



**Universidade de Brasília – UnB  
Faculdade de Direito**

**LETÍCIA DE ASSIS FONSECA**

**A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DA DECISÃO QUE  
EQUIPAROU A UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL  
(ADPF 132 E ADI 4.277)**

**BRASÍLIA  
2013**

Universidade de Brasília – UnB  
Faculdade de Direito

**LETÍCIA DE ASSIS FONSECA**

**A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DA DECISÃO QUE  
EQUIPAROU A UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL  
(ADPF 132 E ADI 4.277)**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília – UnB como requisito parcial  
à obtenção do título de bacharel em Direito  
Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira  
Martins.

BRASÍLIA  
2013

LETÍCIA DE ASSIS FONSECA

**A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DA DECISÃO QUE  
EQUIPAROU A UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL  
(ADPF 132 E ADI 4.277)**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora  
composta por:

---

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins (Orientador)  
Universidade de Brasília – UnB

---

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira  
Universidade de Brasília – UnB

---

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa  
Universidade de Brasília – UnB

BRASÍLIA  
2013

## AGRADECIMENTOS

A Deus, no céu, e à minha mãe, na Terra.  
Obrigada.

*“Consideramos justa toda forma de amor”.*

Lulu Santos

## RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de realizar uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, acerca da ADPF 132 e da ADI 4.277, que, em cinco de maio de 2011, e por meio de interpretação conforme a Constituição Federal, equiparou a união homoafetiva à união estável prevista no art. 226, § 3º, da Carta Magna, reconhecendo aquela parceria protagonizada por duas pessoas do mesmo sexo como verdadeira entidade familiar, desde que presentes os requisitos intrínsecos à união estável, quais sejam, o caráter duradouro, público e contínuo do relacionamento. Nesse intuito, foi realizado um levantamento dos precedentes jurisprudenciais mais relevantes, bem como das propostas legislativas existentes sobre a temática. Ademais, estudou-se a fundamentação utilizada pelos Ministros da Corte em seus votos, tarefa essencial para chegar-se à constatação da importância da função contramajoritária exercida pelo Supremo Tribunal Federal nesse julgado, em defesa dos direitos fundamentais da minoria homossexual.

**PALAVRAS-CHAVE:** união estável; união homoafetiva; homossexuais; função contramajoritária; direitos fundamentais; minorias.

## **ABSTRACT**

This monograph has the purpose of making an analysis about the decision of Supremo Tribunal Federal, in ADPF 132 and ADI 4.277, on may fifth of 2011, using the according interpretation of the brazilian Federal Constitucion, to equate the homosexual union to the civil union described in the article 226, § 3º, of the brazilian Federal Constitucion, recognizing that the union between two people of the same sex is, in fact, a real family, as long as the intrinsic requirements of the civil union are present, such as a lasting, public and continuous relationship. With that intention, a gathering of the most relevant jurisprudence was collected, as well as the legislative proposals regarding the subject. Moreover, a study was accomplished about the arguments used by the Ministers in their votes, as an essential task to realize the importance of the role against the majority that the Supremo Tribunal Federal had on that trial, for the protection of the fundamental rights of the homosexual minority.

**KEY WORDS:** civil union; homosexual union; homosexuals; against the majority; fundamental rights; minorities.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 Os trâmites das propostas de lei sobre união estável homoafetiva no Poder Legislativo e a evolução jurisprudencial sobre o tema no Poder Judiciário.....</b>	<b>12</b>
1.1 O descaso parlamentar.....	12
1.2 As pioneiras decisões do TJRS.....	16
1.3 A evolução jurisprudencial no STJ.....	24
1.4 Precedentes relevantes do TSE e do STF.....	27
<b>CAPÍTULO 2 Análise da fundamentação dos votos proferidos pelos Ministros do STF no julgamento que equiparou a união homoafetiva à união estável (ADPF 132 e ADI 4.277).....</b>	<b>30</b>
2.1 Petições iniciais e pedidos.....	30
2.2 O princípio da igualdade, a autonomia privada e o direito à não discriminação.....	33
2.3 O princípio da liberdade e os direitos à intimidade e à privacidade.....	36
2.4 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	37
2.5 Art. 226, §3º, da Constituição Federal como norma de inclusão.....	41
2.6 Lacuna e analogia: a divergência de fundamentos.....	42
<b>CAPÍTULO 3 A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na preservação dos direitos fundamentais das minorias.....</b>	<b>46</b>
3.1 A autodeterminação das minorias frente à maioria.....	46
3.2 A jurisdição constitucional e seus limites.....	49
3.3 Interpretação constitucional e minorias.....	54
3.4 A proteção das minorias como coeficiente de legitimidade democrática.....	59
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>65</b>

## Introdução

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em cinco de maio de 2011, e por votação unânime dos Ministros daquela Corte, equiparou a união entre homossexuais à união estável constitucionalmente prevista, julgando em conjunto a ADPF 132 e a ADI 4.277. Esse julgamento trouxe à tona uma série de inquietações acerca do tema, tanto de natureza social quanto jurídica, como, a título de exemplo, a possibilidade constitucional de se reconhecer um relacionamento homossexual como entidade familiar, a legitimidade do Poder Judiciário para proferir uma decisão de caráter nitidamente político e que, portanto, deveria caber ao legislador e os limites interpretativos a que deve se submeter o STF como jurisdição constitucional.

Todos esses questionamentos merecerão resposta ao longo do desenvolvimento deste trabalho, que foi estruturado de modo que, primeiramente, se possa obter uma contextualização jurídica das evoluções jurisprudencial e legislativa brasileiras em relação à temática da união estável entre pessoas do mesmo sexo, que culminaram no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ora em questão. Em seguida, investigam-se os principais fundamentos utilizados pelos Ministros da Corte para reconhecer essa parceria como verdadeira entidade familiar, momento em que tais argumentações são detidamente analisadas e criticadas, tendo por base, sobretudo, o papel central ocupado pelos princípios e pelos direitos fundamentais na contemporânea teoria constitucional brasileira. Por fim, é colocada em destaque a discussão a função contramajoritária exercida pelo STF na decisão que garantiu a proteção dos direitos fundamentais dos homossexuais, estes considerados como uma categoria minoritária que demanda proteção estatal frente aos abusos da maioria.

Antes de tudo, cabe esclarecer que, para se chegar a um julgamento tão relevante para as minorias sexuais e proferido pela mais alta Corte do Judiciário brasileiro, foi necessária uma grande transformação no modelo de família existente no país, que cada vez mais se afastava do modelo sacralizado do matrimônio. A concepção patriarcal e machista da entidade familiar se viu paulatinamente superada por novas práticas e formas de relacionamento que rompiam com os padrões majoritários, como a separação de fato, o concubinato, o divórcio, a união estável e a guarda compartilhada.

Ademais, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, teve início um processo de ruptura com uma dinâmica familiar restrita à realização de determinados fins sociais e políticos, para se admitir outras possibilidades de família legítima – que não aquela

formada pela formal celebração do matrimônio – tais como a união estável e a família monoparental. Surgia, portanto, um novo direito constitucional de família, com abertura e mobilidade para fornecer uma resposta adequada às novas exigências sociais (RIOS; GOLIN; LEIVAS, 2011).

O anseio social pelo reconhecimento de concepções cada vez mais plurais e diversificadas de relações familiares trouxe à tona um novo ponto de identificação desses vínculos: o afeto, “cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos” (DIAS, 2011, p. 10), unindo pessoas com propósitos e projetos de vida em comum.

Não foi por outro motivo que a Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, percebendo-se dessa nova visão paradigmática dos relacionamentos entre os seres humanos, criou o neologismo “homoafetividade”, para se referir àquelas pessoas que mantêm relações amorosas com outras do mesmo sexo: seu intuito foi o de retirar a carga conceitual e ideológica de ato meramente físico que envolve a expressão “sexual”, demonstrando que também os *gays* experimentam vínculos de natureza amorosa e afetiva. Por esses motivos, cabe esclarecer que, neste trabalho, as expressões “direitos homoafetivos” e “união homoafetiva” – já consagradas na doutrina brasileira – serão utilizadas como sinônimos de “direitos dos homossexuais” e “união entre homossexuais”.

Na história do direito de família, o legislador nem sempre teve agilidade o suficiente para acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, motivo pelo qual essa área do conhecimento jurídico constantemente experimentou transformações que tiveram início preponderantemente nos costumes, para, posteriormente, atingir a jurisprudência dos tribunais e, por fim, a modificação legislativa (MARMELSTEIN, 2011). A questão das uniões homoafetivas insere-se precisamente nesse raciocínio, apesar de encontrar-se, ainda, em seu segundo estágio.

Dessa forma, é possível perceber a importância da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, posto que significou um grande avanço não somente para o direito de família, como também para o direito homoafetivo, por buscar afastar o tratamento discriminatório corriqueiramente recebido pelos homossexuais, bem como promover o reconhecimento da igualdade desse grupo minoritário no seio social, colocando fim à omissão legislativa acerca da matéria e à recorrente violação dos direitos fundamentais desses indivíduos.

Exercendo sua função contramajoritária de proteção dos direitos das minorias, o Poder Judiciário abriu caminho para a valorização do indivíduo, de sua autodeterminação

para realizar suas escolhas e definir seus projetos de vida, respeitando o pluralismo e a diversidade, bases da contínua construção do Estado Democrático brasileiro.

## **Capítulo 1 Os trâmites das propostas de lei sobre união estável homoafetiva no Poder Legislativo e a evolução jurisprudencial sobre o tema no Poder Judiciário**

### **1.1 O descaso parlamentar**

É com grande dificuldade que se justifica a resistência do Poder Legislativo em regulamentar os direitos denominados de homoafetivos. E essa realidade, infelizmente, se torna nítida no que tange ao reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo-se em vista os projetos de lei e de emenda à Constituição que frequentemente emperram em alguns dos mecanismos do processo legislativo brasileiro.

Existem vários projetos de lei com a temática da união homoafetiva, cujos andamentos encontram-se inertes há meses ou, até mesmo, anos, além daqueles que sofreram arquivamento, mas que merecem, da mesma forma, breve menção.

Seguindo uma ordem cronológica, a primeira proposição sobre a matéria foi o Projeto de Lei 1.151/1995, apresentado à Câmara dos Deputados pela então Deputada Marta Suplicy, em 26 de outubro de 1995, com vistas a regulamentar a denominada “união civil” entre pessoas do mesmo sexo e a proteger seus direitos de propriedade e de sucessão. A proposta era pela elaboração de um contrato escrito da união civil a ser registrado, em livro próprio, no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, dispoendo sobre patrimônio, deveres, impedimentos e obrigações mútuas, cujos participantes deveriam ser solteiros, viúvos ou divorciados.

Em que pese o intuito de levar proteção jurídica às relações estáveis homossexuais, o projeto não se propôs a dar-lhes o mesmo status do casamento, conforme afirmado na própria justificativa, mas sim disciplinar uma situação já corriqueira na sociedade, a fim de garantir a esses indivíduos o direito à busca da felicidade.

Em janeiro de 1997, foi publicado no Diário da Câmara dos Deputados o Substitutivo do supramencionado projeto, para modificar o termo “união civil” para “parceria civil registrada”, com vistas a distanciar ainda mais a relação jurídica em questão do instituto do casamento, na busca de angariar maior possibilidade de aprovação no Plenário.

Ao longo dos anos, o projeto foi à pauta do Plenário da Câmara dos Deputados por diversas vezes, e teve sua discussão adiada em todas elas, em face do encerramento das

sessões deliberativas, conforme consta no histórico oficial de sua tramitação<sup>1</sup>, até ser finalmente retirado de pauta, em maio de 2001, por acordo entre os líderes partidários.

Não obstante, o presente projeto ainda encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, em que pese seu defasado conteúdo em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a união homoafetiva à união estável, alçando-a ao patamar de entidade familiar. Seu último andamento foi o requerimento do então Deputado Celso Russomanno, em 14 de agosto de 2007, solicitando a inclusão do projeto na ordem do dia.

