>.

Repare-se que a autodeterminação implica a busca pessoal por felicidade, isto é, o direito de que cada um, mediante suas próprias escolhas, empenhe-se na construção daquilo que lhe parece a melhor forma de vida possível. Felicidade, contudo, é uma noção deveras subjetiva. Pessoas diferentes adotarão caminhos diferentes a fim de alcançá-la. O que se mostra essencial, dessa forma, é o respeito mútuo às visões particulares de mundo, nesse processo em que se empenham todos os seres humanos, contanto que os meios empregados não prejudiquem outros indivíduos<sup>183</sup>.

Noutra perspectiva, a dimensão protetiva da dignidade da pessoa humana exige de todos membros da comunidade e do Estado empenho em se assegurar os interesses fundamentais daquele que se encontra desamparado, mesmo – e principalmente – quando a capacidade de autodeterminação lhe faltar ou se enfraquecer. É na incompetência para exercitar a autodeterminação humana que se requer o maior compromisso com a manutenção do valor intrínseco de indivíduos sem o necessário discernimento para perseguir suas prioridades<sup>184</sup>.

Diante desse contexto, como fica o resguardo da dignidade das pessoas homossexuais? Seu comprometimento é evidente diante da preponderância expressiva do projeto de vida estruturado nos cânones da heterossexualidade e papéis de gênero delimitados. Impõe-se cultural e socialmente, desde cedo, um formato existencial que destoa daquilo que

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 58.

<sup>181</sup> Idem, *ibidem*, p. 61.

<sup>182</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e direitos individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 315-333.

<sup>183</sup> 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. 146-149.

<sup>184</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, *op. cit.*, p. 61.

intimamente requer o afeto homossexual como condição à plena felicidade: uma conjugalidade estruturada na identidade de sexos.

Em geral, o preconceito social difuso em relação à homossexualidade suprime ou limita a liberdade destes indivíduos de maneira bem concreta. Os diplomas legislativos, relegando-os, à primeira vista, ao desamparo jurídico, retratam claramente esse intuito. É o que se deduz de uma regulação de institutos como o casamento ou a união estável que omite convenientemente a existência de casais constituídos em moldes diversos da família heterossexual. Tenta-se, desse modo, restringir ou dificultar a consecução do projeto de felicidade homossexual, como se isso resguardasse a supremacia de uma concepção de vida já predominante – resiste aqui a percepção de orientação sexual como desvio ou escolha, passível de correção pela imposição de óbices à sua vivência ou por coerção moral, física ou psicológica.

Infirmar a conjugalidade homoafetiva, desprestigiando-a como legítima opção de vida, corresponde à enunciação de que sujeitos homossexuais podem ter sua autodeterminação restringida, pois não lhes é devido respeito na mesma medida que às outras pessoas – quase como se houvesse uma hierarquia em termos de dignidade.

Vale lembrar, ainda, que a garantia e a promoção da dignidade da pessoa humana são primordialmente questões de princípio – para fazer uso do esquema argumentativo elaborado por DWORKIN. Assim, a expressão reporta a exigências de justiça, não podendo de maneira alguma ser tratada como mercadoria, bem ou benesse que se fornece a alguém por pena, altruísmo, utilitarismo, ou qualquer outro motivo. É por isso também que seus desdobramentos diretos não podem depender de conciliação legislativa. Admitir que se negocie a dignidade da pessoa humana acaba por desnaturá-la. Tratar-se-ia do maior disparate: ou a dignidade da pessoa humana é assumida como fundamental à ordem jurídica, ou negada – e, no primeiro caso, não há se falar em indivíduo mais ou menos digno de respeito e consideração.

Isso porque, como defende SARLET, os preceitos que figuram na Carta de 1988 sob título específico de princípios fundamentais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, assumem “a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional”<sup>185</sup>.

Nessa perspectiva, e à luz da integridade, o direito não se limita ao expressamente convencionalizado, mas alcança tudo aquilo que decorre do conjunto harmônico de princípios

---

<sup>185</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 75.

pressupostos pelas normas jurídicas elaboradas<sup>186</sup>. É por isso que, definida como princípio fundante da nova ordem constitucional que se inaugurou em 1988, a dignidade da pessoa humana passou também a fundamento e fonte de direitos e garantias assegurados na Carta, permitindo a dedução de direitos fundamentais mesmo que não explicitamente positivados no texto constitucional<sup>187</sup>.

Essa constatação é essencial à controvérsia que se tem aqui abordado em relação aos homossexuais. Para esses indivíduos, como parte do livre desenvolvimento de sua personalidade e autonomia, a realização pessoal é inseparável de sua forma de vivenciar o afeto, o que perpassa a possibilidade – lícita, adiante-se – de se relacionarem com pessoas do mesmo sexo. Crê-se, nestes termos, ser decorrência desta dimensão da dignidade um direito implícito à livre orientação sexual<sup>188</sup> – tese corroborada por FACHIN, para quem as garantias constitucionais de liberdade, vedação à discriminação, inviolabilidade da intimidade e da vida privada convergem para seu reconhecimento, “como um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária”<sup>189</sup>.

Aliás, reconhecimento é uma tônica neste tema. O caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana se expressa, afinal, na aproximação de indivíduos pelo reconhecimento recíproco de que são dignos de igual valor e merecedores, portanto, de respeito e estima equivalentes<sup>190</sup>. Essa perspectiva tem alguns desdobramentos importantes nos trabalhos de HONNETH e FRASER, que merecem ser pontuados.

### 3.2.1. Dignidade e reconhecimento

É por meio da recuperação do pensamento do jovem Hegel que HONNETH elabora sua teoria social relativa à dinâmica dos conflitos sociais. Para tanto, estabelece (a) que o processo de formação da identidade requer o reconhecimento recíproco advindo do encontro entre sujeitos que, de maneira complementar, adquirem a autocompreensão do eu como ente autônomo, possibilitando o desenvolvimento de um autorrespeito; (b) que existem

<sup>186</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 254-255.

<sup>187</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 52.

<sup>188</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 127.

<sup>189</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

<sup>190</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, op. cit., p. 67.

diferentes níveis de reconhecimento – o afeto, o direito e a eticidade –, os quais operam de forma diferenciada e trazem consequências específicas ao processo de individuação; e (c) que fazem parte deste movimento sucessivos conflitos intersubjetivos que resultam, em cada etapa, no reconhecimento de uma dimensão identitária ainda não confirmada. Pode-se inferir, a partir daí, a indispensabilidade do reconhecimento para que o sujeito logre edificar sua identidade, sua percepção do eu autônomo, o que, em sentido inverso, se vivencia no desrespeito das situações em que o reconhecimento é negado<sup>191</sup>.

Em uma comunidade, o reconhecimento típico das relações jurídicas diz respeito à formação da autocompreensão do indivíduo na qualidade de sujeito dotado de direitos, que devem ser observados por terceiros, e de deveres, os quais deve observar em seu trato para com os demais<sup>192</sup>. Sua importância, em termos de dignidade, reside no fato de que, a partir da modernidade, o direito requer seja encarado “como expressão dos interesses universalizáveis de todos os membros da sociedade, de sorte que ele não admita mais, segundo sua pretensão, exceções e privilégios”<sup>193</sup>.

Veja-se que é na identidade de valor de cada indivíduo que devem se basear as relações jurídicas. O reconhecimento de direitos a alguém, nessas circunstâncias, cumpre simultaneamente as exigências de promoção e resguardo da dignidade: o sujeito possuidor de direitos tem não apenas pretensões jurídicas oponíveis a terceiros para assegurar seus interesses fundamentais, mas também instrumentos para expandir sua capacidade de autodeterminação e seu horizonte de ação. Essas capacidades sofrem impacto direto quando ausente o respeito recíproco pela condição do eu como sujeito de direitos<sup>194</sup>.

Tem-se na eticidade outra dimensão do reconhecimento necessário à estruturação da personalidade, ligada, por sua vez, à ideia de estima. É uma necessidade pessoal que a sociedade reconheça ao indivíduo, com todas as suas particularidades, prestígio e estima, sem os quais fica comprometida a capacidade para se referir positivamente à sua forma de autorrealização. Note-se, porém, que essa etapa do reconhecimento só se perfaz numa comunidade que compartilha um conjunto mínimo de valores, à luz dos quais faz seu juízo quanto à adequação do projeto de vida adotado por alguém aos objetivos desta mesma sociedade<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 119-123.

<sup>192</sup> Idem, *ibidem*, p. 179.

<sup>193</sup> Idem, *ibidem*, p. 181-182.

<sup>194</sup> Idem, *ibidem*, p. 187-189.

<sup>195</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 206-207.

Este é um dos campos mais ferrenhos da luta pelo reconhecimento. Sabe-se que diversos grupos<sup>196</sup>, a exemplo dos homossexuais, experimentam diuturnamente a desvalorização coletiva da forma de vida de seus membros, que, por isso, têm de se empenhar continuamente para demonstrar suas capacidades e propriedades, a fim de promover sua reputação no imaginário popular<sup>197</sup>.

Os sucessíveis níveis de reconhecimento pelos quais o ser humano passa ao longo de sua vida são parte do processo construtivo de apreensão de seu valor individual, isto é, da consolidação de sua autoestima<sup>198</sup>. O inverso do reconhecimento é sua recusa, percebida como ofensa, desvalorização, rebaixamento ou desrespeito. Priva-se o indivíduo da aquiescência social à sua forma de autorrealização particular, com consequências negativas psicológicas e físicas as mais adversas, dentre as quais a perda do amor próprio e o potencial desenvolvimento de um sentimento de aversão por si mesmo<sup>199</sup>. Afinal, negar o reconhecimento é, em seu íntimo, uma rejeição à própria dignidade.

A negativa de reconhecimento dirigida à homossexualidade assume contornos bem específicos, uma das facetas do que se entende por homofobia. Seu fundamento extrai-se de uma ordem de valores ainda arraigada em grande parte das sociedades contemporâneas, dentre as quais a brasileira, firmada sobre noções de gênero historicamente sedimentadas e papéis culturalmente atribuídos a cada um destes – uma ordem moldada pelo heterossexismo, na qual a homossexualidade é tida por desviante.

Como em toda forma de desrespeito oriundo da rejeição ao reconhecimento, homossexuais também estão sujeitos aos efeitos nocivos da perda de sua autoestima. Integrada ao ambiente em que cotidianamente é confrontada com um modelo de vida e valores que condenam sua forma de autorrealização, a pessoa homossexual tende a internalizar as tendências homofóbicas socialmente reproduzidas, dando origem a uma aversão a si mesma. Em consequência, vivencia-se um sofrimento psíquico agravado pela rejeição aos próprios desejos e pelo sentimento de inferioridade. Sem dúvida, isso explica os altos índices de suicídio, depressão e demais distúrbios psicológicos presentes na população homossexual<sup>200</sup>.

<sup>196</sup> É o que ocorre com diversas minorias étnica e religiosas, por exemplo, e, hoje em menor grau que no passado, com os movimentos negro e feminista.

<sup>197</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais, op. cit., p. 207.

<sup>198</sup> Idem, ibidem, p. 210.

<sup>199</sup> Idem, ibidem, p. 218.

<sup>200</sup> Pesquisas norte-americanas apontam que, durante a adolescência, a propensão ao suicídio é três vezes maior entre jovens gays do que entre heterossexuais na mesma faixa etária. BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 100-102.



FRASER traz uma abordagem diferenciada ao tema ao propor uma concepção bidimensional de justiça, centrada na necessidade de condições paritárias para uma adequada interação entre os membros de uma sociedade. Para tanto, crê ser indispensável, por um viés objetivo, corrigir as falhas advindas de uma má-distribuição de recursos; e, sob o enfoque subjetivo, promover o reconhecimento do igual valor inerente a cada indivíduo, mediante a desconstrução de padrões culturais institucionalizados que atribuam prestígio e estima diferenciados a certos grupos em detrimento de outros. A participação paritária é condicionada à ação em ambas as frentes, embora, a depender da injustiça particular de que se trate, varie a importância da dimensão distributiva ou de reconhecimento<sup>201</sup>.

Evidente, que, em matéria de sexualidade, as injustiças sofridas por homossexuais vinculam-se eminentemente à ausência de reconhecimento, decorrente do *status* desigual que a ordem social impõe a esses indivíduos. A solução aos problemas, portanto, não pode se desvencilhar desta dimensão. Contudo, há implicações de natureza distributiva na luta por justiça das pessoas homossexuais que, a despeito de serem pouco ressaltadas e constituírem, de certo modo, desdobramentos da desigualdade de *status*, devem ser lembradas. Ao detalhar sua concepção bidimensional de justiça, FRASER expõe parte desses reflexos, especialmente na realidade norte-americana:

Nos Estados Unidos hoje, por exemplo, gays e lésbicas podem ser sumariamente dispensados de seus empregos civis e do serviço militar, têm negado o acesso a toda uma gama de benefícios assistenciais baseados na família, são desproporcionalmente sobrecarregados com despesas médicas, e estão em posição desvantajosa em relação às normas tributárias e sucessórias. São igualmente materiais os efeitos decorrentes do fato de que homossexuais não aproveitam a completude de direitos e proteção constitucionais disponíveis aos heterossexuais. Em muitas jurisdições, podem ser processados pela prática de atos sexuais consensuais; e em muitas outras, agressões a eles dirigidas podem permanecer impunes<sup>202</sup>.

No mesmo sentido, MARMELSTEIN enumera as vantagens de que são privados os homossexuais no Brasil, estando suas uniões afetivas descobertas de tutela jurídica:

<sup>201</sup> FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 181.

<sup>202</sup> FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler. **Social Text**, n. 52/53, 1997. p. 279-289, p. 282 (tradução nossa). No original: *In United States today, for example, gays and lesbians can be summarily dismissed from civilian employment and military service, are denied a broad range of family-based social welfare benefits, are disproportionately burdened with medical costs, and are disadvantaged in tax and inheritance law. Equally materials are the effects of the fact that homosexuals lack the full range of constitutional rights and protections enjoyed by heterosexuals. In many jurisdictions, they can be prosecuted for consensual sex; and in many more, they can be assaulted with impunity.*

Pessoas casadas ou vivendo em união estável heteroafetiva recebem do estado vários direitos que não são estendidos a pessoas solteiras e, até então, não eram estendidos a casais homoafetivos. A possibilidade de deduções no imposto de renda é maior; há o direito de recebimento de pensão de morte quando houver o falecimento de um dos cônjuges; o plano de saúde familiar é mais barato; em caso de morte, a transmissão dos bens para o cônjuge sobrevivente é mais fácil; no direito administrativo, o servidor público pode acompanhar seu cônjuge ou companheiro em caso de transferência ou remoção *ex officio*, bem como obter licença para tratamento de saúde do companheiro/cônjuge e assim por diante. Há, naturalmente, em contrapartida, os ônus e deveres próprios de uma relação familiar, inclusive de índole patrimonial, como o dever de prestar alimentos ao dependente em caso de separação, comunhão dos bens adquiridos pelo casal e as demais responsabilidades próprias da uma relação familiar<sup>203</sup>.

No que diz respeito ao reconhecimento, o núcleo do desrespeito advindo de sua negativa repousa na rejeição em enxergar o outro como igual, seja em imputabilidade moral e jurídica ou em estima. É o que ocorre quando a comunidade e o Estado decidem, veladamente ou não, quem terá resguardada e promovida sua dignidade. E, no que concerne a esses aspectos, as ideias de igualdade e diferença se repetem em todas as dimensões da discussão referente à dignidade<sup>204</sup>.

### 3.3. Igualdade, diferença e discriminação

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe, em seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”<sup>205</sup>. Aristóteles já apregoava, porém, a relação entre justiça e igualdade, e que a verdadeira injustiça residiria não apenas em tratar desigualmente os semelhantes, mas também em dispensar tratamento igual aos desiguais<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do supremo tribunal federal acerca das uniões homoafetivas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17, jan./jul. 2011, p. 241. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia\\_arco\\_Iris\\_marmelstein.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia_arco_Iris_marmelstein.pdf?sequence=1)>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

<sup>204</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 105.

<sup>205</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem. **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948**. Disponível em <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 26 de janeiro de 2013.

<sup>206</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 25-29.

Perceba-se, contudo, que a noção de igualdade só ganha relevância prática perante a constatação de que seres humanos, embora compartilhem diversas características, são únicos, pelo conjunto de diferenças que os distinguem.

FERRAJOLI apresenta quatro possíveis arranjos adotados por um Estado a respeito da relação entre o direito e as diferenças. O primeiro consiste numa indiferença jurídica às diferenças concretas. Próximo à ideia hobbesiana de estado de natureza, as diferenças são ignoradas de forma a valorizar a mais ampla liberdade individual. A diversidade, nessas circunstâncias, submete-se às relações de força. Há, por outro lado, o modelo de diferenciação jurídica das diferenças, em que se exprime um primeiro juízo de valor a respeito da diversidade humana concreta, privilegiando algumas identidades em detrimento de outras, numa estrutura hierárquica. É um viés que admite discriminações. O terceiro modelo, de homologação jurídica das diferenças, incorpora a igualdade, mas sob uma perspectiva abstrata e absoluta. O desprezo às diferenças, nesse caso, advém de uma suposta neutralidade jurídica a seu respeito que, objetivando a um ideal de igualdade que as desconsidera, pelo pressuposto de que todos os homens são iguais, acaba por suprimi-las. Existe, todavia, um quarto modelo, o da valorização jurídica das diferenças<sup>207</sup>.

Nesta vertente, o princípio da igualdade é compreendido de forma integrada à teoria dos direitos fundamentais, de maneira que, como condição à proteção e promoção das posições jusfundamentais, reconhecer as diferenças, ao invés de tolerá-las ou ignorá-las, permite aos indivíduos o livre desenvolvimento de sua identidade pela afirmação de suas particularidades. Trata-se de uma concepção substancial de igualdade, que não acata discriminações arbitrárias e valoriza a diversidade. O direito, nesse contexto, será isonômico quando sua tutela se adequar as especificidades da identidade, concretizando a noção de igual valor atribuído ao ser humano e à sua forma de autorrealização<sup>208</sup>.

O quarto arranjo apresentado por FERRAJOLI se amolda à perspectiva em que figura a igualdade como princípio normativo constitucional no Brasil pós-1988. Trata-se de uma concepção prescritiva de igualdade, que conjuga de forma complementar uma dimensão formal e uma dimensão material.

Em seu conceito formal, herança das revoluções que consolidaram o Estado liberal, a igualdade visa a eliminar as anomalias propiciadas por um antigo sistema de estamentos que atribuíam a alguns a prerrogativa de se eximir de responsabilidades legais.

---

<sup>207</sup> FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. **Igualdad y no discriminación**: el reto de la diversidad. Quito: Danilo Caicedo Tapia e Angélica Porras Velasco (editores), 2010, p. 156-159.

<sup>208</sup> Idem, ibidem, p. 159.

Desse modo, esta igualdade perante a lei, significa a universalização do direito face à figura abstrata unificadora do sujeito de direito – uma concepção, portanto, cega, em termos de justiça, quanto às consequências advindas do tratamento idêntico dispensado a indivíduos com características que os distinguem<sup>209</sup>.

É transparente, porém, a insuficiência da igualdade formal para que se corrijam desigualdades concretas, muitas vezes servindo, em verdade, como estímulo à sua perpetuação. É o que ocorre quando impostas consequências legais idênticas a um grupo, ignorando-se o fato de que somente a alguns aproveita a disciplina normativa nos moldes em que editada, ao passo que para outros, em função de suas condições diferenciadas, a lei é prejudicial. Veja-se que esta concepção, em que se desconsidera o conteúdo valorativo da norma, autoriza o legislador, a princípio, a estabelecer qualquer discriminação legal, compatível ou não com as exigências de justiça<sup>210</sup>.

A fim de contornar uma percepção nociva da isonomia, a concretização plena da igualdade reclama, portanto, um viés substancial que, por um lado, permita obstruir pretensões normativas voltadas à legalização de discriminações<sup>211</sup> e, por outro, esteja apto a, diante das diferenças, promover tratamentos atentos às particularidades que conduzam a uma equiparação material dos indivíduos. Daí falar-se em “igualdade na lei”<sup>212</sup>. Afinal, como bem assevera FLORES, “quando um direito é desfrutado excluindo sistemática e historicamente a outros [...], começa a desvanecer-se como direito e se apresenta como privilégio”<sup>213</sup>.