O Projeto de Lei 580/2007, de relatoria do então Deputado Clodovil Hernandes, propõe a alteração do Código Civil para a inclusão de dispositivo que trate da união homoafetiva formada entre duas pessoas do mesmo sexo, por meio de contrato civil.

Desde a data de sua apresentação até janeiro do ano 2011, o projeto tramitou numa espécie de “ida e volta” entre a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, para o apensamento de outros três projetos<sup>2</sup>, e a Comissão de Seguridade Social e Família, para a designação de novos relatores e a elaboração de parecer, cujo sentido foi de rejeição do projeto<sup>3</sup>, sob o fundamento de que companheiros homossexuais não podem constituir a família nos moldes tradicionais de nossa sociedade.

No momento, o projeto encontra-se desarquivado, com base no parágrafo único do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados<sup>4</sup>, tendo seu último andamento datado de 8 de agosto de 2011, para determinar o apensamento do PL 1.865/2011 à proposição.

A mais atual das proposições é o Projeto de Lei do Senado 612/2011, protocolado pela Senadora Marta Suplicy, em 29 de setembro de 2011, isto é, após o emblemático acórdão proferido pelo Supremo acerca da matéria das uniões homoafetivas.

<sup>1</sup>Informação retirada da página virtual da Câmara dos Deputados, disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

<sup>2</sup>O PL 4.914/2009, que visa a acrescentar o art. 1.727-A ao Código Civil, a fim de que as disposições dos artigos anteriores, com exceção do art. 1.726, se apliquem também às relações entre pessoas do mesmo sexo; o PL 5.167/2009, que pretende alterar o art. 1.521 do Código Civil para determinar que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo possa ser equiparada ao casamento ou a uma entidade familiar; bem como o PL 1.865/2011, que estabelece a facilitação da conversão da união estável em casamento civil, sendo inadmissível para os casos de pessoas que realizaram cirurgia de troca de sexo.

<sup>3</sup>Trecho do parecer mencionado, retirado da página virtual da Câmara dos Deputados, disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=617018&filename=Tramitacao-PL+580/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=617018&filename=Tramitacao-PL+580/2007)> e acessado em 25 de fevereiro de 2013: “A Proposição, a nosso ver, não se apresenta oportuna. Embora as relações patrimoniais entre pessoas do mesmo sexo sejam cada vez mais comuns e as relações homossexuais sejam aceitas há algum tempo, os companheiros ou companheiras não podem constituir família, no tradicional e exato termo em que se assenta nossa sociedade. Um contrato para fins patrimoniais, de união civil ou de sociedade de fato, por não estar vedado pela Constituição Federal ou pela lei infraconstitucional, pode ser perfeitamente pactuado entre quem quer que seja sem que haja necessidade de alteração da legislação em vigor. Princípio basilar na interpretação da lei é aquele que reza: o que não está proibido pela norma legal, pode ser realizado por qualquer um, independentemente de sexo, raça, credo, etc. As relações patrimoniais entre pessoas do mesmo sexo ou não que vivam em união podem ser livremente pactuadas pelos interessados. Deste modo a Proposição sob comento não pode ser acolhida. Nosso voto é, portanto, pela rejeição do Projeto de Lei nº 580, de 2007”.

<sup>4</sup>BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

[...] Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

Este projeto tem a intenção de modificar os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, com a finalidade de possibilitar o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>5</sup>, substituindo a expressão “o homem e a mulher” para “duas pessoas”.

A autora fundamenta em sua justificativa que o Congresso Nacional ainda vacila, por seu turno, em regulamentar questões atinentes ao referido assunto, o que acaba culminando na tachação desse Poder de hesitante e moroso. Ademais, alega que tal proposição legislativa não deve trazer maiores novidades para discussão, visto que a recente decisão do Supremo já produz seus efeitos na prática.

Em sua tramitação, o projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa e se encontra, desde o dia 18 de junho de 2012, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando a inclusão na pauta da comissão, com o voto já favorável de seu relator<sup>6</sup>.

Por sua grande importância na proteção dos direitos da comunidade homossexual, cabe mencionar aqui o anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, o qual foi elaborado por uma Comissão Especial da Diversidade Sexual (cujas Presidenta é a Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias) constituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, além de contar com a participação ativa das seccionais e subseções da OAB espalhadas por todo o Brasil.

O anteprojeto tem o objetivo de modificar e acrescentar dispositivos a diversas legislações, dentre elas o Código Civil, o Código Penal, a Consolidação das Leis Trabalhistas etc. Algumas de suas principais metas são criminalizar a homofobia, fazendo constar como agravante dos tipos penais de lesão corporal e homicídio, dentre outros, a motivação calcada

<sup>5</sup>BRASIL. Código Civil. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração.

Parágrafo único – Os efeitos da conversão se produzem a partir da data do registro do casamento.

<sup>6</sup>Trecho do parecer mencionado, retirado da página virtual Senado Federal, disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/110228.pdf>> e acessado em 25 de fevereiro de 2013: “No mérito, observa-se que o projeto está em consonância com as transformações pelas quais passa a nossa sociedade, especialmente no que tange à dinâmica das relações sociais quanto ao papel alcançado pelas uniões homoafetivas. Como bem situado pela autora da matéria, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo encontra amparo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de que trata o art. 1º da Constituição Federal, e nos objetivos essenciais da República Federativa do Brasil, delineados pelo art. 3º do texto constitucional, que menciona a promoção do bem de todos, sem forma alguma de discriminação, e ainda no princípio da igualdade, nos termos do qual todos são iguais perante a lei, sem distinção alguma, a teor do disposto no art. 5º da Carta Magna. Essas diretrizes constitucionais têm pautado a renovada visão com que o nosso País tem lidado com a dinâmica de fatos sociais como a união homoafetiva, de maneira que é possível notar uma percepção que vem se consolidando relativamente ao reconhecimento dos direitos que têm esses parceiros de expressar a sua autonomia de vontade no plano da sua orientação sexual. Esse reconhecimento passa pela interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu à Constituição Federal, quando, mediante decisão proferida no julgamento paradigmático da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, sob a relatoria do Ministro Ayres Brito, ocorrido em 5 de maio de 2011, afirmou-se que as disposições constitucionais não emprestam ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, o que implica dizer, nessa mesma visão, que a Constituição não interdita a formação da família por pessoas do mesmo sexo. Consagrou-se, assim, o 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 significa dizer, ainda na expressão do que foi decidido por aquela Corte de Justiça, que não existe direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. [...] Sendo assim, cumpre ao Poder Legislativo exercer o papel que lhe cabe para adequar as disposições contidas no Código Civil ao entendimento consagrado pela Suprema Corte, como proposto no projeto de lei em apreço, contribuindo, assim, para o aumento da segurança jurídica e, em última análise, a disseminação da pacificação social”.

no preconceito por orientação sexual; possibilitar a modificação do nome e da identidade sexual de transexuais e travestis no Registro Civil de Pessoas Naturais; e retirar do Código Civil as passagens que indicam “o homem e a mulher” ou “o marido e a mulher”, para a inserção de expressões neutras quanto ao gênero, inclusive naqueles dispositivos referentes à união estável e ao casamento. No presente momento, a proposta encontra-se em fase de angariação de adesões por meio da assinatura de sua petição pública, a fim de que seja encaminhada à Câmara dos Deputados.

Como se pode perceber, existem repetitivos projetos de lei com vistas a regulamentar a questão das uniões estáveis homoafetivas, as quais foram elevadas ao patamar de entidade familiar pelo Poder Judiciário, mas que continuam órfãs de atitudes do Poder Legislativo, que as relega à invisibilidade jurídica, em uma postura que revela mais do que uma mera omissão parlamentar: essa ausência de atuação é deliberada, consciente e proposital e reflete os preconceitos sociais arraigados nas alas mais conservadoras do órgão deliberativo, bem como a constante preocupação em não desagradar os eleitores – com o risco de prejudicar uma futura reeleição –, presente até mesmo nas alas mais progressistas do Congresso Nacional.

Consequência disso, a recusa do legislador infraconstitucional em assegurar direitos e proteger os relacionamentos entre homossexuais reforça uma atitude discriminatória que se perpetua por toda a sociedade e fomenta a injustiça contra esse grupo social, cujas garantias fundamentais deveriam estar sendo resguardadas pelos Poderes do Estado de Direito, e não injustificadamente rechaçadas. Nesse sentido, a doutrina de Maria Berenice Dias:

A dificuldade do legislador de regulamentar situações que não gozam de plena aceitação social muitas vezes se prende ao receio de desagradar o eleitorado. Tal omissão acaba se transformando em cruel tentativa de eliminar situações que uma minoria, levada pela indiferença ou pelo fanatismo, não quer ver ou insiste em rejeitar. O resultado não pode ser mais nefasto. Essa postura configura verdadeiro abuso do poder de legislar. De outro lado, a inexistência de legislação desencoraja os julgadores a reconhecer conformações sociais que reclamam proteção jurídica. Desse modo, quer o silêncio da lei quer o medo do Judiciário fazem uma legislação de marginalizados, oprimidos e desvalidos. São excluídos do referendo legal e da proteção judicial pelo simples fato de viverem relações não aceitas por alguns como “certas” e “legítimas”. (DIAS, 2004, p. 67-68).

Dessa maneira, pode-se compreender que a ignorância deliberada das demandas sociais dos homossexuais viola constantemente os direitos fundamentais desse grupo minoritário, ao negar-lhes uma eficaz resposta estatal, além de perpetuar e, até mesmo, legitimar o preconceito e a discriminação já existentes na sociedade, bem como desestimula o julgador a decidir contramajoritariamente, uma vez que inexistente legislação específica.

## 1.2 As pioneiras decisões do TJRS

A morosa atuação do Poder Legislativo para a regulamentação dos direitos dos homossexuais, principalmente no que tange à união homoafetiva, não significa a inexistência daqueles: “ausência de lei não quer dizer ausência de direito” (DIAS, 2003, p. 11). Quando o legislador não acompanha a dinamicidade das relações sociais e as novas demandas da sociedade, em especial no que tange às minorias, dificulta o reconhecimento de tais direitos, e perpetua uma postura discriminatória e prenhe de injustiças.

O silêncio da lei, porém, não significou a completa desproteção jurídica daqueles casais homossexuais que buscaram respostas para as questões patrimoniais e familiares que decorreram de seus relacionamentos afetivos. Pouco a pouco, o Poder Judiciário passou a defrontar-se com demandas que apontavam o vínculo afetivo homossexual como causa de pedir e reivindicavam a tutela jurisdicional do Estado.

Em um primeiro momento, a ausência de previsão legal que reconhecesse as uniões estáveis homossexuais conduziu a uma resistência dos julgadores em considerar a afetividade presente nessas relações, receando comprometer a sacralizada ideia de família, ainda centrada no instituto do casamento. Somente após reiteradas decisões que consideravam improcedente o pedido, ou declaravam sua impossibilidade jurídica, é que tais uniões foram progressivamente inseridas na categoria de sociedades de fato<sup>78</sup> – sob o fundamento de evitar-se o enriquecimento ilícito – formadas por duas pessoas do mesmo sexo, cujos provimentos limitavam-se à repartição de patrimônio, ante a prova de efetiva contribuição material da parte que pleiteava, rejeitando-se a possibilidade jurídica de pedidos referentes a alimentos, a meação, a pretensões sucessórias, dentre outros. Segundo Dias (2004, p. 43), “vinha o Judiciário, de forma cômoda, buscando subterfúgios no campo do Direito das Obrigações, identificando como uma sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto”.

Relegados ao campo obrigacional, a esses relacionamentos era dispensado um tratamento de caráter comercial, cujas controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis, restando-lhes negada uma gama de efeitos jurídicos que existem exclusivamente no âmbito do Direito de Família. Desse modo, a união estável entre pessoas do mesmo sexo seguiu o

---

<sup>7</sup>BRASIL. Código Civil. Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

<sup>8</sup>REsp 148.897/MG, que será mencionado mais adiante.

caminho já trilhado pelo antigo instituto do concubinato<sup>9</sup>, em que se reconhecia, da mesma forma e somente, a existência de uma sociedade de fato entre o casal, devendo ser apurados os haveres dos “sócios”, a fim de que coubesse à concubina somente a cota com a qual comprovadamente contribuiu para a construção do patrimônio comum.

Foi dessa construção doutrinária e jurisprudencial que resultou a Súmula 380 do Superior Tribunal Federal utilizada também na fundamentação do *status* societário atribuído à união homoafetiva e que, apesar de não reconhecer a condição de entidade familiar ao relacionamento extramatrimonial, passou a dar-lhe, ao menos, efeitos jurídico-patrimoniais, assim dispondo:

Súmula 380/STF. 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.

Apesar de estar muito mais próxima da união estável heterossexual consagrada na Constituição Federal da República e baseada nos princípios do Direito de Família, a união estável homossexual foi equiparada à sociedade de fato do Direito Civil, deixando afastados seus aspectos mais essenciais de afeto, companheirismo e vínculo familiar. Entretanto, a cada nova demanda intentada no Poder Judiciário, tornava-se mais delineada a existência de uma causa de pedir pautada em um relacionamento firmado no “amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura” (VECCHIATTI, 2008, p. 309), dificultando o enquadramento de tais ações em outro âmbito que não o do Direito de Família.

Essa importante mudança de entendimento teve início no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em decisão datada de 17 de junho de 1999 e relatada pelo Desembargador Breno Moreira Mussi, deslocou a competência das ações relativas a sociedades de fato formadas por casais do mesmo sexo das varas cíveis para os juízos de família, transformando aquilo que se considerava como mera sociedade de fato em verdadeira entidade familiar.

No presente caso, foi apresentada ação que pleiteava direitos decorrentes da separação de um casal homossexual, protocolizada em uma vara de família na cidade de Porto Alegre. Tendo em vista que a petição inicial tratava de uma sociedade de fato, o juiz de primeira instância determinou sua redistribuição a uma vara cível.

---

<sup>9</sup>Eram considerados concubinos aqueles parceiros que mantinham um relacionamento não formalizado pelo instituto do matrimônio. A despeito da postura omissa do direito, as situações fáticas estavam configuradas e a jurisprudência progressivamente evoluiu para reconhecer a existência de uma sociedade de fato entre os companheiros que, somente após o advento da Constituição Federal de 1988, alcançaram o *status* de família – art. 226, § 3º, da Constituição Federal – transformando o instituto do concubinato em união estável.

Após a interposição de agravo de instrumento pela parte autora, o relator deferiu o pedido liminar de competência da vara de família para a apreciação da demanda, decisão essa que foi confirmada pelo órgão colegiado, por unanimidade de votos<sup>10</sup>. Em sua fundamentação, o relator baseou-se no art. 3º, IV da CF<sup>11</sup>, que veda quaisquer formas de discriminação, deixando claro que esse objetivo da República não é plenamente cumprido, visto que ainda persiste o preconceito contra diversos segmentos de nossa sociedade, tais como a mulher, o negro, o deficiente físico, o pobre e, finalmente, o homossexual, e sobre este último aduz que:

A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal.

Esta circunstância é por demais relevante. O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre ambas, com conseqüências idênticas aos entretidos pelos casais de sexos diversos. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 599075496, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999).

Ademais, o desembargador menciona o art. 226, § 3º, da CF<sup>12</sup>, que regulamenta a necessidade de proteção jurídica a relacionamentos extramatrimoniais, “retirando a união estável de debaixo do tapete e a trazendo para o sofá da sala” (DIAS, 2003, p. 22), e afirma, ainda, que a definição do sexo das pessoas envolvidas não deve ser fator determinante para a caracterização da relação como união estável propriamente dita, afinal, dificilmente a sua identidade terá o condão de transformar dito relacionamento em mera participação societária.

Finalmente, socorrendo-se dos arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>13</sup> e 126 do Código de Processo Civil<sup>15</sup>, é aplicada a analogia ao caso concreto, em face à inexistência de regulamentação sobre a matéria (omissão legal), para determinar que, assim como as uniões estáveis heterossexuais, também as homossexuais devem ser conhecidas pelo juízo especializado das varas de família.

Por sua pertinência, vale reproduzir trecho da motivação do magistrado:

<sup>10</sup>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. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 599075496, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 17/06/1999).

<sup>11</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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

<sup>12</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 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.

<sup>13</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

<sup>14</sup>Denominada atualmente de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

<sup>15</sup>BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Consigo ir mais longe do que a letra fria da lei, ao vislumbrar uma situação analógica, no caso concreto.

Ao que me consta, a matéria ainda não foi regulamentada pelo Congresso Nacional. Não há artigo de lei que proíba uma relação afetiva entre duas pessoas do mesmo sexo. Aliás, nem poderia, ante as garantias constitucionais.

Porém, o fato de uma hipótese, rigorosamente, não existir na lei, jamais levará ao ponto de fazer desaparecer o fenômeno social como se a omissão legislativa fosse capaz de suprimir a homossexualidade.

[...]

A questão das minorias exige, nos sistemas constitucionais modernos, ações positivas de proteção. Na parte do Judiciário, que não faz leis, e as aplica, as ações positivas podem ter curso através de uma interpretação integradora, e sem dar guarida a qualquer forma de discriminação, velada ou aberta. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 599075496, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999).

A ausência de previsão específica nos regramentos jurídicos não pode significar a inexistência de direito à tutela jurídica, isto é, a falta de dispositivo legal não deve servir de justificativa para que o juiz negue a prestação jurisdicional, ou afaste, de plano, a possibilidade jurídica do pedido.

A supracitada decisão rompeu com os tabus e preconceitos que envolvem o tema da homossexualidade, já no ano de 1998, cuja inovação inspirou a gradativa mudança de posicionamento jurisprudencial em outros tribunais, no que diz respeito à competência para a apreciação da matéria.

Entretanto, apesar de estar clara a natureza familiar de uniões estáveis homoafetivas, de caráter público, duradouro e contínuo, os companheiros homossexuais enfrentaram ainda diversas dificuldades para o reconhecimento de seu verdadeiro *status* no Judiciário brasileiro<sup>16</sup>, dando ensejo à perpetuação de injustiças pautadas na discriminação por orientação sexual, que culminaram, dentre outros fatores, na aclamada decisão do STF que equiparou as uniões homossexuais à união estável prevista constitucionalmente.

<sup>16</sup>Exemplo disso é um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, ainda no ano de 2009, relegou uma união homoafetiva à categoria de mera sociedade de fato e determinou a competência do juízo cível para o julgamento da causa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. PESSOAS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.** JUNTADA DE DOCUMENTOS FORA DO PRAZO LEGAL. CONTRADITÓRIO PRESERVADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE PÚBLICO AFASTADO E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. REGULARIDADE DO FEITO. PARTILHA DE BENS HAVIDOS MEDIANTE ESFORÇO COMUM. SENTENÇA CONFIRMADA. 1 - Nos casos de convivência entre pessoas do mesmo sexo não há espaço para se aplicar a analogia, estendendo-se os efeitos jurídicos da união estável, pois, no ordenamento jurídico pátrio, inexistente previsão legal para tanto e os elementos diferenciais entre união heterossexual e união homossexual, para fins de constituição de entidade familiar, são relativos a requisitos essenciais à própria existência desse instituto. 2 - A dissolução de sociedade de fato impõe a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos envolvidos. Assim, não configura julgamento *extra petita* o *decisum* que determina a divisão, ainda que ausente pedido expresso. 3. Cuidando-se de questão meramente patrimonial, não se revela imprescindível a intervenção do Ministério Público. Ademais, a manifestação em segundo grau de jurisdição e desde que não positivada a ocorrência de prejuízo, afasta a pretendida nulidade do processo. 4 - A juntada extemporânea de documentos não gera nulidade, se o *decisum* está baseado em vasto conteúdo probatório, inclusive prova testemunhal e não exclusivamente nas peças colacionadas. Ademais, quando da inquirição das partes, estas tiveram vista integral dos autos e nada alegaram. 5 - Reconhecida e dissolvida a sociedade de fato, os bens adquiridos mediante esforço comum, conforme demonstrado nos autos, deverão ser divididos entre os participantes. 6 - Recurso conhecido e não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão nº 395365, Apelação Cível 20060111329716, Rel. Des. Sandoval Oliveira, 4ª Turma Cível, julgado em 25/11/2009, p. 55, grifos nossos).

Mesmo após referido precedente prolatado pela Justiça gaúcha, juízes e tribunais, em sua maioria, ainda recusavam-se a compreender a união homoafetiva como entidade familiar e, caso a ação fosse de fato admitida no juízo de família, era reconhecida a impossibilidade jurídica do pedido<sup>17</sup> ou rejeitado, de plano, o pedido do autor<sup>18</sup>.

Revertendo mais uma vez esse refratário posicionamento, órgão colegiado do TJRS, em outra decisão emblemática, deu provimento a apelação interposta pela parte autora, para reformar a sentença de primeiro grau, desta vez para admitir a possibilidade jurídica de reconhecimento de vínculo de união estável entre homossexuais. Esse acórdão sinalizou, de forma clara, a inserção das uniões homoafetivas no âmbito jurídico-familiar, admitindo a aplicação analógica da Lei 8.971/94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, para abranger também o relacionamento homossexual<sup>19</sup>.

Na fundamentação de seu voto, o relator, além de valer-se da lei que regulamenta o instituto da união estável<sup>20</sup> e do cabimento da analogia (art. 4º da antiga LICC), faz referência também a objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>21</sup> e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>22</sup>.

Ademais, admite a adequação, ao presente caso, do princípio da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, da CF<sup>23</sup>, ressaltando que as mencionadas garantias constitucionais, por retratarem princípios fundamentais, se sobrepõem a outros dispositivos presentes na própria Constituição, como é o caso do art. 226, § 3º, se este for interpretado na restritiva perspectiva da existência de união estável somente entre o homem e a mulher.

No ano de 2001, definida a competência das varas de família para o conhecimento de questões relativas às uniões homoafetivas, e confirmada a possibilidade jurídica do pedido, esta nova decisão colegiada do Tribunal de Justiça gaúcho deferiu, na

<sup>17</sup>BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

<sup>18</sup>BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 269. Haverá resolução de mérito:

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

<sup>19</sup>HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598362655, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 01/03/2000).

<sup>20</sup>BRASIL. Lei nº 9.278/1996.

<sup>21</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>22</sup>Art. 3º, IV, da CF, já mencionado neste trabalho.

<sup>23</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

prática, efeitos jurídicos a esses relacionamentos, utilizando como modelo a união estável constitucionalmente protegida e não o instituto da sociedade de fato para a partilha do patrimônio do casal. Era a primeira vez que a justiça brasileira reconhecia o direito de herança de um parceiro homossexual e não a mera divisão de lucros decorrente de uma relação comercial.

Trata o presente caso de apelação cível relatada pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, parcialmente provida para afastar a divisão proporcional dos bens do casal de acordo com a efetiva contribuição (em consonância com os efeitos de uma sociedade de fato) e reconhecer a partilha do patrimônio de acordo com o paradigma da união estável, repartindo na metade o acervo angariado pelos parceiros em sua vida comum<sup>24</sup>.

Em um longo e exaustivo voto, o relator apresentou um relatório histórico da homossexualidade e argumentações de direito comparado, bem como descrições religiosas, médicas e psíquicas sobre o tema. Invocou os princípios da igualdade<sup>25</sup> e da dignidade da pessoa humana<sup>26</sup> como direitos fundamentais de todos os homens e de todas as mulheres e aduziu que a discriminação por orientação sexual é uma forma de preconceito sexual, expressamente vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento ainda não explicitamente utilizado nos julgados anteriores, cabe a transcrição de trecho do referido voto:

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana.