O foco da dimensão material da igualdade reside, aqui, no estabelecimento de parâmetros para definir que características, e em que circunstâncias, podem ser empregadas como critério para determinar tutelas jurídicas idênticas ou diferenciadas – o que se coaduna

<sup>209</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33-43.

<sup>210</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: 2008, p. 114-115.

<sup>211</sup> Quanto ao conceito aqui empregado, recorre-se a diplomas internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto 4.377/2002) e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto 65.810/1969), dos quais se infere que por discriminação deve ser entendida qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência, que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

<sup>212</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**, op. cit., p. 44.

<sup>213</sup> FLORES, Joaquín Herrera. La construcción de las garantías: hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 121 (tradução nossa). No original: “*cuando un derecho se disfruta excluyendo sistemática y históricamente a otros [...], comienza a difuminarse como derecho y se presenta como privilegio*”.

com a hodierna perspectiva neoconstitucionalista<sup>214</sup>, vez que os valores incorporados às Cartas são de especial utilidade à tarefa de evitar que a diversidade humana se preste a consolidar desigualdades<sup>215</sup>.

A Constituição Federal de 1988 aderiu ao modelo isonômico que conjuga as dimensões material e formal. Cite-se, desde logo, a afirmação de que todos são iguais perante a lei, prevista em seu art. 5º, *caput*. Ademais, ao longo da Carta, colhem-se diversos dispositivos instituidores de tratamento específico a certos grupo de pessoas, que em função de suas diferenças, carecem de proteção especial do Estado. É o que se depreende, por exemplo, da reserva de cargos e empregos públicos a pessoas portadoras de necessidades especiais, determinada pelo art. 37, VIII, da Constituição.

Ocorre que a Carta brasileira, em seu art. 3º, IV, veda o emprego de uma série de critérios como parâmetro para o estabelecimento de tratamentos diferenciados, tendo em vista seu teor histórico-cultural potencialmente excludente a grupos vulneráveis e minorias. Na dicção do dispositivo, são expressamente elencados origem, raça, sexo, cor, idade e, destaque-se, quaisquer outras formas de discriminação. Tem-se por consequência uma vedação a que se condicione o exercício de direitos a tais critérios de diferenciação, tampouco sendo permitidos privilégios neles justificados<sup>216</sup>.

A previsão constitucional, contudo, não implica uma vedação absoluta à diferenciação com base nos parâmetros elencados. Por vezes, seu emprego se dará sem que ocorra uma efetiva transgressão ao princípio da igualdade – a própria Constituição o faz, ao isentar as mulheres do serviço militar obrigatório em tempos de paz, por exemplo. São, todavia, características que exigem um cuidado maior quando manejadas pelo legislador, ante sua proximidade às discriminações arbitrárias<sup>217</sup>. Cabe, portanto, averiguar em que situações o *discrimen* inserto na legislação se harmoniza à matriz principiológica e valorativa adotada pela Constituição Federal brasileira, podendo ser considerado, portanto, constitucional.

Oportuno lembrar aqui a lição de MELLO em relação à identificação de hipóteses ofensivas à isonomia. O jurista adverte que, em princípio, qualquer aspecto pode ser eleito como critério de diferenciação pelo legislador, de forma que não se deve buscar na própria característica, isoladamente, a violação ao preceito. Cumpre investigar, em síntese, se o

<sup>214</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 48-49.

<sup>215</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Igualdad y diferencia*. **Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad**. Quito: Danilo Caicedo Tapia e Angélica Porras Velasco (editores), 2010, p. 163.

<sup>216</sup> Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**, op. cit., p. 44-45.

<sup>217</sup> Idem, *ibidem*, p. 45.

aspecto distintivo escolhido guarda um vínculo de correlação lógica com a diferença de tratamento pretendida e, além disso, se este liame encontra amparo nos valores e interesses promovidos pela Constituição como um todo<sup>218</sup>.

Reside, portanto, no liame entre fator de *discrímén* e tratamento diferenciado o ponto vital à constitucionalidade dos dispositivos legais, quando apreciados sob o viés da isonomia. Deve haver, desse modo, justificativa razoável, nunca arbitrária, à diferenciação proposta, como assevera ALEXY<sup>219</sup>. Por consequência, a imposição de tratamento desigual implica um ônus argumentativo a seus defensores<sup>220</sup>.

Uma aproximação ao tema dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, sob o exclusivo enfoque da dimensão formal da igualdade, conduz logo ao entendimento de que a legislação civil, responsável pela regulação do matrimônio, por exemplo, deve incidir de maneira universal – isto é, indistintamente das particularidades do sujeito de direito concreto, cumpridas as estritas exigências legais, as prescrições relativas ao casamento civil lhe devem ser aplicadas. Limitar-se, porém, ao prisma formal da igualdade corresponderia à aquiescência ao terceiro arranjo entre o direito e as diferenças descrito por FERRAJOLI. Tratar-se-ia de uma vertente da isonomia completamente alheia às consequências da norma face à diversidade humana, o que já se demonstrou conduzir, eventualmente, a injustiças do tipo que o pensamento igualitário deveria evitar.

É por isso que não se sustenta o argumento de que o direito ao casamento sempre esteve, em sua interpretação literal, à disposição dos homossexuais. Costuma-se defender que, sem qualquer ofensa ao princípio da igualdade, até mesmo os homossexuais podem se casar, desde que, como qualquer outra pessoa, com indivíduos de sexo oposto ao seu. É transparente, entretanto, a inexpressividade do direito ao casamento nestes termos, visto não levar em conta as particularidades da homoafetividade: faz-se desaparecer a linha que separa a titularidade de um direito e sua privação.

Em verdade, deve-se invocar a igualdade sob outra perspectiva, para se esclarecer que homossexuais são, sim, arbitrariamente tolhidos do casamento se a única opção que se lhes apresenta é o de conjugalidade heteroafetiva: a isonomia substancial, como preceito normativo – e direito fundamental –, requer sejam as diferenças sopesadas na concretização

<sup>218</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 17.

<sup>219</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 398-402.

<sup>220</sup> Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

da norma. Logo, isonomia no direito ao casamento implica, em relação aos homossexuais, o direito a seu reconhecimento jurídico e celebração entre pessoas do mesmo sexo.

Seria, porém, a orientação sexual um critério diferenciador abrangido pela vedação constitucional ao tratamento discriminatório, ou há algum liame racional apto a justificar e legitimar o tratamento díspar dispensado aos homossexuais, em função de suas características, impedindo seu acesso ao direito ao casamento?

Lembre-se, de pronto, que a vivência homossexual tem-se desenvolvido, não apenas na história brasileira, mas em âmbito praticamente global, sob o signo do preconceito e da exclusão, conforme demonstrado no capítulo anterior. Ao longo do tempo, razões de natureza teológica à pretensamente científica foram empregadas para justificar a guetificação da homoafetividade. Embora abrandada pela corrente compreensão da homossexualidade como mera expressão da sexualidade humana, sem qualquer valoração positiva ou negativa *per se*, persiste ainda uma mecânica, às vezes explícita e por vezes velada, de conformação da dualidade heterossexualidade-homossexualidade ao padrão relacional estabelecidos-*outsiders*, descrito por ELIAS<sup>221</sup>. Em se tratando de juízo arbitrário e preconcebido em relação ao afeto experimentado entre pessoas do mesmo sexo, já se poderia supor que a homossexualidade, como critério distintivo, encontra-se abarcada na previsão ampliativa do art. 3º, IV, da Constituição Federal, no tocante às demais formas de discriminação vedadas.

Há quem entenda, porém, ser dispensável recorrer à previsão ampliativa da norma, ao argumento de que a desequiparação fundada em orientação sexual encontra óbice na proibição de discriminação por motivo de sexo.

Não se nega que a inserção desta proibição no corpo da Carta brasileira tem origem nas lutas femininas por emancipação frente às sociedades acentuadamente patriarcais de outrora, em que vigorava uma rígida hierarquização de gêneros. Cumpre apontar, porém, a pluralidade de abordagens que o preceito isonômico assumiu no que toca à discriminação por motivo de sexo – implica, por exemplo, em relação ao feminismo, desde demandas pela similitude de tratamento dispensado a homens e mulheres, típica da concepção formal da igualdade, até as exigências de reconhecimento das singularidades femininas, que requerem medidas especiais voltadas às mulheres a fim de se alcançar uma isonomia substancial<sup>222</sup>.

<sup>221</sup> Vide: ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

<sup>222</sup> RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 699-704.

A diversidade das demandas feministas e as reivindicações posteriores de outros segmentos sociais, como os homossexuais, apontam para a necessidade de uma leitura mais ampla do vocábulo sexo como fator de diferenciação constitucionalmente interdito. Seu sentido não deve ser limitado à distinção biológica entre homem e mulher, sendo imperativo reconhecer-se abrangido o campo da sexualidade humana. Nas palavras de RIOS:

Com efeito, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação<sup>223</sup>.

Entendida a orientação sexual como critério diferenciador suspeito aos olhos da Constituição brasileira, a insistência em se promover o *discrímén* exige de seus partidários argumentação consistente que evidencie a legitimidade e a razoabilidade das exclusões com base na identidade de sexo dos parceiros.

No debate público, seja em âmbito legislativo ou judicial, é certo que o Estado Democrático de direito deve acobertar a mais ampla participação das variadas concepções de mundo coexistentes na contemporaneidade. Trata-se de um imperativo da democracia que mesmo os dogmas religiosos e ideologias conservadoras tenham campo para se expressar. Todavia, adverte BARROSO, o Estado não se deve deixar capturar por posicionamentos particulares, porquanto a argumentação que se requer, para fins de diferenciação da tutela jurídica, há de ter natureza de razão pública, isto é, “argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto”<sup>224</sup>.

Permanece válida, portanto, a máxima de SANTOS: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”<sup>225</sup>.

<sup>223</sup> Idem, *ibidem*, p. 704.

<sup>224</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 666.

<sup>225</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <[http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284\\_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Souza%20Santos.pdf](http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Souza%20Santos.pdf)>. Acesso em: 28 de janeiro de 2013.



### 3.4. Liberdade e segurança jurídica

Tem-se, em decorrência da assunção da dignidade humana como pilar fundamental da Constituição Federal, a necessidade de se garantir ao indivíduo um âmbito de liberdade de ação, pensamento e escolha amplo o suficiente para possibilitar a estruturação desembaraçada de sua identidade.

A liberdade, dessa forma, constitui ramificação direta do valor intrínseco atribuído ao homem, diluindo-se pelo texto constitucional<sup>226</sup>, em razão de se manifestar nos mais variados modos: ser livre comporta múltiplos significados. Por isso, pode-se falar em livre iniciativa ou liberdade intelectual, artística, de imprensa, crença, expressão, reunião, associação e – por que não? – vivência do afeto e da sexualidade.

O compromisso com a liberdade pressiona o Estado, porém, não somente a resguardar a capacidade de escolha, mas, também, a prover os mínimos meios para que as escolhas existenciais se tornem efetivas, se realizem. E em se tratando de opções que moldam e estruturam a personalidade humana, o dever estatal passa a ser de proteção, ao invés de obstrução. É por isso que o hermeneuta comprometido com a integridade do direito, quando confrontado com a realidade experimentada por homossexuais, não se presta a reconhecer vedação implícita ou indiferença constitucional e legislativa como saída adequada ao pleito destes casais por acolhimento nas estruturas do direito de família: estar-se-ia justamente a embargar a livre vivência das pulsões homoafetivas, tão somente por configurarem alternativa à “norma” heterossexual<sup>227</sup>.

Não se olvide que negar qualquer tutela jurídica às famílias factualmente constituídas entre homossexuais compromete seriamente qualquer projeto de compartilhamento de vidas - o que envolve questões materiais como herança, plano de saúde, aquisição de imóveis ou dever de prestar alimentos, aspectos triviais em uma relação heteroafetiva, cujos horizontes normativos já se encontram relativamente pacificados.

Embora a indefinição quanto ao regime jurídico dispensado aos relacionamentos homoafetivos não iniba sua existência concreta, é certo que tantos os companheiros quanto

<sup>226</sup> Veja-se, por exemplo, a dicção dos artigos 3º, I; e 5º, *caput*, IV, VI, IX, XIII, XV, XVI e XVII, da Constituição Federal.

<sup>227</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 678-679.

terceiros que com estes estabeleçam relações jurídicas estarão, por conseguinte, sujeitos a uma evidente insegurança quanto aos efeitos advindos dessas uniões<sup>228</sup>.

Ocorre que, independentemente de previsão explícita no ordenamento, a segurança jurídica já se consolidou como componente indissociável do chamado Estado de Direito, mais ainda de um Estado Constitucional. Tendo em vista o valor atribuído pelo sistema constitucional à estabilização de expectativas e à previsibilidade, vê-se que a Constituição rejeita a possibilidade de que direitos permaneçam no limbo da incerteza<sup>229</sup>. Como assevera SARLET:

(...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas sejam atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica, social econômica e política, que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas<sup>230</sup>.

Reconhecemos, porém, que o argumento em prol das entidades familiares homoafetivas sofreria forte abalo se, no que toca à disciplina da família em nível constitucional, o constituinte se houvesse guiado em direção expressamente contrária às demandas de pessoas homossexuais. Fosse este o caso, seria imprescindível à manutenção da integridade do direito pátrio revisar toda a fundamentação aqui exposta, para adequá-la à existência de normas com caráter restritivo, alinhadas à moralidade majoritária e a uma cultura heterossexista. Cumpre dizer, todavia, que não é o que se passa.

### 3.5. A disciplina civil-constitucional da família

Já se constatou, no capítulo anterior, que a Constituição Federal brasileira de 1988, para além da renovação paradigmática que promoveu no direito pátrio, afinando-o aos valores atualmente cultivados na sociedade brasileira, representou a sistematização das inovações legislativas que vinham se efetivando em cada ramo jurídico, especialmente no âmbito do direito de família.

<sup>228</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 682-683.

<sup>229</sup> Veja-se, por exemplo, a previsão do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, num claro objetivo de estabilização de situações constituídas e proteção à previsibilidade dos efeitos decorrentes de relações jurídicas.

<sup>230</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

Não se trata, porém, de suplantação do direito civil pelo direito constitucional, mas de uma transformação operada em todo o direito privado, cuja compreensão requer, agora, uma leitura conjugada do texto constitucional e dos diplomas civis – no plural, em virtude da recente tendência à descodificação do direito, com vistas a uma regulação mais efetiva da complexa realidade contemporânea. Por conseguinte, a legislação civil ampliou sua natureza prospectiva, não mais compreendida como um sistema completo e acabado, mas como um projeto em elaboração. Assim, o conteúdo de suas normas adquiriu maleabilidade, passível de transformação e renovação ao longo dos anos<sup>231</sup>, à forma descrita por DWORKIN em relação à interpretação construtiva do direito<sup>232</sup>.

O caráter humanista impresso pelos constituintes à nova Carta, afinal, repercutiu sobremaneira no direito civil, anteriormente voltado a questões eminentemente patrimoniais, para permitir que se operasse a repersonalização desse ramo jurídico. Nesse sentido, só restam duas possibilidades aos dispositivos civis em contrariedade às orientações da nova Carta: dar-se-ão por suprimidos, em função de sua incompatibilidade com a Constituição, ou, quando possível, devem ser interpretados de maneira a fazer prevalecer o sentido que melhor atenda às exigências constitucionais<sup>233</sup>.

### 3.5.1. Pluralidade, solidariedade e afeto

A regulação específica das relações familiares extrai-se do Título VIII, Capítulo VII, da Constituição Federal, em seus artigos 226 a 230. De pronto, saltam aos olhos alguns aspectos que distinguem a disciplina hodierna daquela de outrora. A profundidade com que o tema é abordado, por si só, já demonstra uma preocupação diferenciada do constituinte se comparada à vagueza de textos constitucionais anteriores.

A despeito de a matéria concernente à família ter ingressado nas Constituições nacionais na Carta de 1934, coincidindo com a ascensão do modelo de Estado Social – e a consequente expansão do campo de ingerência estatal na vida privada<sup>234</sup> –, é notável a superficialidade com que a temática foi abordada à época e em todos os textos constitucionais posteriores até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em geral, limitaram-se as Cartas passadas a dispor sobre o casamento civil e a atribuição de efeitos civis ao casamento

<sup>231</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice de (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 128.

<sup>232</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276-278.

<sup>233</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva civil-constitucional, op. cit., p. 128.

<sup>234</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: famílias, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113.

religioso, abordando, excepcionalmente e de maneira lateral, questões relativas à filiação, deveres assistenciais do Estado quanto à maternidade, à infância e à adolescência, ou direitos sucessórios.

Veja-se que as sucessivas Cartas brasileiras, a partir de 1934, inauguravam a tutela jurídica da família com uma afirmação que, por si só, revelava muito acerca da ideologia subjacente à questão: invariavelmente, estabelecia-se que a família, juridicamente compreendida, constituía-se exclusivamente por meio do casamento. A existência, por conseguinte, de relacionamentos pautados na convivência *more uxorio*, mas desprovidas do selo oficial do casamento, não resultava na atribuição de qualquer efeito típico do direito de família aos sujeitos envolvidos – a família fática ou conformada em moldes distintos ao matrimonial simplesmente era invisível ao direito.

Como se adiantou no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 sepultou esse rígido paradigma, moldado às luzes de realidades já superadas. Com esse espírito, no *caput* de seu art. 226, a Carta prevê que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” – a família, sem definição, amarras, ou vinculação exclusiva ao projeto matrimonial. Na sequência, estabeleceu-se, no § 3º do referido dispositivo, que “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”. Não se parou aí, consignando a Carta, no § 4º: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Fica claro que se extirpou do direito de família a ideia de legitimidade ou ilegitimidade familiar, não mais compatível com a bagagem valorativa socialmente compartilhada. Numa ordem constitucional cujo vetor interpretativo maior se encontra no resguardo ao valor humano intrínseco, a proteção proporcionada pelo Estado, exigida pela Constituição Federal, não se dirige à família como entidade autônoma, cuja existência destaca-se da de seus membros, mas à sua concepção como *locus* privilegiado de promoção da autonomia, estruturação da personalidade e realização pessoal de seus componentes<sup>235</sup>. Trata-se de uma tutela voltada, na realidade, aos indivíduos que compõem a comunidade familiar reciprocamente considerados, não à instituição abstrata em si.

Isto porque a família hodierna se estabelece em torno da noção de solidariedade, isto é, “um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que

---

<sup>235</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/128>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2013.

compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade”<sup>236</sup>.

Carece de sentido, portanto, uma interpretação limitante se não há mais um único modelo familiar a se defender, ante a abertura constitucional a formatos distintos – tem-se, em verdade, uma diversidade de configurações familiares factualmente constituídas que se propõem às mesmas finalidades.

Como assevera LÔBO, em eco ao que já se expôs no primeiro capítulo a respeito da pluralidade familiar, os dados demográficos brasileiros revelam uma diversidade de entidades familiares que vai muito além dos listados pelo Constituinte, mais comuns, envolvendo desde famílias recompostas até as comunidades formadas com o que tradicionalmente se denomina no Brasil como “filhos de criação” – nesse universo, figuram também as uniões entre homossexuais<sup>237</sup>.

A despeito de suas diferenças, todos esses grupos compartilham algumas características, a saber: (a) um vínculo de afetividade, que é, ao mesmo tempo, sua origem e seu objetivo; (b) estabilidade, consistindo em entidades de caráter perene e, portanto, não episódico ou fortuito; (c) ostensividade, porquanto se expõem publicamente na condição de família<sup>238</sup>.

Saliente-se que, na curta história da Constituição Federal de 1988, a doutrina tradicional – e, até pouco tempo, majoritária – defendia a qualificação jurídica “família” apenas à tríade consagrada pelo constituinte: casamento, união estável entre homem e mulher e família monoparental<sup>239</sup>. Porém, torna-se evidente que, ao assumir a Constituição uma concepção instrumental de família, em prol da realização dos membros que a integram – a exemplo do disposto no art. 226, § 8º –, e em função da inexistência de vedações expressas à perspectiva expansiva do conceito, a interpretação restritiva da tutela jurídica à família implica rejeição ao reconhecimento de projetos de comunhão de vidas alternativos, também estruturados no afeto, estabilidade e publicidade, mas nem por isso dignos de menor respeito ou consideração.

Nesse sentido, GAMA entende que o espírito político de superação do autoritarismo, típico do regime constitucional anterior, substituindo-o pela ideologia democrática, transpõe-se também ao âmbito familiar, rompendo as barreiras arbitrárias que

<sup>236</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

<sup>237</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/128>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2013.

<sup>238</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>239</sup> Idem, *ibidem*.

vulneravam a liberdade de escolha quanto ao modelo de família que melhor se coaduna às necessidades da autorrealização dos indivíduos<sup>240</sup>.

Na compreensão de LÔBO, a própria Constituição institui três orientações das quais se depreende a natureza inclusiva das normas que regulam a família, configurando uma verdadeira cláusula geral de inclusão em matéria familiar. Trata-se do *caput* do art. 226 e de seus §§ 4º e 8º<sup>241</sup>. Como bem salienta o autor:

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos<sup>242</sup>.

Põe-se o rol constitucional, enfim, a exemplificar. Uma tutela explícita das organizações familiares mais comuns, sem obstar o tratamento jurídico em igual condição de família a qualquer outro grupo que preencha as características de afetividade, estabilidade e ostensividade.

Embora não suficiente, por si só, para caracterizar a família, é no afeto que permeia as relações familiares que repousa sua essência. É o elemento da *affectio* que orienta a estruturação e manutenção da comunidade familiar e a ausência deste o que prenuncia sua ruína<sup>243</sup>. Esse é também o fundamento de previsões constitucionais como o direito à convivência familiar assegurado a crianças e adolescentes, e a adoção como filiação de bases puramente socioafetivas, reforçada pela vedação a quaisquer designações discriminatórias relativas aos filhos, havidos ou não por casamento, ou por adoção<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: famílias, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72.

<sup>241</sup> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

<sup>242</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/128>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2013.

<sup>243</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: famílias, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 127.

<sup>244</sup> Art. 227, *caput* e §§ 5º e 6º, da Constituição Federal de 1988.

A absorção desse valor é talvez a grande mudança propiciada no direito de família, que passa a acolher arranjos oriundos dos fatos, antes ignorados com vistas à preservação de um conceito unívoco e abstrato de família institucionalizada, matrimonializada e heterossexual, destoante da clara diversidade das relações sociais<sup>245</sup>.

Por isso, conclui FACHIN:

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoa do indivíduo respeitando o “outro” edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões<sup>246</sup>.

Firmam-se, desse modo, as bases para uma compreensão da família eudemonista, um *locus* de compartilhamento de experiências e apoio mútuo, em que se possibilita e potencializa a emancipação e a busca pela felicidade de seus membros<sup>247</sup>.

Dentre essas novas questões, tem-se a possibilidade de tutela, ou não, segundo as normas de direito de família, das uniões entre pessoas do mesmo sexo, fundadas no afeto mútuo e na comunhão de vidas, projetos de felicidade e perspectivas de futuro, duradouras e publicamente vivenciadas. Os elementos até aqui apontados como pressupostos para a caracterização da família constitucionalizada encontram-se todos preenchidos. Pode-se falar, portanto, em entidade familiar homoafetiva?

### 3.5.2. Famílias homoafetivas

Interpretar a Constituição é tarefa que importa concretização. As normas constitucionais, sejam regras ou princípios, são extraídas pelo intérprete a partir dos enunciados da Carta e passam por um processo de concretização, por meio do qual seu

<sup>245</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 308.

<sup>246</sup> Idem, *ibidem*, p. 318.

<sup>247</sup> DIAS, Maria Berenice de. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2010, p. 55.

conteúdo adquire densidade, dando origem à norma decisória, aplicada na resolução efetiva dos problemas constitucionais. Apenas dessa forma o texto constitucional se realiza<sup>248</sup>.

Consequentemente, no que concerne à homossexualidade, interpretar as disposições constitucionais relativas à família implica, a partir da atribuição de sentido aos signos linguísticos, consolidar orientação que indique soluções ao impasse quanto à caracterização das uniões homoafetivas como entidades familiares juridicamente tuteladas. Reitere-se que a Constituição Federal inovou ao pluralizar a concepção jurídica de família, que, estruturada no afeto e na comunhão plena de vidas, dispensa os vínculos formais do casamento para existir. Indagar a natureza jurídica da relação factualmente mantida entre sujeitos homossexuais é, portanto, questão que precede aquela relativa ao casamento civil.

Veja-se, primeiramente, que a atividade de concretização das normas constitucionais norteia-se por um catálogo de princípios de observância obrigatória ao intérprete. O princípio da unicidade da Constituição figura entre esses vetores e impõe ao operador do direito a compreensão da Carta como um todo indivisível e harmônico, razão pela qual o intérprete se torna responsável por compatibilizar eventuais tensões e aparentes incongruências oriundas das normas constitucionais – como na hipótese de eventual rejeição ao reconhecimento das famílias homoafetivas em detrimento da isonomia e da vedação à discriminação<sup>249</sup>.

Revela-se inadequada, nesses termos, a apreciação isolada de determinado dispositivo ou conjunto de dispositivos, visto serem componentes de um sistema constitucional unitário, que não pode se sujeitar a contradições internas. Logo, a análise da extensão da tutela jurídica da família constituída por união estável às uniões homoafetivas não pode se restringir à interpretação individuada do § 3º do art. 226<sup>250</sup> da Constituição, dispositivo que regula as relações de fato.

Inevitável levar em consideração o universo da Constituição, o que implica atentar a seus aspectos até aqui salientados, a saber, (a) à dignidade da pessoa humana, como parâmetro para leitura de toda ordem constitucional e infraconstitucional, da qual emergem dimensões positivas e negativas, que demandam proteção do valor humano concomitante à promoção da capacidade de autodeterminação do sujeito; (b) o reconhecimento jurídico, faceta indispensável à manutenção da dignidade humana, visto constituir etapa essencial na

---

<sup>248</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1200-1201.

<sup>249</sup> Idem, ibidem, p. 1223.

<sup>250</sup> “Art. 226 [...]; § 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”.



edificação da personalidade e da autoestima; (c) a consagração do princípio da igualdade, dos pontos de vista formal e material, a fim de consolidar uma isonomia que se ajuste às diferenças na concretização de resultados verdadeiramente equânimes; (d) a liberdade como direito fundamental, que implica a preservação da capacidade de escolha individual – inclusive quanto a parceiros e formatos familiares – e dos meios para sua realização; (e) a segurança jurídica, valor de *status* constitucional, em prol da estabilidade de expectativas e da definição de regimes jurídicos.

Diante desse cenário, há quem entenda pela possibilidade de se valer de uma interpretação extensiva do comando inserto no art. 226, § 3º, da Constituição, ao argumento de que a união homoafetiva se trata de hipótese subentendida à ventilada no dispositivo, que não proíbe, em hipótese alguma, a extensão de seu regime jurídico a casais de pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que, sejam as uniões heteroafetivas ou homoafetivas, os vínculos traduzem comunhão plena de vidas, de natureza perene, contínua e pública<sup>251</sup>. É dizer, tratar-se-ia de hipótese não expressa, em virtude da menção somente ao formato heteroafetivo, mas indubitavelmente implícita na norma constitucional, pelo que se aplicariam os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável aos casos de uniões homoafetivas.

Outra corrente, porém, enxerga nessa questão o que CANOTILHO denomina lacuna normativo-constitucional, entendida como “uma incompletude contrária ao plano de ordenação constitucional”<sup>252</sup>. Trata-se de situação não regulada pelo constituinte, ao menos não explicitamente, mas que, pela relevância do tema e pertinência com relação a matérias efetivamente disciplinadas, poder-se-ia imaginar que deveria tê-lo feito. Com efeito, a literalidade do § 3º do art. 226 permite concluir que a Constituição emprestou contornos jurídicos ao fato heteroafetivo, sem se manifestar expressamente, contudo, a respeito do fato homoafetivo.

A omissão, em alguns casos, pode significar que o constituinte simplesmente optou por relegar a matéria ao trato legislativo, ao entendimento de que não ostenta natureza constitucional ou a fim de livrá-la da rigidez típica das Cartas. Garante-se, desse modo, maior suscetibilidade a alterações normativas necessárias em decorrência das mudanças do contexto social, político ou econômico<sup>253</sup>.

<sup>251</sup> 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. 309-310.

<sup>252</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1235.

<sup>253</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

Não é, decerto, do que se trata a presente discussão – eminentemente constitucional. O constituinte dispôs sobre o direito de família – de forma bastante aprofundada, destaque-se, em comparação a Constituições anteriores – e remete explicitamente a alguns arranjos, sem, porém, exauri-los. Tendo em vista que o fundamento para o reconhecimento e tutela constitucional de cada um desses tipos familiares é um mesmo conjunto articulado de valores, princípios e direitos fundamentais acolhidos pela Constituição, afigura-se contraditório sustentar que os relacionamentos homoafetivos são tema meramente infraconstitucional. Se assim o fosse, essa realidade tão intimamente ligada à concretização de direitos fundamentais – que em nada difere das relações heteroafetivas, salvo quanto à diversidade de sexos – estaria sujeita ao arbítrio do legislador para decidir quando, como e se a situação receberia alguma tutela jurídica.

Seria, portanto, fazer letra morta de valores constitucionais como a segurança jurídica e a dignidade humana. Repare-se, afinal, que até hoje não sobreveio disciplina legal dos efeitos decorrentes de relacionamentos homoafetivos. Adiante-se, todavia, que isso não significa uma vedação a que o legislador disponha sobre o tema, tal como fez com a união estável. Importa, porém, a imposição de balizas e limitações à atividade legiferante, uma vez que o direito de família passa a ter natureza também constitucional.

A segunda postura diante da lacuna normativo-constitucional se apega ao fato de que, tendo o constituinte se debruçado minuciosamente sobre questões correlatas, semelhantes à matéria omitida, incorreu num silêncio eloquente ao deixar de se pronunciar a seu respeito, o que impede a extensão do tratamento jurídico existente à hipótese não prevista. Entrevê-se na omissão constitucional uma intenção deliberada do constituinte de não tratar de maneira idêntica os casos similares. A ideia parece pertinente em face de determinados dispositivos constitucionais: conforme exemplo fornecido por BRANCO, é o que ocorre com os possíveis objetos de ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art. 102, I, a, da Constituição Federal – ao referir-se tão somente a leis e atos normativos federais e estaduais, entende-se incabível a impugnação de leis e atos normativos municipais mediante ADI<sup>254,255</sup>.

---

<sup>254</sup> No que toca ao exemplo da propositura de ADI em face de normas municipais, vale destacar o posicionamento de MARMELESTEIN: “O exemplo da legitimidade ativa dos municípios para a propositura de ADIn exige conhecimentos mais sofisticados, pois envolve uma compreensão do princípio federativo e da exigência da simetria a ele correlato. Simplificando a questão, pode-se dizer que o princípio federativo não obriga um tratamento absolutamente idêntico entre municípios e estados, bastando lembrar que os municípios não possuem poder judiciário, nem constituição, mas apenas uma lei orgânica. Isso faz com que seja inadequado usar o princípio da igualdade (ou da simetria) para estender aos municípios prerrogativas dadas aos estados. Daí porque não caberia estender aos municípios a prerrogativa de propor ADIn, cujo rol de legitimados é taxativo, segundo entendimento do STF”. MARMELESTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do supremo tribunal federal acerca das uniões homoafetivas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17, jan./jul. 2011, p. 255. Disponível em:

Sem embargo, no que toca a outras temáticas, principalmente as afeitas a direitos fundamentais, como o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, a adesão a uma suposta vontade do constituinte de, por meio da omissão, diferenciar e excluir relações entre pessoas do mesmo sexo do âmbito familiar apresenta dificuldades perante o princípio da unicidade constitucional. É que seria preciso, mais uma vez, conciliar orientações constitucionais conflitantes, assumindo, por exemplo, que, a despeito de vedada a discriminação motivada por orientação sexual, o próprio constituinte aquiesceu a um tratamento discriminatório em matéria de direito de família.

Os dois posicionamentos mencionados incorrem, ainda, em uma problemática mais ampla: amparam-se numa posição interpretativista, ou originalista – isto é, na premissa de que se pode extrair do texto constitucional uma inequívoca intenção do constituinte e que esta, por sua vez, confunde-se com o próprio conteúdo da norma. Trata-se de uma postura assentada na ideia de que a legislação, seja ela ordinária ou constitucional, consiste em ato de comunicação, sendo sua interpretação, por conseguinte, mera atividade de se apurar, a partir do texto normativo, a mensagem que um legislador-locutor pretendeu transmitir à sua audiência. É uma empreitada que esbarra, porém, numa série de dificuldades, as quais DWORKIN pontua com maestria<sup>256</sup>.

Quem é, afinal, o constituinte? Sabe-se que, ao menos na elaboração da Carta brasileira de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte era composta por nada menos que 559 membros, distribuídos nas mais variadas legendas partidárias e pautando toda sorte de interesses políticos<sup>257</sup>. Dentre estes, uns se pronunciaram e debateram exaustivamente certas matérias, enquanto tantos outros se dedicaram a temas diversos. Alguns, por sua vez, optaram pelo mero exercício do direito de voto, eximindo-se de participação ativa nas discussões.

Como equacionar, então, esse conjunto de opiniões e omissões de indivíduos situados em determinado tempo e contexto específico, de forma a estruturar uma nítida intenção de um constituinte abstrato, que lança luz ao que se quis dizer por meio do enunciado normativo aprovado? Ou, ainda, quando essa vontade se estabelece? Nos debates, na votação, na promulgação do texto? São questões complexas, que apresentam como pressuposto a certeza de que há um momento em que o sentido das normas é delimitado, insuscetível de

---

<[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia\\_arco\\_Iris\\_marmelstein.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia_arco_Iris_marmelstein.pdf?sequence=1)>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

<sup>255</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

<sup>256</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 416.

<sup>257</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 84-86.

modificações futuras – algo que, já se indicou, o direito como integridade rejeita, uma vez que elimina a natureza construtiva do direito e desconsidera as mudanças advindas com o decurso do tempo<sup>258</sup>.

Diante desta complexidade, MARMELSTEIN assevera que:

Nem sempre é possível interpretar a constituição seguindo a vontade original dos constituintes, até porque há vários constituintes com opiniões conflitantes dentro da mesma assembléia e muitos deles sequer tinham idéia de como seria a sociedade brasileira vinte anos depois, nem poderiam prever todas as consequências futuras de sua opção. Caso seja adotada essa idéia de que o juiz deveria buscar a intenção originária dos deputados constituintes, surgiriam várias dúvidas daí decorrentes [...] <sup>259</sup>.

A multiplicidade de opiniões divergentes na Assembleia Constituinte é facilmente identificada no que tange à necessidade, ou não, de menção expressa à orientação sexual como um dos critérios de discriminação vedados pela Constituição<sup>260</sup>. O mesmo se verifica no que diz respeito à abrangência da união estável ou do casamento aos parceiros homossexuais<sup>261</sup>.

<sup>258</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 416-417.

<sup>259</sup> MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do supremo tribunal federal acerca das uniões homoafetivas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17, jan./jul. 2011, p. 245.

<sup>260</sup> Confirmam-se pronunciamentos realizados na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher: (a) “**O SR. CONSTITUINTE COSTA FERREIRA**: [...] Precisamos manter a ordem, a saúde, enfim, a tranqüilidade neste Brasil. Se a expressão ‘orientação sexual’ for mantida aqui, no texto do Anteprojeto, haverá devassidão total. Sem isto, ela já está por aí! Todo mundo tem liberdade! O homossexual masculino sai por aí vestido de mulher, com peruca loura, sapato alto e tudo o mais!... Lésbicas saem vestidas de homem, cortam o cabelo, usam barba!... Quem é que está discriminando essa gente? E ainda é preciso colocar essa expressão, ‘orientação sexual’ na Carta Magna, para tudo isso ficar mais ostensivo? Aí, sim, haveria discriminação!”; (b) “**O SR. RELATOR (José Paulo Bisol)**: [...] Sejamos moralmente responsáveis. Se quiserem retirar a orientação sexual do juízo geral da proibição das discriminações tirem-na, mas por exceção, não por manejos obscuros e caminhos tortuosos! Estamos perante a História. E o que está sendo dito e escrito, em termos de emendas, de projetos, de votos, vai ficar na História, sob responsabilidade nominal e individual. Colocarei no relatório, se houver a emenda: “A lei permitirá a discriminação dos homossexuais”. E se esta emenda for aprovada, eu a inserirei no texto, mas sem assunção moral da sua responsabilidade. Não posso modificar o Relatório neste particular, porque sou contra um dispositivo que cria a proibição da discriminação e faz, ao mesmo tempo, uma discriminação! O que é um absurdo lógico! A questão não é moral; é lógica, e simplesmente lógica!”. BRASIL. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988**. Comissão da Soberania, dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Ata das Comissões, Ata da 10ª Reunião, em 08 de junho de 1987, e Ata da 11ª Reunião, em 09 de junho 1987, p. 79 e 88. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em 08 de fevereiro de 2013.

<sup>261</sup> Veja-se, a título de exemplo, trecho dos debates realizados na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso: “**O SR. RELATOR (Eraldo Tinoco)**: – Digamos a união de fato e a união de quem, Senador? É um homem e uma mulher? Só queria lembrar...; **O SR. CONSTITUINTE NELSON CARNEIRO**: – Essa é uma definição tão comum, é um conceito tão comum que família é homem e mulher, que acho que a Constituição não deve descer a este detalhe de dizer que é união de homem e mulher como se fosse possível nós admitirmos família de dois homens ou de duas mulheres”. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988**. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. Ata das Comissões, Ata da 8ª Reunião Ordinária, em 28 de abril de 1987, p. 81. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em 08 de fevereiro de 2013.

Entretanto, o que mais revela a fragilidade da tentativa de transposição ao presente de argumentos contextualizados num ponto do passado é o fato de que as premissas em que se assentam não resistem ao decurso do tempo. É o que se depreende do ponto de vista de alguns constituintes acerca da homossexualidade, então enxergada como um distúrbio de ordem psíquica ou moral – o que hoje não se sustenta – e permeada de preconceitos atualmente em franca derrocada. Nesse sentido, em meio aos debates da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, colhe-se:

**O SR. CONSTITUINTE ANTÔNIO DE JESUS:** – Quando V. Ex.<sup>a</sup> estava falando sobre os homossexuais, lembramos que, lamentavelmente, a câmara Municipal de Salvador, como se sabe – isto foi noticiado pelos jornais – reconheceu, há pouco tempo, um grupo de gays como de utilidade pública. Agora vejam bem, Srs. Constituintes, para onde se está caminhando! Se pelo menos aquela casa legislativa se preocupasse em criar um centro de recuperação ou de reintegração dos homossexuais à sociedade eu estaria de acordo, pois, sem dúvida, isto seria um benefício e uma proteção para eles<sup>262</sup>.

Persiste aqui a ideia do direito como uma prática interpretativa construtiva, que rejeita a imutabilidade do conteúdo de suas normas. Portanto, recorrer aos debates da Assembleia Constituinte é medida importante na medida em que se explica que a argumentação de outrora tem sentido apenas no contexto em que proferida. Ou seja, evidenciadas as mudanças de pensamento que o tempo operou, faz-se necessário o amparo de novas luzes para compreender, justificar e concretizar o legado dos constituintes.

Daí ser importante resgatar mais um princípio da interpretação constitucional, a que CANOTILHO alude: o princípio da máxima efetividade, apresentado nos seguintes termos:

[...] a norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)<sup>263</sup>.

É o que permite apreciar a lacuna quanto à questão homoafetiva sob um terceiro enfoque: ao invés de uma indiferença constitucional ou vedação implícita, a omissão acerca

<sup>262</sup> BRASIL. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988**. Comissão da Soberania, dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Ata das Comissões, Ata da 11<sup>a</sup> Reunião, em 09 de junho 1987, p. 87. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em 08 de fevereiro de 2013.