Diante destes elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70001388982, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14/03/2001).

Compondo também a Câmara julgadora deste processo, encontrava-se a então Desembargadora Maria Berenice Dias, já reconhecida como uma referência na defesa dos

<sup>24</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 às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados 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. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70001388982, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14/03/2001).

<sup>25</sup>Art. 5º, *caput*, da CF, já mencionado.

<sup>26</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

direitos homoafetivos (termo por ela própria criado), que acompanhou, debaixo de muitos elogios, o relator.

O voto vencido foi o do Desembargador Revisor Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves que, apesar de reconhecer que se delineam na sociedade e no direito novos conceitos de família, acreditava ainda que esta não se deve afastar de um ambiente “natural e propício” para a criação e desenvolvimento da prole, não conseguindo vislumbrar em uma união homossexual um núcleo familiar propriamente dito.

Importante salientar que, embora não tenha sido unânime, o julgamento restou cristalizado diante da ausência de oposição de embargos de infringência, transformando este julgado em outro grande paradigma desta nova orientação jurisprudencial liderada pela Justiça do Rio Grande do Sul.

O certo é que cada vez mais efeitos jurídicos eram extraídos das relações homossexuais, seja pela justiça gaúcha ou por outros tribunais espalhados pelo país, de modo que novas sequelas de ordem patrimonial iam sendo atribuídas a esses vínculos, cujos partícipes aguardavam avidamente pela proteção jurídica do Estado.

Nesse diapasão, foi provido a esses parceiros, em sede recursal, o cabimento da medida cautelar de justificação, prevista no art. 861 do Código de Processo Civil<sup>27</sup>, visando ao reconhecimento da convivência do casal como uma relação jurídica, a fim de que a certificação judicial servisse de prova para posteriores pleitos de cunho patrimonial referentes ao relacionamento<sup>28</sup>.

À medida que se consolidavam novas orientações jurisprudenciais, expandia-se o leque de direitos reconhecidos àqueles que se uniam homoafetivamente, quando do desfazimento da relação, inclusive por motivo de falecimento de uma das partes. Exemplo disso foi o julgamento em que, além de reconhecer o direito à meação, manteve a sentença para assegurar o direito real de habitação do companheiro sobrevivente e sua consequente permanência no imóvel em que residia o casal<sup>29</sup>.

<sup>27</sup>BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

<sup>28</sup>JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do Direito das Obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 3. É viável juridicamente a justificação pretendida pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70002355204, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 11/04/2001).

<sup>29</sup>APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO E PARTILHA. RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. PRELIMINARES AFASTADAS. APELO PROVIDO, EM PARTE, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTICA). (BRASIL. Tribunal de

Ainda que inegáveis os avanços a favor dos direitos homoafetivos, mantinha-se o cerne da divergência jurisprudencial ainda verificada nos órgãos judiciários brasileiros: o reconhecimento da união homossexual como verdadeira união estável e, portanto, entidade familiar, ou como sociedade de fato, sujeita a reflexos patrimoniais subordinados às relações obrigacionais.

Nesse sentido, a depender do regime jurídico atribuído aos conviventes, além dos direitos à meação e de posse, seria possível também sua inserção no campo do Direito das Sucessões, culminando com o reconhecimento do direito do parceiro sobrevivente de figurar na concorrência sucessória, como herdeiro do falecido, tendo, inclusive, a possibilidade de arrecadar a totalidade do acervo patrimonial, na ausência de outros herdeiros sucessíveis.

Defendendo a justeza de dito posicionamento em detrimento da identificação de mera sociedade de fato, na qual é necessária a comprovação da contribuição do companheiro para a aquisição dos bens comuns, como se sócio fosse do *de cuius*, estão os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Caso inexistir herdeiros necessários, se não for reconhecido o parceiro como integrante da ordem de vocação hereditária, são convocados a amealhar a herança os parentes até o quarto grau. Muitas vezes pessoas distantes que sequer conheciam o falecido, ou pior, rejeitavam sua orientação sexual. E mais. Na ausência de parentes sucessíveis, a solução pode levar a um resultado ainda mais injusto. Os bens serem arrecadados como herança jacente, ou seja, sem dono. Com a declaração de vacância, o patrimônio construído ao longo de uma vida vira bem público, a ser entregue ao município em detrimento do parceiro sobrevivente que, depois de anos de convívio, pode ficar sem nada, pelo fato de não conseguir comprovar participação de ordem econômica na constituição do patrimônio. (DIAS, 2011c, p. 153).

Relativamente ao tema, em decisão paradigmática, o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, em sede de Embargos Infringentes, reconheceu o direito do companheiro sobrevivente à totalidade do acervo patrimonial de seu falecido parceiro homossexual e afastou a declaração de vacância da herança<sup>30</sup>.

Como se pode perceber, apesar da omissão legislativa, a jurisprudência assegurou ao companheiro homossexual as mesmas prerrogativas de que goza a o parceiro da união estável, ou seja, não somente o direito à meação dos bens adquiridos durante o período de convívio, de maneira onerosa, mas também o direito à concorrência sucessória com os

---

Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70003016136, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 08/11/2001).

<sup>30</sup>UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (segredo de justiça). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes 70003967676, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 09/05/2003).

ascendentes e os descendentes do falecido, o que parece ser o entendimento que melhor atende aos reclames daquilo que é justo.

Está claro que não é repetindo posturas preconceituosas e conservadoras que o Poder Judiciário cumprirá o seu compromisso de fazer justiça. Ao contrário, é preciso demonstrar coragem e ousadia, ausentes no atual corpo normativo, mas que são imprescindíveis à implementação efetiva de direitos e garantias fundamentais das minorias vítimas de exclusão jurídica e social.

### **1.3 A evolução jurisprudencial no STJ**

Ao Superior Tribunal de Justiça coube a missão de ser o garante do sistema jurídico federal, donde decorre não só a relevante função de interpretação da norma infraconstitucional, como também a de uniformização da jurisprudência, de modo que suas decisões orientam as Justiças Federal e Estadual nas questões jurídicas de seus respectivos casos concretos. Sendo assim, dificultoso não reparar na extrema importância inerente aos julgados exarados por essa Corte Superior, que têm o condão de redirecionar os posicionamentos a respeito de determinada matéria, operando-se, assim, verdadeira manutenção da plenitude do ordenamento jurídico nacional e conservação da segurança jurídica.

Somando-se a esse fator a questão da enorme repercussão social angariada pelas decisões tomadas no âmbito do STJ, em face de sua ampla difusão nos meios de comunicação e retumbante influência por todo o Poder Judiciário, percebe-se a notória importância que recebem os seus julgados relativos aos direitos dos homossexuais. Conforme já explicitado no presente trabalho, não deixou de ser turbulento o caminho trilhado para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. A fim de garantir alguma proteção jurídico-patrimonial a relações que se tornavam cada vez mais corriqueiras no meio social e que já se apresentavam de maneira frequente no Judiciário, foi dado o primeiro passo dessa jornada enfrentada pelos componentes dessas uniões amorosas, qual seja, o reconhecimento de sua relação como uma sociedade de fato.

Ainda que, em um primeiro momento, não pareça um grande avanço na proteção de direitos dessa categoria, o reconhecimento da sociedade de fato foi, sim, uma decisão progressista e emblemática tomada pelo STJ já no ano de 1998, antes mesmo da inovadora jurisprudência do TJRS sobre a temática.

Sem querer proferir um juízo de ordem moral sobre o relacionamento homossexual em debate, o relator do julgado, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, admitiu que a união produziu efeitos de natureza patrimonial e que deveriam ser juridicamente regulados, visto que houve uma combinação de esforços para a formação do patrimônio comum, situação, portanto, lícita e não vedada pela legislação. Baseando-se no art. 1.363 do Código Civil de 1916 (atual art. 981) e na Súmula 380 do STF, foi proferido acórdão que assegurou ao companheiro da denominada sociedade de fato a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum<sup>31</sup>.

A partir dessa decisão, foi estabelecida a tendência amplamente majoritária da jurisprudência de determinar a partilha ao meio dos bens adquiridos durante a chamada sociedade de fato, desde que adquiridos pelo esforço mútuo do casal e condicionados à prova da colaboração comum. Ainda que alguns poucos acórdãos tenham ido de encontro a esse novo paradigma<sup>32</sup>, a jurisprudência do STJ continuou a evoluir no sentido de garantir direitos resultantes das uniões entre parceiros homossexuais, inclusive no que tange ao âmbito previdenciário.

Em 2005, essa Corte Superior deferiu o benefício previdenciário da pensão por morte ao companheiro sobrevivente, fazendo referência à Instrução Normativa nº 25, de 7 de junho de 2000, do INSS, a qual estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual, em atendimento à decisão judicial prolatada na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0<sup>33</sup>. O relator, em seu voto, afastou a impossibilidade da concessão da pensão por morte ao companheiro homossexual, baseando-se na interpretação conjunta dos princípios constitucionais da igualdade e da justiça, e afirmou, ademais, que por meio do uso da analogia e dos princípios do direito (art. 4º da atual LINDB) é possível colmatar a lacuna existente nos arts. 226, § 3º, da CF e 16, § 3º, da Lei 8.213/1991<sup>34</sup>, para incluir essa minoria social na esfera de proteção do Direito Previdenciário.

<sup>31</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 SUPOSTADO 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. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 148.897/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10/2/1998).

<sup>32</sup>Superior Tribunal de Justiça, REsp 323.370/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 14/12/2004 e Superior Tribunal de Justiça, REsp 502.995/RN, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26/4/2005.

<sup>33</sup>BRASIL. Instrução Normativa/INSS nº 25/2000. Art. 2º. A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro e companheira homossexual reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18/05/2000.

<sup>34</sup>BRASIL. Lei nº 8.213/1991. Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: [...] § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Outro caso de grande relevância, que versa também sobre questões previdenciárias, manteve a decisão de incluir um dos parceiros homoafetivos na condição de dependente do outro no plano de saúde da Caixa Econômica Federal<sup>35</sup>. Enfrentando diretamente a questão da união estável homoafetiva, o relator reconheceu que esta deve ser considerada análoga à relação heterossexual, e que seus componentes não devem perder a condição de cidadãos em função de sua orientação sexual. Por sua relevância, cabe mencionar aqui trecho do referido voto:

Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico.

A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia. O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoa do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

[...]

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 238.715/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 7/3/2006).

Este próximo julgado representou um grande avanço para a comunidade homossexual, ao reconhecer a possibilidade jurídica da ação declaratória de união homoafetiva, fundamentando que os dispositivos legais que limitaram a união estável a pares de sexos diversos não vedaram a possibilidade interpretativa de que esses pares sejam formados por pessoas do mesmo sexo. Desse modo, o julgador pode entender que existe uma lacuna legislativa e, em face da proibição de eximir-se de prestar a tutela jurídica, deve utilizar-se da analogia para decidir os casos não expressamente previstos pelo legislador<sup>36</sup>.

<sup>35</sup>PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 238.715/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 7/3/2006).

<sup>36</sup>PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não

Diante dos diversos avanços no campo da proteção aos direitos homoafetivos, difícil mencionar todos os julgados do STJ referentes ao tema<sup>37</sup>, e não por outra razão foi feita a opção de destacar alguns dos mais relevantes para a questão da união estável homossexual. As decisões mencionadas e outras tantas no mesmo sentido são indícios mais do que suficientes de que este Tribunal não permaneceu inerte frente às novas realidades sociais que se delineavam na esfera pública e que batiam às portas do Poder Judiciário.

Mantendo-se fiel à sua postura, esta Corte Superior alinhou-se imediatamente à decisão do Supremo Tribunal Federal de equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, como entidades familiares<sup>38</sup>.

#### 1.4 Precedentes relevantes do TSE e do STF

Diante de seu mérito para a questão das uniões homoafetivas, vale a pena tecer breves comentários sobre dois importantes precedentes exarados pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal.