<sup>263</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo pode ser encarada como um mero lapso na Constituição<sup>264</sup>, visto que, da análise sistemática do texto constitucional e ante o elevado grau de semelhança com as demais entidades familiares constitucionalizadas, se depreende uma impossibilidade lógica de exclusão dos casais homoafetivos do trato típico do direito de família, sem que, com isso, sejam vulnerados princípios e direitos fundamentais do ordenamento brasileiro.

Nessa perspectiva, o preenchimento da lacuna dar-se-á pelas técnicas de integração do ordenamento, especialmente, no caso, pelo emprego da analogia. Nas palavras de CANOTILHO: “A complementação através da analogia traduz-se na transferência de uma regulamentação de certas situações para outros casos merecedores de igualdade de tratamento jurídico e que apresentam uma coincidência axiológica significativa”<sup>265</sup>.

Ocorre que união afetiva entre pessoas do mesmo sexo é, sob quase todos os aspectos, equiparável às uniões entre pessoas de sexos diferentes – a identidade ou não de sexos, como já se indicou, não é argumento suficiente para, por si só, autorizar o *discrímén*, visto não fornecer qualquer justificativa racional para a diferenciação pretendida. Com esse olhar, propugna-se, por meio da integração analógica, pela incidência da regulamentação existente sobre a união estável heteroafetiva às uniões homoafetivas<sup>266</sup>.

Diante das perspectivas apresentadas, apurou-se que apenas duas se coadunam ao sistema de princípios adotado pela Constituição Federal de 1988: a apreensão do tema mediante interpretação extensiva das normas constitucionais atinentes à união estável, ou, para aqueles que sustentam a presença de uma lacuna constitucional, o emprego do método de integração analógica, a partir da verificação da semelhança entre a união estável e o relacionamento homoafetivo.

A divergência central reside na aquiescência ou não à ideia de união estável como gênero, do qual derivam as espécies heteroafetiva, explicitamente prevista, e homoafetiva, dedutível pela apreciação sistemática da ordem constitucional. Aos partidários da tese pela integração analógica, a união homoafetiva consiste em um tipo familiar distinto, não previsto, mas amparado pelo direito, em função da natureza inclusiva do art. 226 da Constituição

---

<sup>264</sup> A respeito desta terceira perspectiva quanto às lacunas constitucionais, BRANCO defende que, nesses casos, a apreciação ampla e minuciosa da Constituição, em sua totalidade, indica que, pela coerência, o constituinte não poderia ter optado por afastar do âmbito de incidência das normas determinados fatos sobre os quais se omitiu. As omissões constitucionais podem ainda dizer respeito a hipóteses simplesmente não vislumbradas pelo constituinte à época da elaboração do texto, o que, já se viu, não procede quanto à questão homoafetiva. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-100.

<sup>265</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 1236.

<sup>266</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85.

Federal, e que, em virtude da proximidade com a união estável, merece valer-se dos mesmos efeitos jurídicos.

O tema ainda suscita discussões no Brasil, visto inexistir consenso quanto ao posicionamento mais adequado às exigências constitucionais, razão pela qual entendemos prematura a adesão sem ressalvas a uma das duas correntes. É evidente, porém, que a compreensão das uniões homoafetivas como intrinsecamente distintas da união estável, mas equiparáveis pela analogia, abre espaço para futuros debates, com certas dificuldades no que tange à isonomia, na hipótese de que sobrevenha legislação específica aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo-lhes efeitos diversos dos atualmente previstos à união estável entre um homem e uma mulher.

Veja-se, entretanto, que são os efeitos práticos imediatos de ambas as vertentes que interessam ao presente estudo. É dizer, seja pela via da integração analógica ou pela interpretação extensiva, chega-se a um resultado equivalente em termos de direitos: estende-se às uniões homoafetivas, por imperativo constitucional, o mesmo regime jurídico destinado às uniões heteroafetivas.

Independentemente da justificativa adotada, essa orientação inclusiva foi recentemente alçada à posição dominante pela doutrina e jurisprudência pátrias, como se verá adiante, o que reacendeu uma questão até pouco tempo tida por pacífica: o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Casamento é, afinal, matéria também constitucional e guarda estreita relação com a união estável – e com a presente controvérsia, por conseguinte –, em função do disposto no fim do § 3º do art. 226 da Carta: “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**” (grifo nosso).

A união entre pessoas do mesmo sexo pautada na comunhão plena de vidas, no afeto e na solidariedade, quando atendidos ainda os requisitos de ostensividade e estabilidade, integra o rol de entidades familiares protegidas pela Constituição Federal, desfrutando do regime jurídico estabelecido às já regulamentadas uniões estáveis heteroafetivas.

Assentados os parâmetros necessários à abordagem do tema, retoma-se aqui a questão suscitada ao início deste estudo: afinal, deve ser assegurado o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo?

## CAPÍTULO 4 – HOMOSSEXUALIDADE E CASAMENTO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

### 4.1. A possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo

Destaque-se, desde logo, que todo o sistema de princípios constitucionais apresentado não traduz razões aplicáveis exclusivamente à união fática entre homossexuais. São, em verdade, premissas incidentes sobre todo o direito de família, razão pela qual os postulados da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica orientam também a compreensão do casamento, fornecendo um suporte constitucional aos defensores de sua extensão aos casais homoafetivos<sup>267</sup>.

Como já se asseverou, a Constituição Federal de 1988 abordou amplamente as relações familiares, afastando-se de uma tradição constitucional de menção apenas superficial ao tema. Manteve-se, porém, referência ao casamento civil, não como forma exclusiva, mas como uma das modalidades de constituição de família, no novo paradigma plural e humanista da Carta. Nesse sentido, dispõe o texto constitucional:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. [...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Relevante apontar que, assim como se eximiu da tarefa de atribuir um conceito à família, dando abertura à diversidade de formas pelas quais esta se estrutura, o constituinte deixou igualmente em aberto o significado de casamento, visto não constar da Carta dispositivo sequer semelhante ao relativo à união estável, que fizesse referência unicamente ao formato heteroafetivo – o que, por si só, como demonstrado, não inviabilizaria sua extensão aos casais homoafetivos.

Fato é que a ordem constitucional não estabeleceu ser o casamento modelo de entidade familiar exclusivamente constituído por um homem e uma mulher<sup>268</sup>. Há, sim, menção aos dois sexos – art. 226, § 5º –, mas num contexto de ruptura com um paradigma familiar passado, de natureza patriarcal e proeminência masculina, em detrimento dos direitos

---

<sup>267</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 653.

<sup>268</sup> MEDEIROS, Jorge. **Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**. 2007. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 155.



da mulher, esclarecendo a rejeição enfática da nova Carta a discriminações motivadas por sexo na relação conjugal.

O Código Civil de 2002, por sua vez, apresenta o casamento como um dos atos da vida de maior formalidade e complexidade, disciplinando exaustivamente a matéria e as solenidades que o circundam<sup>269,270</sup>. Embora alguns dispositivos do diploma civilista sugiram que o instituto se destine exclusivamente aos pares heteroafetivos, ante a menção expressa à dualidade homem-mulher<sup>271</sup>, atente-se ao fato de que isso nada mais é que uma presunção. É que, curiosamente, a lei civil também carece de uma definição de casamento, inexistindo dentre seus requisitos qualquer enunciado que exija a diversidade de sexos. O mesmo vale para os impedimentos matrimoniais e as causas de nulidade e anulabilidade, omissos nesse sentido<sup>272</sup>.

É de se questionar a procedência de uma interpretação restritiva quando contraposta à Carta de 1988, que não comporta exigência de teor similar. Entendemos que equivaleria, talvez, a promover uma leitura da Constituição à luz do Código Civil, para inserir em seu interior discriminação que o texto constitucional não acolhe – subvertendo, por conseguinte, a noção de supremacia constitucional.

Recorde-se, de antemão, que o objeto do presente estudo é o casamento em sua concepção jurídica, civil e, portanto, secular, embora não se negue a origem religiosa do vínculo matrimonial. Na condição de regime jurídico destinado a regulamentar os direitos e deveres oriundos da relação afetiva formalizada perante o Estado, distingue-se, desse modo, do casamento religioso, um dogma cercado de particularidades atinentes a cada crença. Logo, é irrelevante se para os cânones determinadas doutrinas, como a Católica, só há que se falar

<sup>269</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

<sup>270</sup> O Código Civil de 2002 regula o tema de forma minuciosa, destinando mais de cem artigos aos vários aspectos que envolvem o ato de casar-se (art. 1511 e ss.). Figura no diploma desde a capacidade das partes para contrair casamento a questões como os impedimentos matrimoniais, o processo de habilitação e celebração para o casamento, as provas de existência do matrimônio, o regime específico de nulidades, as formas de dissolução do vínculo, os direitos e deveres associados à filiação, o regime de bens, o dever de prestar alimentos, os direitos concernentes ao bem de família, dentre outros.

<sup>271</sup> Confiram-se os seguintes artigos do CC de 2002: “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; Art. 1.517. **O homem e a mulher** com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil; Art. 1.565. Pelo casamento, **homem e mulher** assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (grifo nosso).

<sup>272</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 248.

em casamento em face da diversidade de sexos dos nubentes, uma vez que a legislação civil não a requer. Trata-se de consectário do princípio da laicidade estatal<sup>273</sup>.

O casamento religioso, afinal, não produz, por si próprio, os efeitos decorrentes do vínculo conjugal, salvo se atendidos os requisitos previstos na legislação para que lhe sejam atribuídas as mesmas consequências do casamento civil<sup>274</sup>.

Esclarecer tais aspectos não implica expressar qualquer juízo de valor acerca da moralidade ou racionalidade de determinadas definições religiosas para o casamento. Apenas afirma o princípio de que o direito não pode se valer da fé de um ou outro grupo como argumento suficiente para instituir uma vedação a que pessoas do mesmo sexo possam contrair casamento<sup>275</sup>.

Ocorre que a heterossexualidade, compreendida como norma social, esteve por tanto tempo e de tal forma entranhada no imaginário coletivo que, diante das eventuais “imperfeições” legislativas, como a ausência de vedação explícita à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, doutrina e jurisprudência empenharam-se na elaboração de fundamentos que justificassem a inviabilidade do ato.

Em face destas “dificuldades”, passou-se a contemplar, ao lado dos planos da validade e da eficácia dos atos jurídicos, a dimensão da existência, que deve ser apreciada preliminarmente. Convencionou-se que, em determinados casos não abrangidos pelas hipóteses de nulidade previstas na legislação, os atos praticados, ainda assim, não estariam aptos a gerar efeitos jurídicos, porquanto carecerem de pressupostos fáticos para que adentrem o campo da juridicidade<sup>276</sup>.

A estruturação da ideia de ato inexistente veio em resposta à edição do Código Napoleônico, que sedimentou a regra de que não há nulidade em matéria de casamento sem texto – *pas de nullité sans texte*. A controvérsia foi fomentada em virtude da ausência de previsão legal de nulidade quanto a determinadas situações que, naquele contexto, eram tidas por falhas gravíssimas na prática do ato, como a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Saltava aos olhos, ainda, a seguinte afirmação, oriunda de seu art. 146: “Não haverá casamento quanto não houver consentimento”. Diante desse quadro, em 1808, o jurista alemão Zacharie Von Lingenthal, analisando o citado diploma civil, elaborou a tese do

<sup>273</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 214.

<sup>274</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: 2008, p. 276.

<sup>275</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades, op. cit., p. 214.

<sup>276</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 5: direito de família. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 137.

matrimônio inexistente – apropriada por parte significativa também da doutrina brasileira, que disseminou a ideia de que são pressupostos fáticos do casamento a celebração realizada por autoridade competente, o consentimento e a diversidade de sexos dos nubentes<sup>277</sup>.

Isso porque prevalece entre juristas brasileiros o entendimento de que há um regime de nulidades diferenciado em matéria de casamento, o qual desborda do sistema geral adotado na lei civil. Desta forma, o tema rege-se tão somente pelas hipóteses de nulidade expressamente mencionadas na legislação, sem que se admitam interpretações extensivas ou se cogitem de nulidades virtuais<sup>278</sup>.

Deve-se repisar que a teoria da inexistência não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, ante a ausência de qualquer previsão legislativa. Diferentemente, o Código Civil português enumera em seu art. 1.628 hipóteses que geram a inexistência jurídica do casamento, dentre as quais figurava, até recentemente, em sua alínea “e”, o casamento contraído por pessoas do mesmo sexo – dispositivo revogado pela Lei 9/XI, de 31 de maio de 2010, a mesma que estendeu expressamente o instituto civil aos casais homoafetivos<sup>279</sup>.

Sem adentrar na controvérsia acerca da constitucionalidade da legislação civil portuguesa em sua redação anterior, a expressa vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo foi o que motivou a alteração legislativa a fim de espancar qualquer dúvida acerca da viabilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo – óbice este que não se encontra no ordenamento brasileiro.

A despeito de sua não positivação, os defensores da teoria buscam justificá-la ao argumento de que os elementos essenciais à existência do casamento, “de per si, são já evidentes”<sup>280</sup> – e, por conseguinte, dispensa-se lei. Afirma-se também ser desnecessária regulamentação expressa, pois não produzem quaisquer efeitos jurídicos atos que nunca chegaram a existir no plano do direito, ante a ausência de seus elementos fáticos indispensáveis – isto é, constituem um “nada no mundo jurídico”<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 5: direito de família. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138-141.

<sup>278</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família** 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107.

<sup>279</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 226-227. O Código Civil de Portugal, Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966, ia além, definindo o casamento, em seu art. 1.577, como “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”, dispositivo também alterado pela referida lei, com a supressão da expressão “de sexo diferente”.

<sup>280</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: direito de família. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

<sup>281</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 6: direito de família. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141.

Propugna-se até pela não sujeição dos atos inexistentes aos institutos da prescrição e da decadência, por se entender possível o reconhecimento da inexistência a qualquer tempo<sup>282</sup>, bem como pela inaplicabilidade da putatividade a esses casos, independentemente da boa-fé por parte dos envolvidos<sup>283</sup> – ao arrepio de qualquer pretensão de segurança jurídica, destaque-se.

Fato é que a teoria dos atos inexistentes, em especial no que concerne ao casamento, divide posições no Brasil, com expressivos doutrinadores que a adotam e tantos outros que a rechaçam. A título de exemplo, sua fragilidade é apontada por FACHIN, tendo em vista que, das três hipóteses corriqueiramente citadas pela doutrina como exemplos de casamento inexistente, ao menos duas poderiam ser resolvidas segundo as normas relativas a nulidades ou anulabilidades. Quanto à competência da autoridade celebrante, são aplicáveis conjuntamente os artigos 1.549, 1.550, VI, e 1.560, II, do Código Civil. No que toca ao requisito do consentimento dos nubentes, invocam-se os artigos 1.550, III e IV, e 1.548, I, do mesmo diploma – despidendo anotar a incapacidade absoluta para a prática dos atos da vida civil daqueles sem o necessário discernimento ou formas de exprimir sua vontade, por causas transitórias ou não (art. 3º, II e III do CC)<sup>284</sup>.

Resta, portanto, a diversidade de sexos, alçada a pressuposto de existência não escrito do casamento, em função de sua “obviedade”. Como se fosse decorrência lógica e direta do texto constitucional o entendimento de que o ato de se casar é reservado aos pares formados por um homem e uma mulher. Na tentativa de preservação de um ideal de família legítima, “vê-se o que ali não está, mas se mostra aos olhos da doutrina clássica”<sup>285</sup>.

Anota FACHIN com propriedade:

É na rede da inexistência que a doutrina tece seus argumentos numa suposta defesa da família. Sobre uma “aparência de casamento” (assim seria o casamento inexistente) está construída uma aparente tutela dos valores que informam estigmas e juízos de exclusão, nomeadamente acerca da associação de pessoas do mesmo sexo<sup>286</sup>.

O alvo da crítica são posições como a encampada por GONÇALVES, que admite inexistir na Constituição Federal qualquer enunciado que eleve a diversidade de sexos a

<sup>282</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 6: direito de família. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142.

<sup>283</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 5: direito de família. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 147.

<sup>284</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 146-147.

<sup>285</sup> Idem, *ibidem*, p. 130.

<sup>286</sup> Idem, *ibidem*, p. 149.

pressuposto do casamento – o que, em sua opinião, não impede seja assim considerada, sendo deduzida indiretamente da Carta, visto ser a necessidade da dualidade sexual um “requisito natural” do casamento<sup>287</sup>.

Cumpra observar, porém, que a ausência de determinações constitucionais ou legais expressas no sentido de vedar aos pares homossexuais o direito ao casamento civil traz à baila o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Carta brasileira. Nestes termos, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – donde se depreende que o ordenamento pátrio, em regra, rejeita a imposição de proibições implícitas<sup>288</sup>.

Ademais, recorde-se que o olhar do intérprete não pode se desvincular do contexto em que desenvolve sua atividade – a realidade está em constante transformação. Se, por um lado, era inimaginável, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, que a tolerância à realidade homoafetiva apresentasse algum crescimento substancial nos anos vindouros ou que a luta por direitos civis das pessoas homossexuais pudesse atingir o patamar hoje observado, levando centenas de milhares de pessoas às ruas para manifestarem seu apoio à causa<sup>289</sup>; por outro, poderia parecer improvável aos constituintes que outras nações, pouco tempo depois, admitiriam em seus ordenamentos que pessoas do mesmo sexo contraíssem casamento umas com as outras<sup>290</sup>.

Se em outros tempos, já sob a égide do Estado laico, a codificação civil anunciava o casamento como única forma de constituição da chamada família legítima, digna das atenções do poder público, não há como se desvencilhar do fato de que essa concepção foi definitivamente sepultada com a virada axiomática promovida pela Constituição de 1988. Imprimindo um novo olhar sobre o direito privado, a família e, particularmente, o casamento, a Carta impede seja o vínculo conjugal encarado sob uma perspectiva institucionalista, em que prevalecem o apego ao formalismo e à literalidade da lei sobre a própria felicidade dos nubentes. Conforme ensinam FARIAS e ROSENVALD:

O casamento tem de servir às pessoas. Ele é meio, instrumento, através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade.

<sup>287</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 6: direito de família. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142.

<sup>288</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 252.

<sup>289</sup> MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do supremo tribunal federal acerca das uniões homoafetivas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17, jan./jul. 2011, p. 256. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia\\_arco\\_Iris\\_marmelstein.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia_arco_Iris_marmelstein.pdf?sequence=1)>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

<sup>290</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades, op. cit., p. 251.

Os históricos argumentos jurídicos de que a tutela formal e solene do casamento se justificava em face de um interesse na manutenção da família, ainda que em prejuízo das pessoas que a compunham, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar em si mesmo, cedem espaço para a proteção de um casamento encarado como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana. Não há mais proteção ao casamento pelo casamento, mas, sim, em razão do ser humano<sup>291</sup>.

Como sustentar a inexistência jurídica do ato, quando já se demonstrou ser exigência da própria Constituição o reconhecimento da natureza familiar das uniões homoafetivas, quando preenchidos os mesmos requisitos exigidos aos casais heteroafetivos? Diante deste quadro, pensamos que, se um dia houve um suporte fático e consenso acerca desta construção doutrinária e jurisprudencial, no que toca ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, este não mais subsiste.

A persistência na interpretação de um direito com estatura constitucional, que é o casamento, a partir da apreensão literal de dispositivos do Código Civil, a exemplo do art. 1.514, inferindo a existência implícita de um óbice legal ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, revela a natureza eminentemente ideológica da tese, voltada à manutenção de um estigma sobre a homossexualidade, de forma a afastá-la do contexto familiar e do reconhecimento jurídico e social<sup>292</sup>.

Vale mencionar que, a proteção à família, enquanto espaço de desenvolvimento e realização humano, é objetivo declarado do constituinte, razão pela qual, em virtude das consequências indesejadas advindas da dissolução do vínculo familiar que atenda a esse escopo – atingindo para além do patrimônio, o âmbito existencial dos indivíduos –, o direito de família consagrou o princípio interpretativo do *in dúbio pro matrimonio*<sup>293</sup>.

É de se concluir, portanto, que o argumento assenta-se, em verdade, sobre uma petição de princípio, ao consignar que o casamento só existe entre um homem e uma mulher, porquanto sempre foi assim compreendido<sup>294</sup>. Ignora-se o fato de que as normas jurídicas não têm caráter estático e que inexiste momento em que seu sentido se torna fixo e imutável.

O casamento, como toda a face do direito de família, passou por indiscutíveis transformações. Atualmente, distanciado de sua concepção clássica, deve ser compreendido como uma “entidade familiar, merecedora de especial proteção estatal, constituída formal e

<sup>291</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de direito civil: direito das famílias**, v. 6. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 183.

<sup>292</sup> 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. 258.

<sup>293</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família** 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107.

<sup>294</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 654.

solenemente, entre pessoas humanas, estabelecendo uma comunhão de afetos (comunhão de vida)<sup>295</sup>.

Logo, mesmo os adeptos à teoria dos atos inexistentes não de convir que, em matéria de casamento, a tese é inaplicável à hipótese de coincidência de sexos dos nubentes, pois o novo paradigma civil-constitucional da família não lança a dualidade homem-mulher como pressuposto explícito ou implícito para a formação do vínculo<sup>296</sup>, vedando, além disso, o estabelecimento de discriminações fundadas em orientação sexual.

Em outra linha argumentativa, SARMENTO alude à chamada teoria das garantias institucionais, como fundamento alternativo que poderia ser empregado pelos opositores à extensão do casamento civil. Trata-se de construção oriunda de doutrina germânica, segundo a qual há um conjunto de institutos jurídicos resguardado com maior rigor pela Constituição, cujo núcleo, por conseguinte, não se sujeita às vicissitudes das mudanças sociais e políticas – dentre estas, estaria o casamento concebido unicamente entre pessoas de sexos diferentes. O próprio autor rechaça a aplicação da referida teoria ao direito de família brasileiro, tendo em vista, mais uma vez, o projeto consolidado na Carta de 1988, que, ao invés de promover a conservação da concepção tradicional de família, efetivou uma ruptura com o passado, acolhendo o fenômeno familiar sob a perspectiva da pluralidade e da dignidade humana. Prevaleram, portanto, a liberdade e o afeto no direito de família sobre as restrições e exclusões anteriores<sup>297</sup>.

Há, finalmente, aqueles que defendem a impossibilidade de abertura do casamento civil aos casais homoafetivos ao entendimento de que lhes falta o que consideram ser requisito e finalidade da entidade familiar: a capacidade de procriação. A respeito do tema, afirma MARTINS:

No que diz respeito à família, **capaz de gerar prole**, discutiu-se se seria ou não necessário incluir o seu conceito no texto supremo – entidade constituída pela união de um homem e de uma mulher e seus descendentes (art. 226, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º) –, e os próprios constituintes, nos debates, inclusive o relator, entenderam que era relevante fazê-lo, para evitar qualquer outra interpretação, como a de que o conceito pudesse abranger a união homossexual<sup>298</sup> (grifo nosso).

<sup>295</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de direito civil: direito das famílias**, v. 6. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 187.

<sup>296</sup> Idem, *ibidem*, p. 247.

<sup>297</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 654-655.

<sup>298</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Constituição conforme o STF. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 de maio de 2011. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2005201107.htm>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

O motivo aventado nos parece, todavia, infundado. Há de se reconhecer que, embora a filiação se trate de importante aspecto do contexto familiar, a capacidade de procriação não é elemento indispensável à constituição de uma família no direito brasileiro. Caso contrário, o ordenamento deveria também negar às pessoas estéreis o direito ao casamento civil – o que efetivamente não ocorre<sup>299</sup>.

Do mesmo modo como há liberdade aos inférteis de contraírem casamento, se assim o desejarem, garante-se a possibilidade de escolha aos indivíduos que deliberadamente optaram por não ter filhos. Logo, a existência da família não pode estar condicionada à capacidade reprodutiva do casal ou à existência de prole – cuja origem, aliás, pode ser biológica ou socioafetiva.

Destaque-se que o direito brasileiro permite a adoção individual, de forma que um sujeito homossexual poderia, desse modo, constituir entidade familiar monoparental. Em relação ao parceiro, porém, em função das limitações reprodutivas do casal, em tudo similar aos casais heteroafetivos inférteis, negar-se-ia de maneira ilógica a natureza familiar do vínculo afetivo que os une.

Ausentes justificativas racionais para obstar o acesso aos direitos decorrentes do casamento às pessoas homossexuais, subsiste uma última ponderação que merece ser enfrentada: trata-se de investigar a existência de algum empecilho a que se criasse instituição paralela para a garantia desses direitos, outra forma de união civil registrada, destinada exclusivamente ou não aos casais homoafetivos.

#### **4.2. Diferentes, mas iguais: homoafetividade, casamento e parcerias domésticas registradas**

Existem ao redor do globo institutos similares ao casamento civil há mais de vinte anos e sob as mais diversas designações, como forma de apaziguar o debate relativo ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, conferindo aos homossexuais direitos que lhes eram injustificadamente tolhidos. É o que se verificou, ainda em 1989, na pioneira Dinamarca, e se seguiu ao longo dos anos 90 em países como Noruega, Suécia, Islândia, Suíça, Reino Unido<sup>300</sup> e França, com seu *Pacte Civil de Soildarité*, introduzido pela Lei 99-944, de 15 de

<sup>299</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 212.

<sup>300</sup> MEDEIROS, Jorge. **Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**. 2007. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 77-78.



novembro de 1999. A partir do ano de 2000, podem-se citar medidas similares na Alemanha<sup>301</sup> e diversos estados norte-americanos, primeiramente com a chamada união civil em Vermont, solução legislativa decorrente de decisão judicial da Suprema Corte do estado, que reconheceu a obrigação estatal de estender aos casais de homossexuais os mesmos benefícios auferidos por heterossexuais, sem exigir, contudo, que o fizesse por meio da nomenclatura casamento<sup>302</sup>.

Diante dessa variedade de alternativas ao casamento civil que o direito comparado fornece, resta voltar os olhos à realidade brasileira e ao ordenamento pátrio, para indagar quanto à necessidade de ampliação do instituto do casamento civil aos casais homoafetivos. Afinal, por que esses indivíduos não poderiam se contentar com um regime jurídico próprio, a exemplo do que fizeram outras ordens jurídicas? Outrossim, reconhecida a união homoafetiva como espécie de união estável, ou estendidos seus efeitos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, mediante emprego da analogia, para que persistir na luta pelo reconhecimento do direito ao casamento civil?

Há que se considerar, anteriormente, uma importante objeção levantada, algumas vezes, por alas do próprio movimento LGBT, marcadamente pelos adeptos às teorias *queer*, contrários à extensão do casamento civil aos pares homoafetivos. Trata-se da ideia de que a proposta, por mais bem intencionada que seja, tende a promover uma normalização da homossexualidade, isto é, a assimilação forçada dos indivíduos homossexuais ao modo de vida heterossexual, exigindo que seus relacionamentos se conformem aos rígidos parâmetros do matrimônio e, conseqüentemente, desnaturando diferenças e suprimindo a identidade e cultura características de gays e lésbicas<sup>303</sup>.

Existe já uma dificuldade inicial em se definir com clareza a própria “identidade gay” que se diz estar ameaçada pela possibilidade de extensão do casamento civil aos homossexuais, pois, como observa LEE, “sob o rótulo de ‘minorias sexuais’ que representa gays, lésbicas e bissexuais como um coletivo unificado e harmônico constantemente subsiste uma gama de modos de vida”<sup>304</sup>.

<sup>301</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 668-669.

<sup>302</sup> LEE, Man Yee Karen. **Equality, dignity, and same-sex marriage**: a rights disagreement in democratic societies. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 77.

<sup>303</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 656-657.

<sup>304</sup> LEE, Man Yee Karen. **Equality, dignity, and same-sex marriage**: a rights disagreement in democratic societies, op. cit., p. 107.

Ademais, não se olvide que há uma diferença substancial entre impor determinado formato familiar e garantir que os indivíduos possam livremente exercer seu direito de escolha pelo projeto de comunhão de vidas que melhor lhes aproveite. Por tais razões, SARMENTO entende que o argumento beira o autoritarismo, uma vez que julga antecipadamente a família constituída pelo casamento como aspiração ilegítima por parte dos homossexuais, por entendê-la prejudicial à sua própria singularidade. Sob a bandeira do direito à diferença, acaba-se, desse modo, por restringir o âmbito de autodeterminação do sujeito homossexual que, eventualmente, poderia optar espontaneamente pela via do casamento civil<sup>305</sup>.

Feitas estas considerações, retome-se a questão aventada: estaria a controvérsia solucionada pelo mero reconhecimento de direitos aos homossexuais, mediante outro instituto jurídico, reservando a denominação casamento, contudo, aos pares heteroafetivos?

Constata-se, a princípio, que o tratamento jurídico dispensado a estas entidades frequentemente não equivale ao destinado ao casamento, ficando aquém de uma isonomia de direitos e deveres<sup>306</sup>. É o que ocorre, por exemplo, com o PaCS francês, o qual, não obstante represente uma vitória aos movimentos homossexuais do país, deixou de estender aos casais homoafetivos uma série de direitos assegurados aos cônjuges, como a adoção<sup>307</sup>.

Por vezes, essas espécies de parcerias registradas versam tão somente a respeito de questões patrimoniais, sem que sejam consideradas pela legislação estrangeira como entidades familiares. Nesse sentido se encaminhou uma das primeiras tentativas legislativas de regulamentação das uniões homoafetivas em terras brasileiras, o Projeto de Lei 1.151/1995, apresentado pela então Deputada Marta Suplicy. O projeto, que objetivava o reconhecimento das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, abordava o vínculo entre os membros de casais homossexuais sob um ponto de vista estritamente contratual, distante, portanto, da natureza afetiva dos vínculos familiares. Registre-se que, após sucessivas rodadas de debates, foi retirado de pauta no ano de 2001, em razão de acordo de lideranças<sup>308</sup>.

Ademais, é notório o fato de que, em conformidade à atual legislação brasileira, indivíduos que integram uma união estável não gozam de regime jurídico idêntico ao do

<sup>305</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 658.

<sup>306</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 217.

<sup>307</sup> Para maiores informações acerca das diferenças entre o *Pacte Civil de Solidarité* e o casamento civil na França, cf. <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

<sup>308</sup> MEDEIROS, Jorge. **Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**. 2007. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 78-80.

casamento. Há diferenças marcantes entre as duas espécies de entidades familiares, que vão desde questões sucessórias – o companheiro, lembre-se, não é herdeiro necessário, ao contrário do cônjuge – até a prova de existência da própria entidade familiar. Por conseguinte, admitir a incidência das normas relativas à união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, mas vedar seu acesso ao casamento civil implica injustificada restrição na liberdade individual de estruturação da família.

Permanece sem resposta, porém, a indagação relativa a se a criação de um instituto que atribua aos casais homoafetivos regime jurídico em tudo idêntico ao casamento civil alcançaria ou não a buscada isonomia entre homossexuais e heterossexuais.

Há, porém, uma particularidade do casamento que deve ser ressaltada: como uma das espécies de entidade familiar de maior longevidade e estando solidamente arraigado na cultura de quase todas as sociedades, é inegável que o casamento goza de um *status* privilegiado<sup>309</sup>. Simbolicamente, o ato representa o ápice da solidez de uma relação, do afeto e da comunhão de vidas a que um casal pode aspirar – não é por menos, afinal, que se reveste de tanta complexidade, seja para se constituir quanto para se dissolver –, de forma que a questão em relação aos homossexuais não pode ser encarada à luz de uma simples desigualdade em termos de vantagens materiais – como na perspectiva distributiva assinalada por FRASER<sup>310</sup>. Trata-se “de franquear, aos que optarem por isso, as portas do universo simbólico associado ao casamento, que, para muitos, denota, em seu grau máximo, a respeitabilidade social de um vínculo afetivo”<sup>311</sup>.

Não se desconheça que a legislação, tanto infra quanto constitucional, comporta uma inseparável dimensão simbólica, que pode se expressar, por exemplo, pela ratificação dos valores sociais cultivados por um grupo em detrimento de outros, podendo estabelecer, conseqüentemente, quais os projetos de vida são dignos de apreço, consideração e respeito públicos e quais não o são<sup>312</sup>. No caso, postula-se ser o heterossexismo perspectiva assimilada constitucionalmente, a fim de excluir a homossexualidade como modo de vida legítimo aos olhos do Estado e da sociedade – daí se entender inadmissível permitir que homossexuais acessem ao casamento.

---

<sup>309</sup> Idem, *ibidem*, p. 91.

<sup>310</sup> Vide: FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

<sup>311</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 656.

<sup>312</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo WMF Martins Fontes, 2011, p. 54.

Uma interpretação que desconsidere esses aspectos subjacentes à definição do sentido da norma acaba por privar a Constituição do potencial de atualização de seu conteúdo, que se dá pela via da reforma constitucional, mas também por seu processo de concretização. Isso só é possível graças ao que NEVES entende como princípio da não-identificação das Cartas “com concepções abrangentes (totais) de caráter religioso, moral, filosófico ou ideológico”, que, caso não fosse observado, limitaria consideravelmente a complexidade do sistema constitucional em comparação à do sistema social que o circunda<sup>313</sup>.

Visto sob esse ângulo, a nomenclatura atribuída à união formalizada importa e muito. Reconhecimento, afinal, não se circunscreve à concessão de um conjunto de direitos. Importa ainda, especialmente em relação aos homossexuais, a promoção do *status*. Ao se traçar uma barreira que delimita a parceria registrada homoafetiva e o casamento heteroafetivo, por mais similares que sejam os regimes jurídicos de ambas, está-se a asseverar a existência de cidadãos de primeira e de segunda classe – isto é, aqueles que são dignos de adentrar as portas do casamento e aqueles não o são.

Conforme sinaliza MEDEIROS, a tolerância aos homossexuais pode até permitir a outorga de direitos, mas não se confunde com o reconhecimento de identidades, que, nesse caso, se efetiva apenas pela a extensão do casamento civil aos pares homoafetivos<sup>314</sup>. É o que requer uma concepção de igualdade aberta à diferença – caso contrário, promove-se uma integração da homoafetividade pela guetificação dos indivíduos, deixando o Estado de tratá-los com igual respeito e consideração<sup>315</sup>.

Veja-se que não se está a erigir obstáculos a que sejam criados novos institutos e regimes jurídicos destinados a regular o fenômeno familiar. Essa proposta vai, inclusive, ao encontro do paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988 de promoção da pluralidade como valor característico da experiência familiar, que se expressa nos mais diversos formatos. Advogar em sentido contrário equivaleria a suprimir a diferença, exigindo que a vivência afetiva se conformasse aos padrões familiares já reconhecidos<sup>316</sup>.

Entretanto, é preciso que as diferentes modalidades de família abrigadas pelo direito sejam aproveitadas de maneira universal, isto é, que se garanta a cada sujeito liberdade para que possa optar não apenas pelo parceiro com quem manterá vínculos afetivos, mas

---

<sup>313</sup> Idem, *ibidem*, p. 72-73.

<sup>314</sup> MEDEIROS, Jorge. **Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**. 2007. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 93.

<sup>315</sup> Idem, *ibidem*, p. 99.

<sup>316</sup> MEDEIROS, Jorge. **Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**. 2007. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 87.

também pela forma de comunhão de vida que melhor se ajuste às suas necessidades existenciais e à sua concepção particular de felicidade. Esta perspectiva igualitária e acolhedora às diferenças não se perfaz enquanto permanecer o casamento compreendido como privilégio de um grupo dotado de *status superior*<sup>317</sup>.

Sob essa óptica, percebe-se que, embora importantes, as parcerias civis registradas ou a própria união estável são, por si só, medidas apenas paliativas quanto à questão homoafetiva. Avançam com a extensão de direitos anteriormente não gozados pelos casais homoafetivos, mas são insuficientes, em termos de reconhecimento, enquanto se compreender restrito o acesso destes indivíduos ao casamento civil, à revelia de comandos constitucionais<sup>318</sup>.

Interpretações dessa estirpe são eivadas de inconstitucionalidade sob outro aspecto: verifica-se que, além de introduzirem injustificado *discrímén* por razão de orientação sexual, a defesa do casamento como regime exclusivo a heterossexuais institui uma forma de hierarquização das entidades familiares estranha à Carta de 1988<sup>319</sup>. Cumpre reiterar aqui a lição de LÔBO, no sentido de que a leitura que melhor se coaduna à proposta da Constituição Federal prima pela igualdade entre os tipos de família, arrolados ou não no texto constitucional, e pela liberdade dos sujeitos de optarem conforme suas aspirações – inexistente, portanto, qualquer proeminência do casamento<sup>320</sup>, como uma instituição à parte, acessível somente a indivíduos heterossexuais.

Não se olvide, ainda, a posição de parte da doutrina que, diante do enunciado do § 2º do art. 5º da Constituição<sup>321</sup>, fazem eco às palavras de CHAVES, ao consignar que “é fato patente” a existência de um direito fundamental ao casamento na Carta Brasileira<sup>322</sup>, razão pela qual se questiona: “por que o matrimônio homossexual não está inserido no âmbito de aplicação deste direito?”<sup>323</sup>.

<sup>317</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

<sup>318</sup> MEDEIROS, Jorge. **Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**, op. cit., p. 151.

<sup>319</sup> Idem, *ibidem*, p. 152.

<sup>320</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74-76.

<sup>321</sup> “Art. 5º [...]§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>322</sup> Nesse sentido: LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92; 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. 357-358.

<sup>323</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades, op. cit., p. 219.

Veja-se que as razões até aqui apresentadas demonstram ser não apenas possível, como decorrência direta da Constituição brasileira, sob uma interpretação contextualizada e coerente do sistema jurídico pátrio, o reconhecimento de que o casamento civil estende-se igualmente a homossexuais e heterossexuais.

Decerto, a concretização dos preceitos fundamentais seria simplificada, em relação aos casais homoafetivos, mediante alteração legislativa que explicitasse a garantia ao casamento. Nada impede, porém, que se usufrua imediatamente de um direito amparado pela própria Constituição Federal<sup>324</sup>, seja de forma direta, pelo processo de habilitação, seja mediante conversão de união fática preexistente.

Desta forma, faz-se essencial a atividade judicante quando injustificadamente se opuserem óbices a que sujeitos homossexuais tenham acesso ao casamento civil. Não se trata do desempenho pelo Poder Judiciário da função de superego da sociedade, com vistas a delimitar os horizontes morais da comunidade, mas da efetivação de garantias e liberdades fundamentais a respeito das quais já há adesão social, em virtude de sua inserção na Carta<sup>325</sup>.

O curso dos acontecimentos no direito comparado tem corroborado estas ponderações, porquanto, à medida que diminui a perplexidade diante da ideia de duas pessoas de mesmo sexo contraírem casamento, o reconhecimento do direito vai se efetivando em diferentes países.

A Holanda foi o primeiro Estado a legislar sobre o tema, no ano de 2001, acompanhada pela Bélgica, em 2003<sup>326</sup>. Estendem também o casamento a homossexuais, desde 2005, Espanha<sup>327</sup> e Canadá, tendo o último submetido a legislação à consulta prévia perante a Suprema Corte local, que não apenas declarou sua constitucionalidade, como consignou se tratar de concretização do princípio da igualdade<sup>328</sup>. Um ano depois, em resposta à decisão judicial de sua Corte Constitucional<sup>329</sup>, foi alterada a legislação sul-africana,

<sup>324</sup> MEDEIROS, Jorge. **Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**. 2007. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 154.

<sup>325</sup> Idem, *ibidem*, p. 104.

<sup>326</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 669.

<sup>327</sup> Cf. Ley 13/2005, disponível em: <[http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\\_espa/l\\_013\\_2005.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/l_013_2005.pdf)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>328</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, *op. cit.*, p. 669-670.

<sup>329</sup> A Corte Constitucional da África do Sul, ao julgar, em 2005, o caso *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another* declarou incompatíveis com a Constituição sul-africana as definições de casamento fornecidas pela Common Law e pela Seção 30(1) do Marriage Act, suspensos por doze meses os efeitos da decisão pela inconstitucionalidade para possibilitar ao legislativo providenciar as alterações necessárias, ressaltando, porém, que, decorrido o prazo sem modificações, os dispositivos legais concernentes ao casamento

passando a admitir de maneira igualitária a heterossexuais e homossexuais tanto o casamento quanto a parceria civil registrada<sup>330</sup>. Em 2009, foi reconhecido o casamento neutro em termos de gênero na Noruega<sup>331</sup> e na Suécia<sup>332</sup>. O ano de 2010 foi marcado pela conquista do direito ao casamento pelos movimentos LGBT de Portugal<sup>333</sup>, Islândia<sup>334</sup> e Argentina<sup>335</sup>. Finalmente, a Dinamarca passou a integrar o rol em 2012<sup>336</sup>.