O primeiro, do ano de 2004, faz referência a Recurso Especial Eleitoral julgado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sua função de Ministro do TSE, no qual teve a oportunidade de decidir questão relativa ao registro de candidatura, para o cargo de prefeita de Viseu/PA, de companheira homoafetiva da então prefeita da mesma cidade, que já se encontrava no cargo há dois mandatos e, portanto, não poderia se reeleger.

Sob a argumentação da afronta ao art. 14, § 7º, da CF<sup>39</sup> – que proíbe a eleição dos cônjuges de Prefeitos, Governadores e do Presidente da República, tendo em vista a necessidade de vedar a perpetuação de uma mesma oligarquia familiar no poder, motivo pelo qual tal restrição foi estendida à união estável – foi reconhecida a inelegibilidade da candidata, em razão de sua união estável homossexual<sup>40</sup>.

---

foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 820.475/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para o Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 2/9/2008).

<sup>37</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.026.981/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/2/2010.

<sup>38</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.085.646/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/5/2011; Superior Tribunal de Justiça, REsp 930.460/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/5/2011; Superior Tribunal de Justiça, REsp 827.962/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21/6/2011.

<sup>39</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...] § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

<sup>40</sup>REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspE 24.564. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 1/10/2004).

Esse julgamento foi aplaudido pela doutrina que defendia o reconhecimento da união estável homoafetiva, tendo em vista que seria no mínimo contraditório admitir que tais relações possam sofrer restrições interpretativas impostas pela legislação e pela Constituição, sem, contudo, receber a confirmação jurídica de seu *status* de entidade familiar. Entretanto, mostrou-se prematura a comemoração acerca das possíveis consequências dessa decisão para a minoria homossexual, posto que, conforme é sabido, tal reconhecimento só se efetivou, com efeitos *erga omnes* e vinculativo, no ano de 2011.

O segundo precedente que merece destaque refere-se a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta no STF, que requeria a declaração de inconstitucionalidade parcial da expressão “homem e mulher” presente no art. 1º da Lei 9.278/1996<sup>41</sup>, que regula a união estável, por violação ao princípio da igualdade em relação às uniões de pessoas de mesmo sexo. O processo acabou por ser extinto, sem resolução de mérito, sob a alegação de que a referida lei havia sido derogada pelo art. 1.723 do Código Civil, que trata da mesma matéria<sup>42</sup>.

Em que pese a destinação da demanda, foram as ponderações adotadas pelo Ministro Relator Celso de Mello acerca do mérito que despertaram a atenção dos militantes da causa homossexual. Em sua decisão, o eminente julgador discorreu sobre a extrema importância jurídico-social da matéria e admitiu ser possível utilizar-se da analogia e invocar 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) para o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, e para 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 consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais<sup>43</sup>.

Apesar de extinguir o processo por razões de caráter formal, o Ministro dignou-se a exprimir posicionamento em relação à temática principal da demanda, no sentido de admitir a possibilidade jurídica da união estável entre pares do mesmo sexo, por meio da

<sup>41</sup>BRASIL. Lei 9.278/1996. Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

<sup>42</sup>UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3300 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 3/2/2006).

<sup>43</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3300 MC/DF, julgado em 3/2/2006, voto do Rel. Min. Celso de Mello.

aplicação da analogia e dos princípios constitucionalmente garantidos a todos, bem como defender o vínculo familiar decorrente de tais relacionamentos. Em melhores palavras:

Merece ser louvada a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura discriminatória e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito conservador de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças, afastando-se o Estado do dever de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade. (DIAS, 2004, p. 62-63).

## Capítulo 2 Análise da fundamentação dos votos proferidos pelos Ministros do STF no julgamento que equiparou a união homoafetiva à união estável (ADPF 132 e ADI 4.277)

### 2.1 Petições iniciais e pedidos

O julgamento em conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF<sup>44</sup> realizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em cinco de maio de 2011, resultou na

<sup>44</sup>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 emanação 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-REDUCTIONISTA. 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 ESTABELECEER 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

equiparação da união homoafetiva à união estável prevista na Constituição Federal, bem como no conseqüente reconhecimento do *status* de entidade familiar desse relacionamento afetivo, contando com a participação de 14 *amici curiae*, tendo em vista a relevância e a complexidade do tema. Tal decisão foi julgada procedente, por votação unânime dos Ministros da Egrégia Corte (estando impedido o Ministro Dias Toffoli, por ter atuado como Advogado-Geral da União em um dos processos), com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para toda a Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário<sup>45</sup>.

Protocolada e autuada no dia 27 de fevereiro de 2008, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – de número 132 foi proposta pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, com alegações de violação aos seguintes preceitos fundamentais: o princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da CF; o princípio da liberdade, do qual deriva a autonomia da vontade, referente ao art. 5º, II, da CF<sup>46</sup>; o princípio da dignidade da pessoa humana presente no art. 1º, III, da CF e o princípio da segurança jurídica normatizado pelo art. 5º, *caput*, da CF. Ademais, sustentou como atos do Poder Público causadores de descumprimento: a interpretação discriminatória conferida aos incisos II e V do art. 19<sup>47</sup> e I a X e parágrafo único do art. 33<sup>48</sup> do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), em relação aos parceiros homossexuais; e a prolação de decisões judiciais pelos mais diversos tribunais estaduais do País, em especial do Rio de Janeiro, negando a equiparação jurídica das uniões estáveis homossexuais àquelas protagonizadas por casais heterossexuais.

---

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 conseqüências da união estável heteroafetiva (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

<sup>45</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

<sup>46</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>47</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 220/1975. Art. 19. Conceder-se-á licença:

[...] II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

[...] V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

<sup>48</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 220/1975. Art. 33. O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

Nesse sentido, o autor requereu a procedência do pedido para estender a aplicação do regime jurídico da união estável também para a união homoafetiva, por meio da interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil (bem como dos arts. 19, II e V e 33, I a X e parágrafo único do Decreto-Lei 220/1975), como decorrência direta dos preceitos fundamentais explicitados ou, alternativamente, pelo reconhecimento da existência de uma lacuna normativa que deve ser integrada analogicamente, tendo em vista que o elemento essencial presente nas uniões entre pessoas de sexos distintos também se encontra naquelas entre pessoas de mesmo sexo, de acordo com a redação do referido dispositivo, qual seja, a convivência pública, contínua e duradoura, cujo objetivo é a constituição de família.

Outro aspecto relevante foi o pedido subsidiário de que, caso a Corte Suprema entendesse pelo descabimento da ADPF na hipótese sob análise, a ação pudesse ser conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – de modo que se concedesse uma interpretação conforme a Constituição dos já mencionados dispositivos, para impedir uma leitura que excluísse os servidores homossexuais da tutela jurídica. Este pedido foi acatado pelo Ministro Relator Ayres Britto que, baseando-se em precedentes da Corte<sup>49</sup>, recebeu a referida ação como ADI, uma vez que o objeto em que estava centrada demonstrava mais pertinência com os pressupostos jurídicos mais amplos da ação direta de inconstitucionalidade.

Por sua vez, a ADI 4.277/DF foi proposta no dia dois de julho de 2009 pela Procuradoria Geral da República e instruída com cópia da representação apresentada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, por pareceres de eminentes juristas e por decisões judiciais contrárias à equiparação heteroafetiva. O argumento central da ação analisada foi a possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo diante da aplicação imediata dos seguintes princípios constitucionais: da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF; da igualdade, presente no art. 5º, *caput*, da CF; da vedação a discriminações odiosas, no art. 3º, IV, da CF; da liberdade, no art. 5º, *caput*, da CF; e da proteção à segurança jurídica. Considerando a coincidência de objetos<sup>50</sup>, a referida ação foi redistribuída ao Relator, que decidiu pela encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ por esta, posto que seu principal pedido se resumia na declaração do reconhecimento da união homoafetiva como

---

<sup>49</sup>ADPF-QO 72 e ADPF 178.

<sup>50</sup>BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Art. 77-B. Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos.

entidade familiar, com os mesmos direitos e deveres dos companheiros heterossexuais estendidos aos homossexuais.

Difícil não reparar que a argumentação presente em ambas ações é basicamente idêntica e pautada em princípios constitucionais que asseguram a todos os cidadãos o direito de desfrutar com plenitude de seus projetos pessoais de vida, inclusive no que tange à dimensão sexual e amorosa, cujo respeito e consideração são essenciais para o perfeito desenvolvimento da personalidade do ser humano de maneira digna e completa. Ademais, nesse sentido estão os fundamentos formulados nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aos quais foram acrescentadas outras pertinentes justificações, sendo aqueles argumentos de maior relevância a seguir analisados.

## **2.2 O princípio da igualdade, a autonomia privada e o direito à não discriminação**

O princípio da igualdade é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e não é por outra razão que se encontra proclamado não somente no preâmbulo<sup>51</sup> da Constituição Federal, como também no *caput* de seu art. 5º. De maneira enfática, essa garantia fundamental se encontra reafirmada uma vez mais no inciso I do art. 5º, da CF<sup>52</sup>, para determinar a isonomia de direitos e deveres entre o homem e a mulher. Assim, é a Carta Constitucional a grande artífice do princípio da igualdade no âmbito do Direito de Família (DIAS, 2011b).

Dessa forma, é correto concluir que a Constituição assegura tratamento igualitário e proteção isonômica a todos os cidadãos, posto que o princípio da igualdade de direitos impõe uma isonomia de aptidão, de possibilidades virtuais. A igualdade se concebe com eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se falhar em demonstrar compatibilidade com os valores proclamados pela Carta Maior (MORAES, 2011). Assim, são inadmissíveis as discriminações arbitrárias e as diferenciações exacerbadas, sendo imprescindível que a lei e o Estado respeitem o princípio da isonomia, todavia, norteados

---

<sup>51</sup>BRASIL. Constituição Federal. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>52</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

sempre pela máxima do tratamento desigual às situações desiguais, na medida em que se desiguam.

De acordo com Dworkin (2005a), o princípio da igualdade exige que todas as pessoas sejam tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração. Sendo assim, pode-se evidenciar como corolário desse postulado fundamental a garantia de reconhecimento aos membros de determinado grupo social da possibilidade de desfrutarem daqueles direitos que lhes dizem respeito, sem interferências de argumentações preconceituosas em relação ao seu projeto de vida (SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN, 2008).

Dito isto, cabe esclarecer que o princípio da igualdade, em seu sentido formal, significa a igual aplicação da mesma lei a todos endereçada, sem distinções. Daí decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual pessoas e situações distintas, uma vez que seus destinatários são tratados de modo generalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades. O resultado é a regulação igual de situações subjetivas desiguais, contrariando a máxima segundo a qual ser justo é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades (RIOS, 2002). Dessa forma, concluiu-se pela insuficiência da compreensão meramente formal da igualdade, especialmente no que diz respeito aos direitos dos homossexuais, tendo-se em vista os desafios de uma realidade pautada em discriminações por orientação sexual.

Por sua vez, a igualdade material exige a aplicação diferenciada do regime normativo face a situações distintas. Portanto, a igualdade deve atentar para as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e as hipóteses, objetivando empregar-lhes desigual consideração jurídica, na proporção de suas distinções. Para tal, é necessário identificar as semelhanças e as distinções relevantes, para fins de equiparação ou distinção (RIOS, 2001).

No caso em questão, foi necessário descobrir se a orientação sexual deve ou não ser considerada como um fator de discriminação para se recusar a equiparação dos companheiros homossexuais em relações de afeto àqueles participantes de uniões estáveis heterossexuais. Claramente negativa foi a resposta a tal indagação proferida pelo Ministro Luiz Fux em seu voto:

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar

seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Adiante, o eminente Ministro faz uma relação entre o referido princípio e o direito à autonomia privada por entender que o tratamento desigual despendido aos homossexuais em uniões estáveis viola aquele direito, na tentativa de submetê-los, contra a sua vontade, a padrões morais majoritariamente estabelecidos. Sendo assim, somente a equiparação jurídica de ambos relacionamentos respeitaria o princípio da igualdade material consagrada na Constituição Federal.