Nos Estados Unidos, a matéria é regulada em nível estadual, contabilizando ao menos nove jurisdições em que o direito ao casamento homoafetivo é reconhecido. Destacam-se entre estas os estados de Maine, Maryland e Washington, que em mudança histórica, aprovaram a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo mediante votação direta do eleitorado<sup>337</sup>. Assinale-se que em Massachussets a vanguarda em relação à matéria foi judicial, tendo em vista a redefinição do termo casamento a fim de incluir casais homoafetivos operada pela Suprema Corte do estado, em julgamento no ano de 2003<sup>338</sup>.

Interessante destacar o movimento de transição pelo qual passaram vários países listados, a exemplo de Noruega, Suécia e Islândia, nos quais a semente para o reconhecimento de direitos civis aos homossexuais foi lançada com a aprovação de espécies alternativas de união civil e, com o amadurecimento da sociedade em relação à questão, culminou na legalização do casamento civil aos parceiros de mesmo sexo. São evidências que tendem a reforçar a tese da essencialidade do direito ao casamento para se alcançar uma igualdade substancial. O movimento, aliás, continua, uma vez que o tema voltou ao centro das atenções

passariam a ser lidos abarcando as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/5257.PDF>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>330</sup> Civil Union Act (Act No. 17 of 2006). Disponível em: <<http://www.info.gov.za/view/Download-FileAction?id=67843>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>331</sup> Act 27/2008. Disponível em: <<http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/Acts/the-marriage-act.html?id=448401>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>332</sup> Mais informações acerca do chamado Gender-neutral marriage em: <<http://www.ud.se/content/1/c6/12/55/84/ff702a1a.pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>333</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 226-227.

<sup>334</sup> Islandia aprueba el matrimonio homosexual. **El País**. Disponível em: <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208_850215.html)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>335</sup> Ley 26.618/2010. Disponível em: <[http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk\\_seccion=documento&registro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520026618%25202010%252007%252015](http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento&registro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520026618%25202010%252007%252015)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>336</sup> Denmark approves same-sex marriage and church weddings. **BBC**. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-18363157>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>337</sup> Same-Sex Marriage, Civil Unions, and Domestic Partnerships. **New York Times**. Disponível em: <[http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/s/same\\_sex\\_marriage/index.html](http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/s/same_sex_marriage/index.html)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

<sup>338</sup> LEE, Man Yee Karen. **Equality, dignity, and same-sex marriage**: a rights disagreement in democratic societies. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 77-78.

no Reino Unido e na França, no início de 2013, em razão de propostas legislativas para estender o casamento civil aos casais homossexuais<sup>339</sup>.

Resta demonstrar a forma como os argumentos até aqui aventados foram, ao longo do tempo, sendo incorporadas pela comunidade jurídica brasileira, expressando-se numa pluralidade de julgados acerca do tema, que revelam uma pelo menos aparente trajetória ascendente de reconhecimento.

### 4.3. A homoafetividade e a jurisprudência brasileira

A homoafetividade padece no Brasil de uma inegável invisibilidade legislativa. Não existe qualquer menção às uniões entre pessoas do mesmo sexo no que toca às mais básicas garantias do direito de família. A única ressalva, em nível federal, diz respeito à Lei 11.340 – Lei Maria da Penha –, de 7 de agosto de 2006, que visa a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A inércia do Legislativo quanto ao tema, associada a outros três fenômenos, quais sejam a judicialização das relações sociais, a emergência de demandas em face do Estado relativas aos desdobramentos da convivência *more uxorio* entre pessoas do mesmo sexo e a revolução axiomática operada pela Constituição Federal de 1988, explicam o protagonismo judicial nas conquistas brasileiras em termos de direitos dos homossexuais.

É no Poder Judiciário que estas pessoas têm encontrado, com maior frequência, amparo estatal com vistas à concretização de seus direitos fundamentais. Repare-se, todavia, que, em face da dificuldade de superação de padrões culturais milenares assentados no heterossexismo, a promulgação da Carta, por si só, não se mostrou apta a garantir, de início, o devido reconhecimento à homoafetividade – mesmo que judicialmente. Não obstante, levando-se em conta o caráter dinâmico da família e tendo em vista a essência construtiva da atividade interpretativa, os anos que seguiram à Constituição Federal de 1988 foram de gradual reconstrução dos propósitos do direito de família, sendo revisitados seus principais conceitos, a partir de novos olhares promovidos pelas transformações sociais.

A própria magistratura, afinal, enfrentou dificuldades para, de início, sobrepujar preconceitos históricos. Embora cientes da ausência de justificativas para que se negassem

---

<sup>339</sup> Parlamento do Reino Unido aprova casamento gay, **Estadão**, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,parlamento-do-reino-unido-aprova-casamento-gay,993415-0.htm>>; e Assembleia Nacional da França aprova casamento homossexual, **G1**, disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/02/assembleia-nacional-da-franca-aprova-casamento-homossexual.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.



direitos decorrentes da união afetiva entre homossexuais, expurgando de quaisquer repercussões jurídicas fato da vida de máxima importância, o obstáculo inicial observado pelos juízes brasileiros dizia respeito à possibilidade de consideração do vínculo afetivo entre sujeitos do mesmo sexo como de natureza familiar<sup>340</sup>.

Assentados os fundamentos para o reconhecimento jurídico não apenas dos efeitos da união estável aos homossexuais, como de seu direito ao casamento, exsurge a necessidade de que se apresente a trajetória jurisprudencial brasileira acerca do tema – o que se fará de maneira prioritariamente descritiva, a fim de verificar se as teses aqui aventadas têm encontrado respaldo nos tribunais nacionais.

#### 4.3.1. O começo de uma travessia

Foi a Justiça fluminense a pioneira no reconhecimento de direitos oriundos dos relacionamentos entre homossexuais, embora, à época, em virtude desta resistência inicial, tenha-o feito fora do âmbito do direito de família, abordando a matéria sob a perspectiva do direito das obrigações. Trata-se do caso do artista plástico Jorge Guinle, que durante dezessete anos manteve união com parceiro de mesmo sexo, dissolvida por ocasião de seu falecimento. Em disputa judicial entre o espólio do *de cujus* e seu companheiro, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a existência de sociedade de fato entre Marco Aurélio Cardoso Rodrigues e o falecido Jorge Guinle, asseverando que, comprovada a conjugação de esforços de ambos para a formação do patrimônio, era imperioso que se procedesse à partilha dos bens, proporcionalmente à contribuição de cada um<sup>341</sup>.

O decurso do tempo fez com que o entendimento firmado pela Corte fluminense ganhasse novos adeptos, sendo reafirmado em diversos estados brasileiros<sup>342</sup> e, também, no Superior Tribunal de Justiça<sup>343</sup>.

<sup>340</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 173.

<sup>341</sup> “Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição” (Apelação Cível nº 731, Rel. Des. Narcizo Pinto, 5ª Câmara Cível do TJRJ, julgada em 08/08/1989).

<sup>342</sup> EMENTA: AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO - CONCORRÊNCIA DE ESFORÇOS E RECURSOS PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO - SOCIEDADE DE FATO RECONHECIDA - PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO DEFERIDA - DANO MORAL - RESPONSABILIDADE DO COMUNHEIRO FALECIDO PELA TRANSMISSÃO DO VÍRUS DA AIDS - INDENIZABILIDADE -

A solução se socorre de construção doutrinária e jurisprudencial, sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal na década de 60, com a edição da Súmula 380, a qual prevê: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”<sup>344</sup>.

Todavia, deve-se ter em mente que, à época, a Constituição brasileira e o Código Civil reconheciam apenas a família constituída pelo casamento, de forma que as uniões informais eram excluídas da proteção jurídica proporcionada pelo direito de família. A fim de contornar esse obstáculo, que propagava injustiças principalmente em relação às mulheres abandonadas por seus companheiros, sem qualquer suporte material, o Judiciário amparou-se, então, no direito obrigacional, traçando um paralelo entre esses vínculos e as sociedades de natureza econômica para, assim, mediante prova do empenho mútuo na consolidação do patrimônio do casal, se permitir a partilha<sup>345</sup>.

Veja-se que, ante a perplexidade suscitada pelas demandas referentes às uniões homoafetivas, não abarcadas explicitamente pela nova Constituição, a orientação firmada décadas atrás aparentou ser o caminho mais seguro para, a princípio, regular também o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. VENOSA advoga nesse sentido<sup>346</sup>.

---

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - CAUSA DE NATUREZA PATRIMONIAL [...] (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível nº 2.0000.00.309092-0/000, Rel. Des. (a) Jurema Miranda, 3ª Câmara Cível, DJ de 09/03/2002).

<sup>343</sup> Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do c. Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do c. Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. (STJ, REsp 148.897/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ de 06/04/1998, p. 132).

<sup>344</sup> Súmula 380, Supremo Tribunal Federal, DJ de 08/05/1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/juris-prudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2013.

<sup>345</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80.

<sup>346</sup> Importante ressaltar que, na compreensão do ilustre jurista, “enquanto não houver aceitação social majoritária dessas uniões, que se traduza em possibilidade legislativa, as repercussões serão majoritariamente patrimoniais por analogia a sociedades de fato” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família** 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 432). Com a devida vênia, acreditamos que não se trata da abordagem mais adequada do tema em face do paradigma constitucional hodierno. A democracia, como bem se sabe, a despeito de usualmente formulada nesses termos, não deve ser encarada simplesmente como o governo da maioria (DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**. Massachusetts: Harvard University Press, 2000, p. 357-358). Nem sempre a capacidade dos indivíduos de influenciar o processo decisório será equânime, especialmente em relação a segmentos subrepresentados no campo legislativo. Além disso, a existência de contumaz e enraizado preconceito contra determinados indivíduos impede que seus interesses sejam apreciados com igual consideração por seus pares. E já se demonstrou que os homossexuais enfrentam ambas as dificuldades. Por conseguinte, sustentar que o reconhecimento do caráter familiar das uniões homoafetivas depende de uma mudança na mentalidade majoritária da sociedade é o mesmo que espezinhar a ideia de direitos fundamentais, verdadeiros trunfos contra a maioria – uma conquista alcançada pelo pensamento pós-positivista e consagrada na Constituição de 1988.

Não há dúvidas, porém, de que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, desapareceu a razão de existência do enunciado. Uma vez acolhida a pluralidade do fenômeno familiar, descabe recorrer a ramos alternativos do direito para que as entidades familiares, qualquer que seja sua configuração, encontrem proteção jurídica. Caso contrário, o entendimento outrora criado para garantir direitos convolar-se-á em instrumento de exclusão<sup>347</sup>, porquanto, ao ocultar a verdadeiro natureza do liame que une os indivíduos, isto é, o afeto, “representa uma violência simbólica contra os homossexuais, que referenda o preconceito existente contra eles no meio social”<sup>348</sup>. Conclui LÔBO acerca da artificialidade que subjaz à proposta:

O equívoco de aplicação da Súmula 380 à união estável expandiu-se às demais entidades familiares. Com efeito, o fundamento na orientação contida na Súmula, ainda quando ela não seja claramente indicada, contém um insuperável defeito de origem, pois considera as relações afetivas como relações exclusivamente patrimoniais, não regidas pelo direito de família. Afinal, que “sociedade de fato” mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?<sup>349</sup>.

#### 4.3.2. Novos rumos: homoafetividade e família

O passo seguinte rumo ao reconhecimento dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares foi dado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 1999, ao decidir pela competência das Varas de Família para o julgamento de questões relativas à união afetiva entre homossexuais:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (TJRS, AI 599.075.496, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, 8ª Câmara Cível, julgado em 17/07/1999).

A posição firmada pela corte estadual não se disseminou imediatamente – mesmo o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em sentido contrário, algum tempo depois,

<sup>347</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80.

<sup>348</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 623.

<sup>349</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**, op. cit., p. 80.

fixando a competência das Varas Cíveis<sup>350</sup>. Mantinha-se incontestado o uso do art. 981 do Código Civil, remetendo à regulação das sociedades de fato<sup>351</sup>.

Todavia, era cada vez mais patente que a resolução das controvérsias em campo estranho ao direito de família não supria os interesses dos litigantes, tampouco se coadunava ao propósito das normas constitucionais. Afinal, embora translúcida a configuração tipicamente afetiva e familiar das uniões entre homossexuais, seus membros encontravam-se impedidos de requerer alimentos, gozar de benefícios previdenciários ou, dentre tantas outras limitações, aproveitar efeitos sucessórios decorrentes do relacionamento<sup>352</sup>.

No ano de 2000, porém, a Corte gaúcha deu sequência à orientação que firmara anteriormente e, ao prolatar decisão inédita, reconheceu como entidade familiar a relação entre pessoas do mesmo sexo, possibilitando, conseqüentemente, que se efetuasse a meação do patrimônio adquirido pelo casal durante a união<sup>353</sup>.

Uma vez cruzada a linha que separava a homossexualidade da concepção jurídica de família, disseminaram-se pelos tribunais brasileiros as mais variadas abordagens em face das uniões homoafetivas, culminando em acentuada divergência jurisprudencial, que perdurou por aproximadamente dez anos. A oscilação de orientações era tanta, que os posicionamentos

---

<sup>350</sup> COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. – Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 323.370/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, 4ª Turma, DJ de 14/03/2005, p. 340).

<sup>351</sup> Direito civil. União homossexual. Sociedade de fato. Configuração dos requisitos do artigo 363, do antigo Código Civil. Declaração da existência da sociedade. Indenização pelo período de convivência indevida, posto que não caracterizado ato ilícito. Apelação parcialmente provida (TJPR, Apelação Cível 214205-8, Rel. Des. Salvatore Antonio Astuti, 10ª Câmara Cível, julgado em 12.04.2005).

<sup>352</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 174.

<sup>353</sup> UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO PARADIGMA. NÃO SE PERMITE MAIS O FARISAÍSMO DE DESCONHECER A EXISTÊNCIA DE UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS DERIVADOS DESSAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS, SÃO REALIDADES QUE O JUDICIÁRIO NÃO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATÁRIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUÊNCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELAÇÕES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICAÇÃO DA ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMÔNIO HAVIDO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIÃO ESTÁVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUÇA A MELHOR HERMENÊUTICA. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISÃO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS (TJRS, Apelação Cível Nº 70001388982, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Sétima Câmara Cível, Julgado em 14/03/2001).

contrastantes se verificavam não apenas entre cortes distintas, mas, também, entre os julgados de um mesmo tribunal<sup>354</sup>.

Saliente-se que, se de um lado havia resistência em abandonar o ramo obrigacional para que a apreciação das uniões homoafetivas adentrasse as normas do direito de família<sup>355</sup>, noutra perspectiva, multiplicavam-se decisões vislumbrando reflexos diversos das relações entre pessoas do mesmo sexo, compreendidas como entidades familiares. Nesse sentido, podem-se listar, a título de exemplo: (a) o reconhecimento de parceiros homossexuais como dependentes, para fins de concessão de benefícios previdenciários perante o INSS, tais como pensão por morte e auxílio-reclusão<sup>356</sup>; (b) a inclusão de companheiro de mesmo sexo

<sup>354</sup> Confiram-se, por exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: (1) Agravo de instrumento - Reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva - Preliminar - Impossibilidade jurídica do pedido - Acolhimento - Recurso provido para extinguir a ação sem apreciação do mérito (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0121708-76.2007.8.26.0000, Rel. Des. Jesus Lofrano, 3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12/08/2008); e (2) Indeferimento da inicial. Reconhecimento de união estável homoafetiva. Pedido juridicamente possível. Vara de Família. Competência. Sentença de extinção afastada. Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito (TJSP, Apelação nº 0120784-31.2008.8.26.0000, Rel. Des. Caetano Lagrasta, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 01/04/2008).

<sup>355</sup> RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL OU SOCIEDADE DE FATO. PESSOAS DO MESMO SEXO. FILIAÇÃO DE FILHO MENOR. RETIFICAÇÃO EM REGISTRO PÚBLICO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA. A convivência entre pessoas do mesmo sexo não é reconhecida como união estável, pois o artigo 1.723 do Código Civil, na linha do que dispõe o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, claramente estabelece que a união estável é aquela havida entre o homem e a mulher. A declaração de sociedade de fato possui cunho meramente patrimonial, não se cuidando para fim de reconhecimento de maternidade de ambas as conviventes em relação ao filho menor, com a retificação do registro público (TJDFT, Apelação Cível nº 20090610064258, Rel. Des. Natanael Caetano, 1ª Turma Cível, DJE de 16/11/2009).

<sup>356</sup> CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Possui legitimidade ativa o Ministério Público Federal em se tratando de ação civil pública que objetiva a proteção de interesses difusos e a defesa de direitos individuais homogêneos. 2. Às ações coletivas não se nega a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 3. A regra do art. 16 da Lei nº 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que os limites da competência territorial do órgão prolator, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas sim, aqueles previstos no art. 93 do CDC. 4. Tratando-se de dano de âmbito nacional, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. 5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua

em plano de saúde<sup>357</sup>; e (c) a obrigação de prestar alimentos em decorrência da manutenção de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo<sup>358</sup>. Veja-se que as hipóteses mencionadas partem todas de uma mesma premissa: independentemente de previsão legal acerca da caracterização das uniões homoafetivas como entidades familiares, decorre da própria Constituição Federal o imperativo de que se lhes dispense o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis heteroafetivas, em razão de sua similitude.

Não se olvide terem sido editados, nesse período, atos normativos oriundos de entidades ligadas ao Poder Executivo, atribuindo efeitos jurídicos às uniões homoafetivas semelhantes aos destinados a relacionamentos heterossexuais<sup>359</sup>, como, por exemplo, a Resolução Normativa nº 75/2008 do Conselho Nacional de Imigração, que “dispõe sobre critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo”<sup>360</sup>;

---

própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão (TRF4, Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0, 6ª Turma, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira, DJ de 10/08/2005).

<sup>357</sup> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INCLUSÃO DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL EM PLANO DE SAÚDE DE SERVIDOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE – RESPEITO ÀS OBRIGAÇÕES E DIREITOS MÚTUOS DECORRENTES – SUPRESSÃO DE LACUNA LEGAL PELO PODER JUDICIÁRIO – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – RECURSO PROVIDO. Muito embora não haja legislação específica regulamentando a união homoafetiva, em face das constantes mudanças sociais, o Poder Judiciário deve suprir a lacuna legal, trazendo ao caso concreto a devida solução. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, prescreve que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é o de promover o bem estar de todos sem nenhuma forma de discriminação, de maneira que a inclusão de companheiro homossexual como dependente do servidor titular de plano de assistência médica é perfeitamente admissível, por se equiparar, por analogia, a união homossexual à união estável. A inclusão do dependente deve ser feita na forma prevista nos estatutos da entidade ou contrato firmado, com integral respeito às obrigações e direitos mútuos dela advindos. É pacífico na jurisprudência pátria ser desnecessária qualquer manifestação expressa sobre os dispositivos legais invocados, bastando, para tanto, a apreciação das questões postas para restar configurado o questionamento implícito (TJMS, Apelação Cível nº 2006.012197-9/0000-00, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, 2ª Turma Cível, julgado em 17/10/2006).

<sup>358</sup> Agravo de instrumento - Ação de declaração e dissolução de união estável homoafetiva - Indeferimento do pedido liminar de alimentos sob a alegação de inexistência de previsão legal - Agravo de instrumento - Hipótese de lacuna legislativa - Integração por meio de analogia com o instituto da união estável - Evidência de que as partes mantiveram relação pública contínua e duradoura por anos - Binômio necessidade/possibilidade comprovado pelos documentos que instruíram a inicial - Alimentos devidos - Recurso provido (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0137184-52.2010.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Garcia, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10/08/2010).

<sup>359</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p.185-196.