Finalmente, invoca a aplicação de uma política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos, para admitir a desigualdade entre os indivíduos e trazer à superfície as relações pessoais desse segmento minoritário que vivencia componente tão fundamental de sua vida de forma submersa, oculta.

Fazendo uma conexão entre o princípio da igualdade e o princípio fundamental da vedação a todo tipo de discriminação, previsto no art. 3º, IV da CF, o Ministro Joaquim Barbosa assim dispõe:

Comungo do entendimento do relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Sendo assim, a dimensão material do princípio da igualdade impõe que qualquer diferenciação de ordem jurídica se dê em virtude de critérios racionais, evitando o juízo arbitrário na justificação de desigualdade de tratamento, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Consequência disso, a igualdade material veda o uso de fundamentações preconceituosas para justificar a negativa de direitos aos homossexuais, por

ocultarem verdadeira discriminação por orientação sexual, a qual se encontra contida na discriminação por sexo, proibida pela Constituição Federal<sup>53</sup>.

### 2.3 O princípio da liberdade e os direitos à intimidade e à privacidade

Em que pese sua significação ampla e multifacetada, o sentido substancial do princípio da liberdade é a possibilidade de que o sujeito possa conduzir-se conforme a vontade autônoma, o estilo de vida e os valores que entender pertinentes, desde que ressaltados os direitos de terceiros. São diversas as situações fáticas em que o indivíduo poderá exercer sua autonomia privada e exercitar seu direito à liberdade de expressão, de consciência, sexual e, até mesmo, de se relacionar com aquele que escolher.

Sob esse prisma, o Estado Democrático de Direito tem a tarefa não somente de assegurar ao cidadão a sua liberdade de escolha entre as possíveis alternativas, mas também de propiciar as condições adequadas para a concretização desses projetos. As instituições políticas e jurídicas devem promover o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, e não dificultá-lo (BARROSO, 2009). Nesse diapasão, necessário compreender que a sexualidade se configura em elemento intrínseco à natureza do homem, de modo que sem o seu livre exercício, ele não se realiza plenamente como ser humano. Conclui-se, portanto, que a liberdade sexual está amplamente protegida pela Constituição Federal, e não cabe ao Estado determinar o tipo legítimo de relação afetivo-sexual, condenando as demais, tampouco ignorando-as (DIAS, 2011a). No âmbito da autonomia da vontade, não há que se interferir nas escolhas do indivíduo, sob pena de violação e, até mesmo, de negação a aspecto sagrado de sua personalidade, de uma das dimensões que dão sentido a sua existência.

Aprofundando ainda mais a discussão, o Ministro Relator relaciona o princípio da liberdade ao direito à intimidade e ao direito à privacidade, senão veja-se:

[...] Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II – sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe

<sup>53</sup>RIOS, 2001, p. 72: “De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação sexual 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 na combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação. Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação”.

a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Por serem direitos individuais de grande relevância constitucional, a intimidade e a vida privada se ligam à liberdade por serem preceitos que asseguram ao ser humano a possibilidade de cultivar seus ideais, suas crenças, suas identidades profissionais, políticas ou sexuais, de modo que um posicionamento estatal que discrimine negativamente aqueles que se orientam de maneira homossexual é uma postura flagrantemente inconstitucional e prejudicial ao ideal democrático como um todo.

Outra observação bastante importante foi pontuada pelo Ministro Luiz Fux, ao argumentar que a negativa de reconhecimento da união homoafetiva não se traduz na proteção de outro bem jurídico para a sociedade, isto é, o que os homossexuais perdem em liberdade não se reverte em favor de qualquer outro princípio constitucional. Ao contrário, atenderia apenas a uma determinada concepção majoritária de moral que, em que pesem os muitos adeptos, não é juridicamente obrigatória (BARROSO, 2009).

## **2.4 O princípio da dignidade da pessoa humana**

Este é o princípio mais fundamental do Estado Democrático de Direito, de cujo seio se projetam todos os demais princípios, como a autonomia privada, a cidadania, a igualdade, a liberdade, a não discriminação, dentre outros. Tamanha importância foi de fato reconhecida pelo constituinte, que o elevou ao *status* de fundamento da República, consagrado já no primeiro artigo da Constituição Federal. Esse princípio tem no seu conteúdo o reconhecimento do valor singular e exclusivo de cada ser humano, que deve sempre ser considerado com respeito à sua excepcionalidade, vedada a sua utilização como meio de execução de concepções exteriores à sua individualidade. Nesse sentido, o desrespeito à autonomia do indivíduo com a imposição de visões de mundo orientadas por concepções dominantes de “certo” e “errado”, de “normal” e “anormal”, fere a dignidade de grupos minoritários, cujos projetos de vida são brutalmente desprezados e rechaçados, como é o caso daqueles que se relacionam com pessoas do mesmo sexo.

Criticando uma interpretação ultrapassada do direito e defendendo o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o oportuno magistério de Luís Roberto Barroso:

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da ideia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”<sup>54</sup>. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A ideia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de “reconhecimento”. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento (BARROSO, 2009, p. 200-201, grifo do autor).

Sob o enfoque do reconhecimento da união estável homoafetiva, o Ministro Relator Ayres Britto discorre sobre a autonomia privada do indivíduo, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e expressão direta do direito à própria sexualidade, à livre orientação sexual, e eleva este importante fator de afirmação pessoal ao patamar de cláusula pétrea, nos termos do inciso IV, do § 4º do art. 60<sup>55</sup>, da Constituição Federal, dispositivo que proíbe a abolição dos direitos e garantias individuais do seio constitucional.

Assim, a sexualidade é direito fundamental que integra a própria condição humana, devendo seu respeito ser garantido como elemento integrante da natureza do indivíduo e como seu direito natural e inalienável<sup>56</sup>. Nesse sentido, à medida que tais preceitos são alçados a fundamentos da ordem jurídica constitucional, ocorre uma opção expressa pela valorização da pessoa e da realização de sua personalidade. A inserção da dignidade da pessoa humana nos direitos sexuais do indivíduo opera, concomitantemente,

<sup>55</sup>BRASIL, Constituição Federal. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...] IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>56</sup>GIORGIS, [2002], p. 10: “De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao seu humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui”.

uma *despatrimonialização* e uma *personalização* dos institutos jurídicos, posicionando o ser humano no centro de proteção do direito (DIAS, 2011b).

Essa ampliação conceitual dos institutos jurídicos provocada pela dignidade da pessoa humana não passou despercebida ao Ministro Marco Aurélio, que ressaltou em seu voto os reflexos que esse princípio provocou no Direito de Família e no Direito Civil como um todo, cuja orientação prioritária passou do âmbito jurídico-patrimonial para o jurídico-existencial, senão vejamos:

O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao “ter”. O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Bevilacqua concernia a questões patrimoniais.

O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma “virada de Copérnico”, foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do “ser”, da personalidade, da existência. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello exalta o princípio da dignidade da pessoa humana como verdadeiro valor-fonte e vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico vigente, e faz uma relação de decorrência, em seu voto, entre aquele fundamento e o postulado constitucional subentendido do direito à busca da felicidade. Em sua extensa fundamentação, o Ministro afirma que esse implícito preceito constitucional concorre para a expansão dos direitos fundamentais, à medida que se qualifica como instrumento de vedação a práticas e omissões estatais que atentem contra os direitos e as garantias das minorias. Consoante essa argumentação, o Relator admite que, se os heterossexuais somente se realizam ou são felizes heterossexualmente, então, aqueles de orientação homossexual, da mesma forma, só podem realizar-se e serem felizes homossexualmente.

Contribuindo para o enriquecimento do debate, o Ministro Luiz Fux refere-se a uma *política de reconhecimento*, fruto do princípio da dignidade da pessoa humana, que ultrapassa até mesmo o sentido formal da igualdade para reconhecer como legítimas e dignas de respeito e proteção as diferenças existentes entre os seres humanos:

A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se

justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

O reconhecimento pode significar a retirada da valoração negativa de determinada identidade, seja para afirmá-la positivamente, seja, sobretudo, para admitir que tal identidade é irrelevante, no que diz respeito à vida social e político-jurídica; isto é, não é o bastante que o indivíduo seja tratado como todos os outros, é preciso eliminar essa necessidade de provar tal isonomia nas relações sociais cotidianas (RIOS; GOLIN; LEIVAS, 2011). Nesse diapasão, a lição apresentada no voto do Ministro Joaquim Barbosa:

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da ideia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre o qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Os homossexuais estão em permanente relação com outros indivíduos e inseridos no contexto cultural e necessitam, como qualquer outro ser social, do reconhecimento do seu valor, a fim de que possam desenvolver livremente sua personalidade e sua auto-estima. O reconhecimento social diz respeito à valorização tanto das identidades individuais quanto das coletivas e, quando inexistente, pode dar ensejo a conflitos psíquicos, sofrimento e crises de identidade, em flagrante desrespeito ao princípio da dignidade de pessoas que apenas buscam a felicidade, o amor, a realização (SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN, 2008). Com efeito, considerar o respeito à autonomia individual, ao livre desenvolvimento da personalidade e à diversidade de modos de vida é uma questão de efetivo respeito à dignidade humana.

Por sua vez, o reconhecimento da diversidade é expressão e exigência do pluralismo, cujo fundamento de convivência política se coaduna na tolerância recíproca. O sistema jurídico deve garantir e valorizar as múltiplas formas de pensamento e de conduta, não permitindo a discriminação e a opressão entre os grupos sociais ou, até mesmo, do próprio Estado, que deve eximir-se de omissões injustificadas e do incentivo de uma cultura dominante que reproduza maneiras de uniformização, conformismo e submissão (RIOS; GOLIN; LEIVAS, 2011). Em concordância com essa argumentação, e explicitando os

preceitos dos pluralismos social e político<sup>57</sup>, está o voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia:

Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político. E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções. Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Ainda sobre a temática, o Ministro Ayres Britto sustenta que o pluralismo sócio-político serve de elemento conceitual à própria democracia material, desde que esta seja entendida dentro de um contexto de respeitosa convivência dos contrários.

## **2.5 Art. 226, §3º, da Constituição Federal como norma de inclusão**

Um argumento corriqueiramente invocado por aqueles que mantêm posicionamento contrário ao reconhecimento da união estável homoafetiva é o de que a norma constitucional teria barrado essa possibilidade, no sentido da redação do art. 226, § 3º, da CF, segundo o qual “para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Tal apego à pura literalidade do texto, quando faz referência a “homem e a mulher”, não merece procedência, senão vejamos.

A Constituição Federal não se resume a uma junção de normas isoladas, pelo contrário, trata-se de um sistema de princípio e regras, em que cada elemento deve ser compreendido em relação aos demais. Sendo assim, a noção de sistema constitucional traduz-se no importante princípio da unidade da Constituição. Isso significa que os diversos princípios constitucionais já mencionados ao longo deste capítulo, por desempenharem valores destacados dentro da estrutura hermenêutica da Carta Maior, apontam como verdadeiros vetores no sentido de que as normas setoriais da Constituição – como o art. 226, § 3º – devem buscar a inclusão dos grupos vulneráveis, e não a perpetuação de sua estigmatização e afastamento (SARMENTO; IKAWA, PIOVESAN, 2008).

---

<sup>57</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político.

Consoante esse entendimento, encontram-se os votos dos Ministros Celso de Mello e Luiz Fux e, deste último, apresenta-se pertinente trecho:

A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir à norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil. Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Com efeito, o referido dispositivo constitucional foi introduzido na ordem jurídica com o intuito de superar a discriminação que incidia entre os companheiros de uniões que não decorressem do casamento, consagrando a evolução de um processo histórico que objetivava a inclusão social e o fim do preconceito. Isso posto, seria um contra-senso interpretar um dispositivo constitucional de ambições emancipatórias como uma cláusula determinadora de exclusão social dos homossexuais, contrariando os princípios constitucionais que originariamente justificaram sua criação (SARMENTO; IKAWA, PIOVESAN, 2008). Ilustrando o mesmo ponto, vale fazer referência ao magistério de Barroso:

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional. (BARROSO, 2009, p. 208-209).