<sup>360</sup> Resolução Normativa nº 72, de 29 de janeiro de 2008. **Conselho Nacional de Imigração**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEDF4890517A7/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20N%C2%BA%2077,%20de%2029%2001%202008.pdf>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2013.

ou o Parecer PGFN/CAT/Nº 1.503/2010, aprovado pelo Ministro da Fazenda, relativo à inclusão de dependente homoafetivo para efeito de Imposto de Renda<sup>361</sup>.

Destaca-se, ainda, a oscilação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, uma vez que a Corte detém competência constitucional para uniformizar a interpretação dispensada à legislação federal. Sua primeira manifestação no que atine às uniões homoafetivas deu-se nos autos do REsp 148.897/MG<sup>362</sup>, julgado em 10 de fevereiro de 1998, ocasião em que aderiu ao entendimento de que tais relacionamentos consistiam em sociedade de fato – afeitos, portanto, ao ramo do direito das obrigações. Importante anotar, contudo, que o próprio autor do processo havia circunscrito seu pedido ao âmbito obrigacional na exordial. Essa orientação foi reafirmada em julgados posteriores do Tribunal, como no REsp 323.370/RS<sup>363</sup>.

Sem embargo, destoou destes precedentes a decisão a que chegou a 3ª Turma do STJ no julgamento do REsp 238.715/RS que, aplicando analogicamente à união homoafetiva os direitos oriundos da união estável, admitiu a inclusão de parceiro homossexual dependente em plano de assistência médica<sup>364</sup>. A evolução deste entendimento levou com que, em 2010, o Superior Tribunal de Justiça reconhecesse até mesmo o direito à adoção conjunta por casal homoafetivo, em decisão histórica<sup>365</sup>.

Sem embargo, anotam-se retrocessos pontuais na posição da Corte Superior: nos recursos especiais 633.713/RS e 704.803/RS, julgados em 2010, sob a relatoria do Desembargador Convocado Vasco Della Giustina, retomou-se a via do direito das obrigações para classificar a relação entre indivíduos do mesmo sexo como sociedade de fato<sup>366</sup>. Em linhas gerais, porém, pode-se afirmar que, até meados do ano de 2011, o STJ se encaminhava para pacificar a questão no sentido de conferir paridade de tratamento a casais heteroafetivos e homoafetivos<sup>367</sup>.

<sup>361</sup> Parecer PGFN/CAT/Nº 1.503/2010. **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc/view>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2013.

<sup>362</sup> STJ, REsp 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ de 06/04/1998.

<sup>363</sup> STJ, REsp 323.370/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, DJ de 14/03/2005.

<sup>364</sup> STJ, REsp 238.715/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 02/10/2006.

<sup>365</sup> STJ, REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10/08/2010.

<sup>366</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A posição do Superior Tribunal de Justiça. In: \_\_\_\_\_. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. Texto integral do capítulo disponibilizado pelo autor em: <<http://pauloriv71.wordpress.com/>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

<sup>367</sup> Corroboram esse entendimento as decisões proferidas pela 3ª Turma no REsp 1.026.981 / RJ, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/02/2010, e no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 971.466, de relatoria do Min. Ari Pargendler, julgado em 02/09/2008.

Vale, ainda, citar curioso julgado do Tribunal Superior Eleitoral, prolatado em 2004, na análise do RESPE 24.564/PA, de relatoria do Min. Gilmar Mendes. O caso mostra-se peculiar, pois, ao contrário das hipóteses apresentadas anteriormente, a discussão na Corte Superior cingia-se não ao reconhecimento de direitos aos integrantes de uniões homoafetivas, mas impedimentos decorrentes dos relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo. Dessa forma, embora não tenha caracterizado a relação como entidade familiar, decidiu o TSE pela incidência da regra de inelegibilidade reflexa prevista no art. 14, § 7º, da Constituição aos casais homossexuais, declarando inelegível, portanto, candidata ao cargo de prefeita de Viseu, no Pará, tendo em vista o relacionamento estável que mantinha com a então prefeita reeleita do município<sup>368</sup>.

Até então, assinala-se, inexistia manifestação colegiada do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Colhem-se, porém, três decisões monocráticas de singular relevo.

Primeiramente, tem-se o RE 406.837/SP, em que o Min. Eros Grau, relator do processo, negou seguimento ao recurso extraordinário, ante a falta de prequestionamento da questão discutida nos autos, qual seja a possibilidade de pagamento de pensão estatutária em virtude de união homossexual, à luz do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Entretanto, acrescentou o relator que, mesmo superado o óbice processual, o dispositivo constitucional suscitado “somente reconhece como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher, desde que entre esses não se verifique nenhum impedimento legal à conversão dessa união em casamento”<sup>369</sup>.

Cite-se também a Suspensão de Segurança 1.984/RS, requerida pelo INSS em face de decisão que, em antecipação de tutela, determinou a inclusão de parceiros homossexuais como dependentes para efeito de benefícios previdenciários. O Presidente da Corte à época, Min. Marco Aurélio, indeferiu o pedido, por não visualizar excepcionalidade no caso que permitisse afastar, na ocasião, entendimento fundamentado da sentença que rejeitou uma interpretação isolada do art. 226, § 3º, da Carta brasileira, ponderando ainda ser vedada pelo art. 5º do texto constitucional qualquer discriminação fundada em orientação sexual<sup>370</sup>.

Já a ADI 3.300/DF impugnava a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.278/1996, antiga lei que regulamentava a união estável, com fundamento também no art. 5º da Lei Maior, ao argumento de que o dispositivo legal excluiu injustamente as uniões homoafetivas

---

<sup>368</sup> TSE, RESPE 24.564 / PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicado em Sessão em 01/10/2004.

<sup>369</sup> STF, RE 406.837/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 31/03/2005.

<sup>370</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 438.



da disciplina jurídica conferida às entidades familiares, incorrendo, portanto, em ofensa à Carta da República. O relator da ação, Min. Celso de Mello, julgou-a prejudicada, em razão da revogação do dispositivo questionado, com o advento do Código Civil de 2002, que regulamenta o tema em seu art. 1.723. Sem embargo, o ministro adentrou o mérito da controvérsia, tecendo profícuas considerações a seu respeito:

[...] cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas [...] <sup>371</sup>.

Verificada a tendência de que o tema ascendesse às Cortes superiores brasileiras, era questão de tempo até que a controvérsia fosse enfrentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, fixando ou não a natureza familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

#### **4.3.3. O reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas**

As expectativas se concretizaram, uma vez que, em fevereiro de 2008, o então governador do Estado do Rio de Janeiro propôs perante o Supremo Tribunal Federal a ADPF 132. Foram arrolados como preceitos fundamentais violados os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, bem como os direitos à igualdade e à liberdade. Segundo consta da petição inicial, a ofensa à Carta da República decorreu de interpretação destinada aos artigos 19, II e V, e 33, I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei 220/1975 –

---

<sup>371</sup> STF, ADI 3300 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 09/02/2006.

Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro –, porquanto conferiam tratamento discriminatório em relação às uniões homoafetivas; assim como o conjunto de decisões judiciais prolatadas no Estado do Rio de Janeiro contrárias à ampliação do regime jurídico da união estável a casais de homossexuais. Subsidiariamente, pediu-se que o feito fosse processado como ação direta de inconstitucionalidade, para excluir qualquer sentido do art. 1.723 do CC que importasse caráter discriminatório em relação aos homossexuais, mediante utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Em sentido similar, mas objetivando efeitos em âmbito nacional, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, em 22 de julho de 2009, a ADPF 178, posteriormente convertida na ADI 4277, visando ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, uma vez preenchidos os requisitos exigidos à constituição de união estável heteroafetiva, para que os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Com manifestações favoráveis emitidas pela Procuradora-Geral da República da República Deborah Duprat e pelo então Advogado-Geral da União, atualmente ministro da Suprema Corte, Dias Toffoli, os processos foram apensados e submetidos a julgamento conjunto pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 4 de maio de 2011.

Marco paradigmático para o direito de família pátrio, após sustentações orais das nove entidades admitidas no processo na qualidade de *amicus curiae*, sendo sete favoráveis aos pedidos formulados e dois contrários, a Corte finalmente firmou seu entendimento, no dia 5 daquele mês, em histórica votação unânime, que reconheceu como entidades familiares constitucionalmente tuteladas as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, submetidas ao mesmo regime de direitos e deveres decorrentes de uniões estáveis heteroafetivas<sup>372</sup>.

Votaram no julgamento dez dos onze ministros que integram a Corte, uma vez que o Min. Dias Toffoli se declarou impedido, tendo em vista sua atuação no feito quando ainda ocupava o cargo de Advogado-Geral da União. Destes, seis acompanharam integralmente o entendimento do relator Min. Ayres Britto, ao passo que os três votos restantes, conquanto tenham convergido para igual resultado, apresentaram fundamentação em alguns aspectos destoantes da maioria.

De início, o Min. Ayres Britto consignou a perda de objeto da ADPF 132, no que toca ao pedido principal, visto que alterações promovidas na legislação fluminense

---

<sup>372</sup> STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011, ADI 4277 em apenso. Inteiro teor do julgado disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013. Para a ementa do julgado, vide Anexo 1.

concretizaram o reconhecimento pleiteado. Acolheu, todavia, o pedido subsidiário, relativo ao art. 1.723 do CC, convertendo o processo em ação direta de inconstitucionalidade e, por conseguinte, fazendo coincidir seu objeto com aquele versado na ADI 4277.

Passando a análise do mérito, o voto condutor logo adiantou seu desfecho:

Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

Aderindo à boa parte dos argumentos apresentadas neste estudo em relação à caracterização das uniões homoafetivas como entidades familiares protegidas pelo direito pátrio, o Min. Ayres Britto entendeu vedada constitucionalmente a discriminação em razão de orientação sexual, porquanto “proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles”<sup>373</sup>, incluindo o direcionamento da libido humana. Assim o é, pois a orientação sexual deriva diretamente da ideia de dignidade da pessoa humana, visto que “se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente”<sup>374</sup>. Iguais em sua condição humana, capaz de se expressar sexualmente de diferentes modos sem prejudicar a terceiros, heterossexuais e homossexuais fazem jus, assim, à paridade de direitos e deveres.

Outro aspecto nuclear em seu voto é a ideia de que “a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”, mas um “sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”<sup>375</sup> – razão pela qual inadequadas quaisquer interpretações de feitio restritivo ao fenômeno familiar. Anota, ademais, que, em relação às menções explícitas à dualidade homem-mulher, a Constituição não tratou de estabelecer limites à família homoafetiva. Importa, sim, reafirmação de “relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas

---

<sup>373</sup> Voto do Min. Ayres Britto, ADPF 132, p. 29.

<sup>374</sup> Voto do Min. Ayres Britto, ADPF 132, p. 31.

<sup>375</sup> Voto do Min. Ayres Britto, ADPF 132, p. 41.

tipologias do gênero humano”<sup>376</sup>, o que remete à disciplina do art. 5º, I, da Lei Maior. Dessa forma, interpretar tais enunciados a fim de simplesmente excluir da tutela jurídica uniões fáticas entre homossexuais “seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz”<sup>377</sup>.

Em seu voto, o Min. Luiz Fux lembrou que não se pode aquiescer à possibilidade de um vazio normativo, pois, em se tratando a orientação sexual aspecto inseparável da personalidade humana, “o silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição”<sup>378</sup>. É, afinal, conduzir toda uma categoria de indivíduos a mais pura insegurança jurídica – na contramão, “reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade”<sup>379</sup>.

A fim de evitar esses males, às vezes chancelados pela omissão do legislador, asseverou a Min. Cármen Lúcia que “contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional” e “este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais”<sup>380</sup>.

É de se destacar aqui a abrangência e acuidade com que o Min. Celso de Mello abordou o tema, pelo que recomendamos a leitura de seu voto, na íntegra, àqueles que desejem uma compreensão ampla dos diferentes aspectos históricos, políticos, jurídicos e sociais que circundam a matéria ou, ainda, da função contramajoritária desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

Seguiram, então, sem ressalvas, o voto proferido pelo relator, Min. Ayres Britto, os ministros: Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello – todos concluindo, nos seguintes termos:

Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva<sup>381</sup>.

---

<sup>376</sup> Voto do Min. Ayres Britto, ADPF 132, p. 45.

<sup>377</sup> Voto do Min. Ayres Britto, ADPF 132, p. 46.

<sup>378</sup> Voto do Min. Luiz Fux, ADPF 132, p. 70.

<sup>379</sup> Voto do Min. Luiz Fux, ADPF 132, p. 71.

<sup>380</sup> Voto da Min. Cármen Lúcia, ADPF 132, p. 90.

<sup>381</sup> Voto do Min. Ayres Britto, ADPF 132, p. 49.

Cumpra mencionar, por fim, as fundamentações divergentes levantadas pelos ministros restantes, que, a despeito de seu particular entendimento, assemelharam-se em suas conclusões ao restante da Corte.

Assim, veja-se, primeiramente, posicionamento marcado pelo Min. Ricardo Lewandowski, para quem a literalidade do § 3º do art. 226 da Constituição impede seja a união homoafetiva compreendida como espécie do gênero união estável. Todavia, o ministro rejeitou enfaticamente a natureza taxativa do rol de entidades familiares elencadas pelo constituinte. Considerou, dessa forma, que as uniões entre pessoas do mesmo sexo, quando pautadas na convivência pública, contínua e duradoura, constituem entidade familiar autônoma. Diante de lacuna no que diz respeito à sua regulação, propugnou o ministro pelo emprego do método de integração analógica para fazer incidir às uniões homoafetivas as normas destinadas a disciplinar a união estável entre heterossexuais, “excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício”<sup>382</sup>. Deixou, porém, de declinar quais exatamente seriam os dispositivos não sujeitos à extensão.

Invocando a existência de lacuna axiológica, o Min. Gilmar Mendes assinalou que a tutela das famílias homoafetivas não era decorrência direta do art. 226, § 3º, da Constituição, à luz de uma interpretação outra, mas consectário da proteção aos direitos fundamentais de minorias, a exemplo “do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção”<sup>383</sup>. Acorado na teoria do pensamento do possível, o ministro restringiu-se a reconhecer a entidade familiar formada por casais homossexuais, para “determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível”<sup>384</sup>. Desincumbiu-se, também, o Min. Gilmar Mendes de apontar essas peculiaridades a que aludiu em seu voto.

Finalmente, o então Presidente da Corte, o Min. Cezar Peluso, reconheceu igualmente a presença de lacuna na regulamentação das uniões homoafetivos – cujo caráter familiar foi prontamente assumido. Assim, julgou o ministro pela necessidade de que se fizessem incidir à hipótese as normas do direito de família, particularmente as atinentes à união estável – “Mas nem todas”, destacou, “porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na

---

<sup>382</sup> Voto do Min. Ricardo Lewandowski, ADPF 132, p. 112.

<sup>383</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes, APDF 132, p. 194.

<sup>384</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes, APDF 132, p. 196.

verdade, igualdade<sup>385</sup>. O ministro encerrou seu voto conclamando o legislador a atuar, para preencher o espaço regulatório provisoriamente ocupado pela Corte.

Repise-se que os fundamentos encampados pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso não prevaleceram no julgamento, tendo a maioria se manifestado em conformidade ao voto do relator, que decidiu pela viabilidade jurídica da união estável homoafetiva, à qual incidem os mesmos direitos e deveres da espécie heteroafetiva. Encerrou-se, desse modo, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, um dos julgamentos de maior apelo social da história do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.3.4. Perspectivas pós-ADPF 132: do casamento entre pessoas do mesmo sexo

Desnecessário anotar que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 132 e da ADI 4277, com a magnitude que teve, gerou controvérsias. A um, pois influíra na definição de família, um campo em que ainda são bastante enraizadas concepções morais, especialmente as de matriz religiosa<sup>386</sup>. A dois, porque o desempenho da função genuinamente contramajoritária pela Corte, amparando grupo historicamente vulnerável, mantido à margem da sociedade pelo estigma que lhe foi atribuído, despertou reações inflamadas e críticas, especialmente em virtude de sua atuação positiva em relação a um tópico sobre o qual, para muitos, o constituinte fora explícito em sua vedação ou se omitira propositalmente, incumbindo tão somente ao Legislativo<sup>387</sup> a promoção de alterações<sup>388</sup>. Há, ainda, notícia de ao menos um caso em que magistrado recusou-se deliberadamente a acatar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, por

<sup>385</sup> Voto do Min. Cezar Peluso, ADPF 132, p. 268.

<sup>386</sup> CNBB: união entre homossexuais é a 'destruição da família'. **O Globo**. Publicado em 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/cnbb-uniao-entre-homossexuais-a-destruicao-da-familia-2773436#ixzz2LLhXeolN>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

<sup>387</sup> Tem-se notícia, inclusive, de movimentação do Poder Legislativo posterior ao julgamento efetuado pela Corte em sentidos inesperados: parlamentares que discordaram do mérito da decisão, ao invés de tentar modificá-lo mediante projetos de lei regulando efetivamente a união entre pessoas do mesmo sexo, num diálogo institucional com a Corte Constitucional que já ocorrera outras vezes – mas que, nesse caso, lançamos dúvida quanto à constitucionalidade de qualquer regulação restritiva aos direitos fundamentais de homossexuais –, viu-se tentativas de manejo do processo legislativo para os fins mais variados: desde projetos visando a sustar a decisão do Tribunal, de forma a restabelecer o *status quo ante*, de omissão normativa – nesse sentido, o PDC 637/2012; quanto a projetos destinados a minar os poderes decorrentes do controle de constitucionalidade – PEC 3/2011 e 33/2011. Mais informações sobre os projetos em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

<sup>388</sup> Nesse sentido, remetemos mais uma vez aos comentários de Ives Gandra Martins acerca da decisão tomada pelo STF: MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Constituição conforme o STF. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2005201107.htm>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

entendê-lo ilegítimo – a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás, porém, tornou sem efeito a decisão proferida<sup>389</sup>.

Com fulcro nos argumentos declinados no segundo capítulo deste estudo, acreditamos, porém, ter o Supremo Tribunal Federal atuado dentro de suas competências, mesmo que, para garantir a integridade da ordem constitucional, diante de um *discrîmen* injustificado e de uma omissão persistente do legislador, tenha assumido uma postura ativa, estabelecendo qual o regime jurídico deveria incidir em relação às uniões homoafetivas. A Corte, em verdade, não fugiu de seu papel ao interpretar a Constituição à luz do contexto hodierno. É também o que defende MARMELSTEIN, particularmente, pois “qualquer decisão que contribua para a expansão do círculo ético, permitindo a construção de uma comunidade moral mais inclusiva, tende a ser legítima”<sup>390</sup>.

Evidente, porém, que, diante dos rumos que a matéria tomou após o julgamento das ações no Supremo Tribunal Federal, não tardaria a que surgissem as ramificações de seus efeitos, a respeito das quais o Min. Gilmar Mendes<sup>391</sup>, em se voto, demonstrou certa preocupação. Com efeito, a submissão das uniões homoafetivas ao regime jurídico das uniões estáveis, sem qualquer limitação, evoca a parte final do § 3º do art. 226 da Constituição, o qual dispõe que a lei deverá facilitar sua conversão em casamento.

É dizer, sendo as uniões homoafetivas espécies do gênero união estável, a respeito do qual a Constituição Federal permitiu expressamente a conversão em casamento, presume-se que o dispositivo aplica-se também aos casais formados entre pessoas do mesmo sexo. Veja-se que convergem a este entendimento mesmo aqueles que discordam do mérito da decisão firmada pelo STF. Afirma, por exemplo, STRECK:

Consequentemente, depois da enfática *ratio decidendi* surgida do julgamento da ADPF e ADI que trataram da questão, tem-se que os casais de sexo idêntico e que se formaram em união estável estão livres a protocolarem seu requerimento ao cartório extrajudicial para a conversão em casamento como manda a legislação infraconstitucional. Se houver a negativa, parece evidente que o poder Judiciário pode determinar a conversão. Sob pena de descumprimento da decisão do STF.

[...]