## 2.6 Lacuna e analogia: a divergência de fundamentos

Na Constituição Federal, estão explícitas três categorias de entidade familiar, quais sejam, a família monoparental, a decorrente de casamento e a formada pela união estável<sup>58</sup>. Diante dessa disposição constitucional, cabe a indagação sobre qual modalidade melhor acomodaria a união estável homoafetiva.

<sup>58</sup>BRASIL. Constituição Federal. 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.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

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

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

Considerando tudo o que foi exposto até o momento, não é difícil perceber que a medida mais coerente é a que iguale tais relações à união estável prevista no § 3º do art. 226 da CF e estenda o regime jurídico aplicado àqueles companheiros também aos participantes da entidade familiar homossexual, com base em todos os princípios e postulados constitucionais previamente apresentados, que podem ser considerados suficientes suportes legitimadores dessa equiparação.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, esta é a medida que inibe a geração de dois regimes jurídicos diferenciados para duas situações idênticas, cuja única diferença está na coincidência ou não dos sexos dos envolvidos. Dessa forma, rompe-se com a lógica discriminatória que permite o reconhecimento de uns e a desqualificação de outros (RIOS; GOLIN; LEIVAS, 2011). Contudo, esse viés argumentativo não foi unânime entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica em suas fundamentações.

O Ministro Ricardo Lewandowski é o primeiro a negar a possibilidade de se enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo dentro das entidades familiares arroladas na Constituição Federal, por entender que o constituinte originário foi bastante claro ao restringir a existência da união estável ao “homem e a mulher”. Para corroborar com seu posicionamento, o Ministro apresenta trechos das discussões travadas na Assembleia Constituinte acerca dessa questão, os quais são reproduzidos nos termos de seu voto:

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

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos “gaysés” do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no “showástico”, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § °: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

**O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:** - Isso é coação moral irresistível.

**O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):** - Concedo a palavra ao relator.

**O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:** - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

**O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):** - Sr. Presidente, estou de acordo.

**O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):** - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa)**. Aprovada **(Palmas)**. (BRASIL. Supremo

---

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

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

Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

O Ministro discorda da aplicação da interpretação extensiva do dispositivo em foco, por entender que a atuação dos magistrados deve manter-se dentro dos limites do direito objetivo posto e que tal técnica interpretativa iria de encontro à vontade do legislador primário, utilizando-se de argumentação claramente originalista. Nesse sentido, acaba por reconhecer a união homoafetiva como uma quarta espécie de entidade familiar, não prevista no rol exemplificativo do art. 226 da Constituição Federal e utiliza-se, para isso, do instituto da integração analógica de colmatação de lacunas<sup>59</sup>, senão vejamos:

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento.

[...]

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Os interesses que originaram a lei devem, sem dúvida, ser levados em consideração pelo magistrado, porém, não como critério absoluto de julgamento, posto que a interpretação legislativa depende do contexto e este se modifica com o passar do tempo. Dessa maneira, os critérios de decisão devem ser pautados em uma concepção de imparcialidade que considere também os interesses daqueles envolvidos no caso concreto (MARMELSTEIN, 2011).

Em consonância com a fundamentação do Ministro Lewandowski, encontra-se o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, que sustenta a necessidade de preenchimento de

<sup>59</sup>BARROSO, 2009, p. 211: “A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia *legis* quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia *iuris* quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia *legis*.

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações”.

uma lacuna normativa existente no referido dispositivo constitucional, por meio do emprego da analogia. Salienta, todavia, que a união estável e a união homoafetiva devem ser classificadas como situações equiparáveis, tendo em vista a sua semelhança, e não situações idênticas.

Outrossim, o Ministro Gilmar Mendes admite a existência de uma lacuna axiológica que demanda a aplicação do dispositivo que trata da união estável entre o homem e a mulher, naquilo em que for cabível. A ressalva do Ministro, no entanto, refere-se à incapacidade de se realizar uma equiparação irrestrita entre ambas situações, pelo fato de não ser possível prever todas as consequências jurídicas decorrentes desse nivelamento, considerando a complexidade social da temática:

[...] O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas. Ao mesmo tempo, fazermos simplesmente a equiparação, pode, também, fazer com que nós estejamos a equiparar situações que vão revelar diversidades, tal como apontava o Ministro Ricardo Lewandowski. As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Com toda vênua aos posicionamentos dos três Ministros da Corte Superior, a aplicação da analogia não parece ser a solução mais adequada à situação das uniões homoafetivas, posto que a utilização desse instituto jurídico se assemelha a uma tentativa de regular a exceção homossexual por meio de sua submissão ao modelo heterossexual, o que contraria a perspectiva da diversidade sexual. Nesse sentido, compreende-se que ambas relações afetivas devam ser igualadas, em contraposição às premissas do procedimento analógico empregado (RIOS; GOLIN; LEIVAS, 2011). Igualmente de acordo com esse entendimento, segue trecho de manifestação do Relator feita durante breve discussão ocasionada no momento do voto do Ministro Gilmar Mendes:

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)** - Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação. Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

## **Capítulo 3 A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na preservação dos direitos fundamentais das minorias**

### **3.1 A autodeterminação das minorias frente à maioria**

Tradicionalmente, o Direito serviu como instrumento de conservação dos padrões morais dominantes na sociedade em relação ao instituto da família, confirmando e mantendo práticas heterossexuais hegemônicas. Neste contexto, devem ser salientados o reforço do poder marital, a supremacia da família “legítima”, a condição jurídica submissa da mulher e a criminalização do adultério, todos componentes de uma concepção patriarcal e machista da entidade familiar. Em tal modelo hierárquico, em que os indivíduos são regidos de acordo com seu gênero e sem qualquer paridade de direitos entre os cônjuges, não haveria espaço para a aceitação de qualquer espécie de relacionamento destoante do padrão heterossexual (RIOS; GOLIN; PIOVESAN, 2011).

O pluralismo trouxe à tona novas demandas sociais que, paulatinamente, passavam a reivindicar o reconhecimento de práticas e relacionamentos que rompiam com os padrões majoritários, introduzindo nos espaços públicos e nos debates acadêmicos conceitos inéditos de família, que se divorciavam do padrão hierarquicamente organizado para se identificar com estruturas cada vez mais plurais e democráticas. Atualmente, entende-se que não é a celebração do casamento ou a oposição dos sexos que configura a família, e sim o elo afetivo que determina a união de indivíduos com os mesmos objetivos de vida e projetos futuros em comum, restando clara a hodierna ampliação da estrutura familiar:

Cada vez mais a ideia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e o estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. É preciso achar o elemento que autorize reconhecer a origem do relacionamento das pessoas. O grande desafio dos dias de hoje é descobrir o toque diferenciador das estruturas interpessoais que permita inseri-las em um conceito mais amplo de família.

Esse ponto de identificação é o afeto. Envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos. (DIAS, 2011b, p. 10).

Admitir a existência de modelos mais abertos e diversificados de família em detrimento do conceito fechado e conservador desse grupamento humano é essencial para o

reconhecimento das relações homossexuais. A partir desta perspectiva, esses novos atores sociais passaram a exigir do Estado a garantia de seus direitos constitucionalmente protegidos, do que se depreende que os direitos homoafetivos devem ser compreendidos no contexto de afirmação dos direitos fundamentais e, mais do que isso, de autodeterminação daqueles que se relacionam com pessoas do mesmo sexo.

Superadas as leituras restritivas e conservadoras historicamente realizadas pelos operadores do direito, são estabelecidas as bases para uma abordagem jurídica que efetivamente possa assegurar os direitos dessa minoria sexual, por meio da concretização de princípios básicos como, a título de exemplo, a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a não discriminação dessa parcela da população.

Independentemente de sua orientação sexual, todos são titulares de direitos fundamentais e têm a prerrogativa de usufruir da proteção jurídica outorgada pelos princípios constitucionais, com o intuito de ser livres, iguais e desfrutar do pleno desenvolvimento de sua personalidade e de sua autonomia individual. E é papel do Direito o fomento desses valores, por meio de mudanças legislativas, decisões jurisprudenciais e ações políticas que permitam a promoção da tolerância, do respeito à diversidade e repudiem a discriminação e o preconceito. No mesmo sentido, a lição de Luiz Edson Fachini, em obra organizada por Vicente Barretto:

Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns “nós” que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo. (BARRETTO, 1997, p. 124).

O Direito não tem uma função neutra na construção histórica do processo de diferenciação de grupos; ao contrário, deve concorrer para reduzir as desigualdades corriqueiras na sociedade. As mudanças efetuadas no âmbito jurídico não somente obedecem às novas realidades sociais, mas ajudam a promovê-las ou a modificá-las, conforme o caso. Em relação ao julgador, o atual processo de avanço do pensamento jurídico permite que o momento decisório seja pautado por argumentos principiológicos<sup>60</sup>, em virtude da evolução da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais, em especial no que tange aos direitos homoafetivos.

Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos

---

<sup>60</sup>DWORKIN, 2007.

do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seus universos afetivo e jurídico possuem menor valor, isto é, são menos importantes, corretos e dignos<sup>61</sup> (BARROSO, 2009), significando flagrante violação aos princípios da igualdade e da autonomia. O magistrado deve retirar dos dispositivos abstratos constitucionais uma leitura moral<sup>62</sup>, extraíndo, assim, os princípios de ética e justiça que lhes são inerentes:

[...] Os juízes devem submeter-se à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais [...] que se encaixe no conjunto da história [...]. Não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido, caso esses ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico. (DWORKIN, 2006. p. 16).

Nesse sentido, cumpre investigar os argumentos que buscam afastar a proteção jurídica e negar direitos àqueles que se comprazem em relacionamentos homoafetivos, em prol de uma moralidade majoritária considerada “correta” ou “normal”, baseada em fundamentos tendenciosos, como o da incompatibilidade com valores tradicionais, da impossibilidade de procriação pelo casal e do desrespeito aos padrões “morais” da maioria, os quais se sustentam exclusivamente em um cenário religioso/cristão, e jamais no contexto pluralista em que se insere o direito.

Não é difícil perceber que essas argumentações prescindem de caráter universalizável, isto é, baseiam-se em argumentos culturais substancialmente relativos e insustentáveis, que violam o postulado do Estado Laico brasileiro, em que se garante a liberdade religiosa<sup>63</sup>. No oportuno magistério de Rainer Czajkowski:

Preconceitos de ordem moral não devem servir de justificativa para alijar direitos. É descabido negar proteção e subtrair direitos a quem vive fora dos padrões sociais e busca direito não previsto em norma legal expressa. Ao se atribuírem possíveis efeitos jurídicos a tais relacionamentos, irrelevante emitir juízo valorativo sobre essa contingência social. Inviável uma valoração tão somente moral, porque a convicção subjetiva de cada um, além de ser mutável, não se baseia em critérios uniformes da opinião pública. Qualquer construção jurídica que se pretenda fazer supostamente científica não se compadece com tal subjetivismo. Na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque essa última, além de ser excessivamente subjetiva,

<sup>61</sup>No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 238.715/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 7/3/2006: “O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.”

<sup>62</sup>DWORKIN, 2006, p. 2: “A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. [...] Assim, toda vez que surge uma questão constitucional nova ou controversa [...], as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato. [...] A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmbito do direito constitucional”.

<sup>63</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

concluirá pela negativa de qualquer efeito útil. (CZAJKOWSKI *apud* DIAS, 2011b, p. 203).

Em um Estado de Direito, cuja lei maior é a Constituição da República, pautada em princípios democráticos e inclusivos, não deve ser aceita a imposição de uma determinada concepção de moral que impeça o exercício da liberdade, da autonomia e do desenvolvimento da personalidade de um grupo minoritário, que se encontra desprovido de direitos que deveriam ser garantidos pelo Estado:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais [...]. (SARLET, 2012, p. 148-149).