<sup>389</sup> Despacho 1677/2011. Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás. Disponível em: <[http://www.tjgo.jus.br/docs/corregedoria/DOC\\_avocacao.pdf](http://www.tjgo.jus.br/docs/corregedoria/DOC_avocacao.pdf)>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

<sup>390</sup> MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do supremo tribunal federal acerca das uniões homoafetivas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17, jan./jul. 2011, p. 261. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia\\_arco\\_Iris\\_marmelstein.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia_arco_Iris_marmelstein.pdf?sequence=1)>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

<sup>391</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes, APDF 132, p. 195.

O que queremos dizer é que, a partir da referida interpretação conforme elaborada pelo STF, tudo o que estiver relacionado a essa *quaestio juris* deverá também ser relido em conformidade com a decisão do STF<sup>392</sup>.

Assim, em 27 de junho de 2011, pouco mais de um mês após o julgamento realizado na Suprema Corte, concretizou-se o primeiro casamento celebrado entre pessoas do mesmo sexo na história brasileira.

No caso ocorrido em Jacareí, São Paulo, os companheiros mantinham relacionamento estável há oito anos e, após a decisão do STF, protocolaram pedido de conversão de sua união em casamento civil. Cumpridas as formalidades do processo de habilitação, o Ministério Público mostrou-se favorável à demanda que, no dia 27 de junho daquele ano, foi homologada pelo juiz de direito<sup>393</sup>.

No curto período que sucedeu à publicação desta decisão, multiplicaram-se pelo país os julgados a respeito do tema – tanto favoráveis ao pleito de conversão<sup>394</sup> quanto contrários<sup>395</sup>.

Destaque-se, que, de início, muito se ponderou se o casamento entre pessoas do mesmo sexo poderia ser realizado de forma direta ou, ao contrário, demandaria existência prévia de união homoafetiva. COELHO entende que, nos termos do que decidiu o Supremo Tribunal Federal e ante a ausência de regulamentação legal e constitucional do tema, o segundo entendimento deve prevalecer<sup>396</sup>. Não há, todavia, qualquer fundamento racional que sustente esse *discrímén*, quer seja na Constituição Federal, no Código Civil ou no próprio julgamento proferido pelo STF<sup>397</sup>. A interpretação extensiva, afinal, no que toca aos

---

<sup>392</sup> STRECK, Lênio; LIMA, Rogério Montai de. **A conversão da união estável em casamento**. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.

<sup>393</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 247.

<sup>394</sup> Distrito Federal, Proc. nº 101695-7/2011, Juíza de Direito Sub. Junia de Souza Antunes, julgado em 28/06/2011; Rio de Janeiro, Proc. nº 72290/98, Vara de Registros Públicos, Juiz de Direito Fernando Cesar Ferreira Viana, julgado em 15/08/2011; São Paulo, Proc. 3587/09, Juiz de Direito Mario Sergio Menezes, julgado em 30/08/2011.

<sup>395</sup> Juiz nega a casal gay conversão de união em casamento. **Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/juiz-do-rio-nega-a-casal-gay-a-conversao-da-uniao-em-casamento-civil>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.

<sup>396</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família e sucessões, v. 5. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35-36.

<sup>397</sup> No voto do Min. Ayres Britto, por exemplo, constam as seguintes anotações: “[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos ‘homem’ e ‘mulher’”; e “Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova



dispositivos legais referentes ao casamento, abarca tanto a possibilidade de conversão a partir de união preexistente quanto a de habilitação direta pelo casal. Nesse sentido, registram-se, por exemplo, decisões do Estado de São Paulo<sup>398</sup>, ainda no ano de 2011.

Vale, ainda, mencionar o Enunciado 526, aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Art. 1.726: É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação”<sup>399</sup>.

A questão rapidamente avançou e, em outubro do mesmo ano, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar pedido de habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo, negado em instâncias inferiores, decidiu que o ordenamento jurídico brasileiro admite essa possibilidade<sup>400</sup> – o resultado não foi unânime, visto que o Min. Raul Araújo, alterando seu voto original, entendeu que, por se tratar de matéria constitucional, o pedido extrapolava a competência do STJ. Contudo, por maioria de votos, a Corte Superior, desde logo, rechaçou a hipótese de uma vedação constitucional implícita ao casamento homoafetivo. Asseverou, enfim, o Min. Luís Felipe Salomão, na ocasião do julgamento, recorrendo à máxima de que “o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença”<sup>401</sup>:

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade<sup>402</sup>.

Dessa forma, ecoando os rumos da decisão da Corte Superior, têm sido o casamento entre pessoas do mesmo sexo acolhido por tribunais de diferentes entes da federação<sup>403</sup> ou regulado por suas respectivas corregedorias<sup>404</sup>.

família, ou, se se preferir, uma nova ‘entidade familiar’, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos” (p. 45-47).

<sup>398</sup> São Paulo, Protocolo nº 230/11, Juíza de Direito Débora Cristina Fernandes Ananias, julgado em 09/08/2011.

<sup>399</sup> Enunciado 526. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados.** Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Coord.) Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 73. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2634/2708>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

<sup>400</sup> STJ, REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 01/02/2012. Para a ementa do julgado, vide anexo 2.

<sup>401</sup> Voto do Min. Luís Felipe Salomão, REsp 1.183.378/RS, p. 20.

<sup>402</sup> Voto do Min. Luís Felipe Salomão, REsp 1.183.378/RS, p. 16.

<sup>403</sup> TJSP, Apelação Cível 0010043-42.2012.8.26.0562, Rel. Corregedor-Geral da Justiça José Renato Nalini, julgado em 30/08/2012; TJDF, Apelação Cível 20110111948032, 6ª Turma Cível, Rel. Des. Jair Soares, julgado em 11/04/2012; TJRS, Apelação Cível 70048452643, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/09/2012.

Diante desse contexto, cabe dizer que se vive, atualmente, um momento histórico de supressão de antigos preconceitos e estigmatizações. A questão atinente aos relacionamentos homoafetivos e à extensão do casamento civil aos homossexuais nunca esteve tão candente no Brasil. Enquanto a matéria não se resolve no plano legislativo, segue sendo pacificada por meio da jurisprudência, a exemplo de tantos outros aspectos do direito de família cuja regulamentação legal sucedeu às inovações encampadas pelo Judiciário, na vanguarda da concretização de direitos fundamentais.

---

<sup>404</sup> Confirmam-se: (a) Piauí - Provimento n° 24/2012- CGJ/PI - Altera o Provimento n°04/12, que dispõe sobre escrituração da união estável homoafetiva nas Serventias Extrajudiciais do Estado do Piauí, para regulamentar a conversão da união estável homoafetiva em casamento e autorizar o processamento dos pedidos de habilitação de casamento entre pessoas do mesmo sexo; (b) Bahia - PROVIMENTO CONJUNTO N.º CGJ/CCI - 12/2012 - Reedita, com alterações, o Provimento n.º 04/2007, para vigor em todo o Estado, revogando o Provimento CCI – 06/2010 e introduzindo capítulo de regras para a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união homoafetiva, adequando suas disposições à redação dada pela Emenda Constitucional n.º 66/10, ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, e, finalmente, inserindo regramento a respeito da habilitação para casamento civil entre pessoas do mesmo sexo; (c) Alagoas - PROVIMENTO CGJ N° 40/2011 - Autoriza o processamento de pedido de casamento entre pessoas do mesmo sexo perante as Serventias Extrajudiciais; (d) São Paulo - CG 41/2012.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Família é um conceito dinâmico, não se acorrenta a formatos, convenções e dogmas. Viu-se ao longo deste trabalho que o curso da história transformou não apenas seu escopo, como também sua estrutura – as configurações pelas quais o arranjo familiar se constitui. Foi desse modo que passou a ser compreendida como célula básica da sociedade, ambiente de estruturação da personalidade e de vivência do afeto, instrumento de realização humana e de busca por felicidade.

A família é também plural e assim foi acolhida pela Constituição Federal de 1988, digna de especial proteção pelo Estado. Sabe-se que o vínculo familiar não se apresenta de modo unívoco. Não existe mais a família constituída tão somente pelo casamento – embora outrora tenha a legislação brasileira se encaminhado nesse sentido. Há famílias matrimonializadas, assim como as decorrentes de uniões estáveis. Fala-se ainda em estruturas recompostas, monoparentais e, enfim, homoafetivas.

Homoafetivas, i.e., decorrentes do relacionamento e do afeto familiar entre indivíduos do mesmo sexo. Uma conjugalidade diferenciada nesse aspecto, mas, ao mesmo tempo, fundada em alicerces iguais aos da tradicional família heteroafetiva. São relações pautadas na solidariedade, no compromisso mútuo, no desejo de comunhão de vidas, expectativas e sonhos. São famílias às quais, de forma desprovida de qualquer fundamento racional, segmentos da sociedade insistem em negar igual proteção jurídica.

Demonstrou-se, porém, que uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais – harmonizada à noção de direito como integridade – afasta tanto a exclusão das uniões homoafetivas do rol de entidades familiares tuteladas pelo direito, como a própria vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Afinal, a Constituição Federal de 1988 elegeu a pessoa humana como seu centro valorativo ao qual deve se voltar todo o ordenamento pátrio, tendo como finalidade última a preservação e promoção de sua dignidade. São reflexos dessa opção a valorização da capacidade de autodeterminação humana e a defesa ao valor intrínseco do homem – responsabilidades a que se submete o Estado.

Respeitar a dignidade das pessoas homossexuais importa desembaraçar-lhes o desenvolvimento de sua personalidade, o que só se faz possível, nesse caso, se possibilitada a livre vivência de sua sexualidade e de seu afeto, estruturados numa conjugalidade pautada pela identidade de sexos.

Dignidade é, ainda, o reconhecimento pelo Estado e pela sociedade de que todos os indivíduos têm igual valor, muito embora possam orientar suas vidas por um universo de projetos pessoais e visões de mundo, que nem sempre são compartilhados pela maioria dos sujeitos. Cabe, portanto, assegurar-lhes oportunidades iguais para que possam optar pelos caminhos que melhor satisfaçam suas necessidades existenciais. Não há como se compatibilizar esta ideia com restrições no campo do direito de família motivadas exclusivamente por orientação sexual.

No mesmo sentido, listaram-se as exigências dos princípios constitucionais da igualdade – conjugados seus aspectos formal e material –, liberdade, segurança jurídica e, principalmente, da vedação de discriminações arbitrárias. Foi em função desses vetores que se pôde afirmar a inexistência de vedações implícitas à família homoafetiva, oriunda de uma leitura isolada de determinados dispositivos constitucionais – a regulação do fato heteroafetivo não exclui outras modalidades que, mesmo omitidas, merecem igual tratamento em razão de sua similitude.

Afastadas outras razões habitualmente levantadas também contra o casamento homoafetivo, por sua incompatibilidade com preceitos constitucionais ou ausência de suporte fático e legal, a exemplo da teoria da inexistência, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro não se compatibiliza com a ideia da diversidade de sexos como pressuposto para a constituição de família, seja qual for o regime – união estável ou casamento civil.

Não se olvide a insuficiência de um reconhecimento parcial, restrito às uniões estáveis; ou promovido mediante a guetificação do sujeito homossexual, pela criação de institutos jurídicos paralelos ao casamento. Casar, como bem foi assinalado, é ainda um ato carregado de simbolismo, de forma que obstá-lo aos casais homoafetivos, mesmo que garantidos os direitos dele decorrentes, implica consentir à existência de cidadãos de primeira e segunda classe, numa hierarquia de *status* que desigualava o valor de indivíduos hetero e homossexuais.

Decerto, em função do histórico nacional permeado por uma arraigada heteronormatividade, subsiste intensa divergência social acerca do reconhecimento destes direitos fundamentais a este grupo rotineiramente marginalizado. Embora o argumento democrático tenha bastante peso ao recomendar que se incumbam as instâncias representativas pela pacificação destas questões, demonstrou-se que, à luz do paradigma pós-positivista, há ocasiões em que a conjuntura dos fatos recomenda a existência de espaços alternativos ao âmbito parlamentar para o debate atinente aos direitos decorrentes da Constituição.

Trata-se de situações em que o desempenho das funções parlamentares não satisfaz imperativos de ordem constitucional, requerendo, por conseguinte, a atuação de instâncias judiciais para suprir desvios. O exemplo mais evidente é o risco de que o processo decisório parlamentar, que segue o princípio majoritário, degenere-se em tirania da maioria, ao deixar de prestar o mesmo respeito e consideração aos integrantes de grupos minoritários e vulneráveis. É o que tende a ocorrer com as vítimas de preconceito socialmente difuso, a exemplo da população homossexual. A mera afirmação de uma supremacia legislativa, nesses casos, poderia significar o completo desprezo aos direitos e garantias fundamentais desses indivíduos.

Daí a importância da jurisdição constitucional no resguardo de direitos fundamentais, cujo exercício, defendemos, deve-se efetivar de forma a manter ao máximo a coerência interna e a harmonia do direito – tal como preconizado por DWORKIN ao expor sua concepção de direito como integridade.

Não se nega que a legitimação do casamento entre pessoas do mesmo sexo pela via legislativa seria o ideal, facilitando a efetivação de direitos e a aceitação social. Todavia, a concretização da Carta de 1988 não pode se submeter à eventual vontade legiferante, pelo que desempenham as cortes papel ímpar na realização do escopo da Carta, reconhecendo aos casais homoafetivos as mesmas possibilidades de que dispõem os pares heteroafetivos, incluído o direito ao casamento civil. Nesse sentido, afinal, tem se encaminhado a jurisprudência brasileira.

## REFERÊNCIAS

### Livros e artigos consultados:

ABBOUD, Georges. **STF vs. vontade da maioria**: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v. 921, jul. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: Fernando A. Novais (Coordenador geral da coleção) e Laura de Mello e Souza. (Organizadora do volume). **História da vida privada no Brasil**: Cotidiano e vida privada na América portuguesa, v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ALMEIDA, Cecília Faria de. **Ativismo judicial** – Supremo Tribunal Federal em foco. In: CASTRO, Dayse Starling (Coord.). Direito Público. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

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

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidades. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família e sucessões, v. 5. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice de. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: direito de família. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e direitos individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sovereign Virtue**. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito das famílias, v. 6. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Igualdad y diferencia**. Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad. Quito: Danilo Caicedo Tapia e Angélica Porras Velasco (editores), 2010.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. **La construcción de las garantías**: hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler. **Social Text**, n. 52/53, 1997. p. 279-289.

\_\_\_\_\_. **Redistribuição, reconhecimento e participação**: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 6: direito de família. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado Nacional**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LEE, Man Yee Karen. **Equality, dignity, and same-sex marriage**: a rights disagreement in democratic societies. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

LIMA, Suzana Viegas Borges de. **Guarda compartilhada**: Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. 177 f. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/128>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice de (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MEDEIROS, Jorge. **Estado democrático de direito, igualdade e inclusão**: a constitucionalidade do casamento homossexual. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 5: direito de família. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo WMF Martins Fontes, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: 2012.



PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Direito Público**. Porto Alegre, v. 31, p. 25-57, 2010.

PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo**: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Minorias e Justiça Constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TEIXEIRA, Antonio Claudio Engelke Menezes. **A vanguarda conservadora**: aspectos políticos e simbólicos do movimento LGBT. Desigualdade & Diversidade – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio, n. 7, p. 63-80, jul/dez, 2010.

TUSHNET, Mark V. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VAINFAS, Ronaldo. Moralidades brasílicas: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista. In: Fernando A. Novais (Coordenador geral da coleção) e Laura de Mello e Souza. (Organizadora do volume). **História da vida privada no Brasil**: Cotidiano e vida privada na América portuguesa. v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

\_\_\_\_\_. **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. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale law journal**, v.115, 2006.

#### **Sítios eletrônicos consultados:**

Assembleia Nacional da França aprova casamento homossexual, **G1**, disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/02/assembleia-nacional-da-franca-aprova-casamento-homossexual.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Censo Demográfico 2010. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.** Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2012.

CNBB: união entre homossexuais é a “destruição da família”. **O Globo.** Publicado em 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/cnbb-uniao-entre-homossexuais-a-destruicao-da-familia-2773436#ixzz2LLhXeolN>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 26 de janeiro de 2013.

Denmark approves same-sex marriage and church weddings. **BBC.** Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-18363157>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

Gender-neutral marriage and marriage ceremonies. Government Offices of Sweden, Fact Sheet, Ministry of Justice, Ju 09.01e, May 2009. Disponível em: <<http://www.ud.se/content/1/c6/12/55/84/ff702a1a.pdf>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Intenção de voto presidente 2014: Avaliação das instituições. **DATAFOLHA.** PO813654, 13/12/2012. Disponível em: <[http://datafolha.folha.uol.com.br/folha/datafolha/tabs/int\\_voto\\_presidente2014\\_avaliacao\\_inst\\_14122012.pdf](http://datafolha.folha.uol.com.br/folha/datafolha/tabs/int_voto_presidente2014_avaliacao_inst_14122012.pdf)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Islandia aprueba el matrimonio homosexual. **El País**. Disponível em: <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208_850215.html)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Coord.) Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 73. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2634/2708>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Juiz nega a casal gay conversão de união em casamento. **Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/juiz-do-rio-nega-a-casal-gay-a-conversao-da-uniao-em-casamento-civil>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/129>>. Acesso em: 29 out. 2012.

MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do supremo tribunal federal acerca das uniões homoafetivas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 17, jan./jul. 2011, p. 241. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia\\_arco\\_Iris\\_marmelstein.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42593/jurisprudencia_arco_Iris_marmelstein.pdf?sequence=1)>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Constituição conforme o STF. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2005201107.htm>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

Parecer PGFN/CAT/Nº 1.503/2010. **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc/view>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2013.

Parlamento do Reino Unido aprova casamento gay. **Estadão**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,parlamento-do-reino-unido-aprova-casamento-gay,993415,0.htm>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <[http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Resolução 1/1999. **Conselho Federal de Psicologia**. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/resolucoes/resolucao-n-1-1999/>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Resolução Normativa 72, de 29 de janeiro de 2008. **Conselho Nacional de Imigração**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEDF4890517A7/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20N%C2%BA%2077,%20de%2029%2001%202008.pdf>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2013.

Same-Sex Marriage, Civil Unions, and Domestic Partnerships. **New York Times**. Disponível em:

<[http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/s/same\\_sex\\_marriage/index.html](http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/s/same_sex_marriage/index.html)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001. Disponível em:

<[http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284\\_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos.pdf](http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos.pdf)>. Acesso em: 28 de janeiro de 2013.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 4, 2010. Disponível em:

<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/429/277>>. Acesso em: 5 de dez. de 2012.

STRECK, Lênio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (Eigenschaften) solipsistas do direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011. Disponível em:

<<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/561/373>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

União estável entre homossexuais. **Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE**. Disponível em: <<http://www4.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A posição do Superior Tribunal de Justiça. In: \_\_\_\_\_. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. Texto integral do capítulo disponibilizado pelo autor em: <<http://pauloriv71.wordpress.com/>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

### **Jurisprudência consultada:**

Corte Constitucional da África do Sul. Disponível em:

<<http://www.constitutionalcourt.org.za/>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em:

<<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Disponível em:

<<http://www.tjgo.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em:  
<<http://www.tjms.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em:  
<<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em:  
<<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:  
<<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em:  
<<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em:  
<<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em:  
<<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

#### **Legislação consultada:**

ÁFRICA DO SUL. Civil Union Act (Act No. 17 of 2006). Disponível em:  
<<http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=67843>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

ARGENTINA. Ley 26.618/2010. Disponível em:  
<[http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk\\_seccion=documento&registro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520026618%25202010%252007%252015](http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento&registro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520026618%25202010%252007%252015)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março 1824. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei 3.200, de 19 de abril de 1941. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13200.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1946. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Emenda Constitucional 9, de 28 de junho de 1977. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm)>. Acesso em:

BRASIL. Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

BRASIL. Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do

art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm) >. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

ESPANHA. Ley 13/2005. Disponível em: <[http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\\_espa/l\\_013\\_2005.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/l_013_2005.pdf)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

NORUEGA. Act 27/2008. Disponível em: <<http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/Acts/the-marriage-act.html?id=448401>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

PORTUGAL. Lei 9, de 31 de maio de 2010. Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.



## ANEXO 1

### STF – ADPF 132

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família

como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

## ANEXO 2

### STJ – RESP 1.183.378/RS

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas

por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (7º do art. 226). É importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação 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.

11. Recurso especial provido.