Nesse mesmo sentido, pode-se compreender que a autodeterminação possibilita ao indivíduo a tomada de suas próprias decisões, naquilo que diz respeito aos aspectos mais essenciais de sua existência, devendo-se garantir o respeito estatal a escolhas pessoais de identidade e de atuação dos cidadãos, por meio da abstenção de invasões ilegítimas de sua subjetividade e da promoção de sua liberdade.

Conforme o exposto, o que se pretende rechaçar é a imposição autoritária da identidade moral dominante à minoria, posto que aquele modo de viver, apesar de majoritário, não se configura como obrigatório. A laicidade deve reger a conduta estatal no sentido de se inadmitir que convicções tradicionais, costumeiras ou religiosas, ainda que comuns a um grande número de indivíduos, restrinjam direitos de um segmento social, sob pena de que toda a sociedade perca com o enfraquecimento de preceitos fundamentais, tais como a diversidade, o pluralismo e a própria democracia.

### **3.2 A jurisdição constitucional e seus limites**

No contexto jurídico anterior à Segunda Guerra Mundial, vigorava a supremacia da lei e do Parlamento, em que se compreendia a Constituição como mero instrumento político. Contudo, após a traumática – e legalizada – experiência nazista vivida na Alemanha, expandiu-se um novo modelo que tinha na Constituição o seu centro

normativo: a jurisdição constitucional. Essa nova configuração do Direito evidencia-se na supremacia constitucional, na constitucionalização dos direitos fundamentais, na força normativa da Constituição e em sua aplicação direta e indireta por todo o Poder Judiciário que, por meio do Tribunal Constitucional, assume a interpretação última e vinculante das normas constitucionais (BARROSO, 2005).

No Brasil, a jurisdição constitucional é exercida por todos os juízes e tribunais, tendo em vista o caráter misto do controle de constitucionalidade nacional. Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal situa-se no topo do sistema e goza do *status* de Corte Constitucional, cujo mais relevante papel é o de proteger a Constituição de violações que possam decorrer dos poderes estatais ou, até mesmo da própria sociedade, a fim de resguardar os direitos das minorias e dar efetividade aos direitos fundamentais. Por meio dos juízes e tribunais, a interpretação e a aplicação das normas constitucionais se efetivam, tendo em vista a assunção da decisão acerca dos debates morais e políticos que emanam do clamor social.

Nesse sentido, o eminente jurista Luís Roberto Barroso foi capaz de identificar, em uma de suas obras, três causas para a rápida ascensão do modelo da jurisdição constitucional no país, quais sejam: o reconhecimento da importância de um Poder Judiciário forte e autônomo, essencial às democracias modernas; o palpável descrédito da população em seus representantes políticos, em virtude da crise de legitimidade e de funcionalidade por que passa o Legislativo; e, finalmente, a inércia dos legisladores em relação à decisão de questões que consideram polêmicas e arduas, preferindo destinar tais impasses ao crivo do Poder Judiciário, no intuito de evitar o próprio desgaste político com sua base eleitoral (BARROSO, 2010).

Isto posto, não é difícil perceber que a Corte Constitucional brasileira já vem se encarregando de dar resolução às mais diversas questões de caráter moralmente controverso, como é o caso – a título de exemplo – de suas decisões a respeito de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), da interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), da validade do sistema de cotas em universidades públicas (ADPF 186/DF) e do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF), sendo esta última sobre o tema desenvolvido no presente trabalho. Por maiores que sejam as críticas à jurisdição constitucional, há de se reconhecer que a interferência judicial pode ser bastante conveniente em casos como os supramencionados, em que seria inadmissível aguardar eternamente por uma resposta parlamentar. Contudo, é neste exato momento que se revela o questionamento dos limites da atuação judicial.

Em texto de sua autoria, os juristas Lenio Streck, Vicente Barretto e Rafael de Oliveira insurgem-se contra a judicialização e o ativismo judicial que acreditam estar em voga no Direito brasileiro, inclusive no que diz respeito à decisão do STF que equiparou a união homoafetiva à união estável, em que a Corte Constitucional teria agido com pretensões de substituir o legislador, dando azo a juízos de cunho pessoal daqueles ministros. Cabe trazer ao presente debate trechos de sua argumentação, posto que sintetizam alguns dos pontos ordinariamente levantados em oposição à jurisdição constitucional:

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial).

[...]

Isso se deve a um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário. Se assim fosse, os próprios interesses dos homossexuais estariam em risco, posto que a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria da “opinião” e da “vontade” daquele que julga a causa.

Imaginemos: se, por um lado, a questão é analisada por um magistrado favorável ao movimento das minorias e da regulamentação de tais relações, sua decisão seria no sentido da procedência; por outro lado, um magistrado conservador e alheio a essa “mutação dos costumes” julgaria improcedente o pedido. *E é isso que, num caso como esse, não pode acontecer!* A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada a cabo no espaço político, e não no jurisdicional, *justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional*. Ou seja, a decisão deve ser construída no contexto de uma sociedade dialógica, em que o Poder Judiciário tem sua função que não consiste em legislar. Em suma, uma questão como essa, justamente pela importância da qual está revestida, não pode ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade, cujo *locus* adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão. (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 79-80, grifos dos autores).

Em primeiro lugar, não se deve partir do pressuposto de que as decisões sobre temas não pacíficos, em que existem conflitos de cunho moral – os denominados casos difíceis de Dworkin<sup>64</sup> – serão tomadas exclusivamente com base na opinião dos julgadores. Ao contrário, são nessas questões que a obrigatoriedade de fundamentação adquire maior relevância, visto que é pressuposto de legitimidade de tal decisão, a fim de se evitar a ocorrência de arbitrariedades. Especialmente no Tribunal Constitucional, é imprescindível uma motivação suficiente e coerente dos argumentos defendidos pelo julgador, tendo em vista a sua função de intérprete derradeiro de determinado direito.

No mesmo sentido, Barroso ensina que por meio da análise da argumentação é que se controla a racionalidade e a legitimidade das decisões proferidas, devendo o juiz

---

<sup>64</sup>DWORKIN, 2007.

remeter sempre sua decisão ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento, posto que a fundamentação deve estar vinculada a uma deliberação de cunho majoritário, seja do constituinte ou do legislador. Ademais, devem-se utilizar argumentos jurídicos que possam ser generalizados, isto é, que tenham a pretensão da universalidade. Por fim, o julgador deve ter em grande consideração as consequências práticas de sua decisão (BARROSO, 2005).

Ainda sobre o tema, é possível afirmar que os Ministros do STF assumem um posicionamento inegavelmente político ao decidir questões como a do reconhecimento da união estável entre parceiros do mesmo sexo, contudo, sem o intuito de usurpar a função originária do Poder Legislativo. Dessa maneira, para desempenhar essa finalidade, que também é inerente à jurisdição, preservando o princípio da separação dos poderes, é que seus membros não são investidos na carreira por critérios eletivos ou majoritários, além de gozarem de algumas garantias funcionais, estando livres para agir com imparcialidade, não total, mas aquela que se pode esperar de um ser humano que não se encontra pressionado a ceder a determinada opinião pública, ainda que majoritária.

Em segundo lugar, no atual contexto jurídico brasileiro, é dificultoso presumir que exista maior discussão de determinado tema no âmbito parlamentar do que na Corte Constitucional, uma vez que não é desconhecida a crise de representatividade e de funcionalidade por que passa o Poder Legislativo nacional que, apesar de experimentar a descrença do eleitorado, permanece confortavelmente em silêncio em relação àquelas demandas que mais afligem as diversas camadas sociais e que mereceriam resposta rápida, eficiente e concreta, como é o caso dos relacionamentos estáveis entre homossexuais. Ademais, o processo de deliberação majoritária pode ser influenciado à admissão de soluções amenizadoras, que busquem somente o meio termo entre duas posições conflituosas, sem preocupação com a proteção de grupos desprovidos de força política.

Nesse diapasão, é pertinente a reprodução de significativa passagem de Dworkin acerca da temática:

[...] Mas os mesmos comunitaristas baseiam-se para tanto num pressuposto duvidoso, embora quase nunca seja questionado: a ideia de que a discussão pública da justiça constitucional ganha em qualidade e as pessoas ficam mais mobilizadas para o debate deliberativo quando essas questões não são decididas pelos tribunais judiciais, mas sim pelo legislativo. Esse pressuposto pode ser considerado impreciso pelos mais diversos motivos. Evidentemente, não existe um vínculo necessário entre o impacto político que o processo majoritário atribui a cada eleitor em potencial, por um lado, e a influência que esse eleitor pode ter sobre cada decisão política, por outro. Alguns cidadãos, por meio de sua contribuição para a discussão pública do assunto, podem ter mais influência sobre uma decisão judicial do que teriam sobre uma decisão legislativa, por meio de seu voto solitário. E, mais importante ainda, não existe um vínculo necessário entre o impacto ou a influência política de um

cidadão e o benefício ético que ele garante para si através de sua participação na discussão ou deliberação pública. No debate público generalizado que precede ou sucede uma decisão judicial, a qualidade da discussão pode ser melhor e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela ideia de bem público do que na guerra política que culmina com uma votação do legislativo ou mesmo com um plebiscito. (DWORKIN, 2006, p. 46).

Cabe ressaltar, ainda, que no âmbito do STF existem mecanismos que permitem e incentivam a abertura do debate social acerca de determinada lide a ser julgada, como as audiências públicas abertas e televisionadas, que admitem o acompanhamento ao vivo de todo o procedimento decisório e a consequente averiguação da pertinência das argumentações utilizadas pelos Ministros. Além disso, a ampliação do uso da figura do *amicus curiae* contribui em grande parte para a democratização da discussão, valendo destacar que o julgamento sob análise contou com a presença de nada menos que 14 *amici curiae* no foro de debate. Pode-se salientar também a ampliação do rol de legitimados para a interposição de ação direta na Corte Constitucional<sup>65</sup>, a partir da Emenda Constitucional 45 de 2004 e a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão<sup>66</sup>.

O fato de a última palavra a respeito da interpretação da Constituição ser do Supremo não o transforma em única ou em principal arena de discussão e de reconhecimento da vontade popular de cada contexto social. Como jurisdição constitucional, esse Tribunal não pode nem deve suprimir os movimentos sociais, a voz das ruas, os canais de expressão da sociedade (BARROSO, 2010).

Em terceiro lugar, não parece correta a noção de que minorias historicamente desprezadas e excluídas, como os homossexuais, estejam destinadas a conformar-se com a ausência proposital de resposta para suas reivindicações jurídico-sociais, posto que “o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar ‘omissão’; pode ser, na verdade, uma escolha política” (STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 80), restando a esses pseudo-cidadãos nada além da resignação muda, visto que “em um Estado Democrático de Direito,

<sup>65</sup>BRASIL. Constituição Federal. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>66</sup>CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo legislador...!” (STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 81). Pelo contrário, as minorias têm o direito de exigir do intérprete uma prestação jurisdicional a respeito de seus direitos como grupo, a despeito da inércia do Poder Legislativo, seja por falta de tempo ou de vontade (DWORKIN, 2005b).

Por fim, a atuação judiciária deve sempre estar pautada nos princípios e nas normas constitucionais, e encontrar suas fronteiras na pertinência, na adequação e na coerência da fundamentação, sem, contudo, permanecer inerte frente a injustiças e violações praticadas pelas pretensões hegemônicas da maioria contra os direitos fundamentais de grupos minoritários, que, por sua vez, já escutam o sonoro silêncio parlamentar.

### **3.3 Interpretação constitucional e minorias**

De acordo com o magistério de Luís Roberto Barroso, três grandes marcos transformaram o direito constitucional, quais sejam, a atribuição de força normativa à Constituição, cujas normas passaram a ser dotadas de imperatividade e de mecanismos próprios de coação; a expansão da jurisdição constitucional, conforme tópico supramencionado neste trabalho; e a nova interpretação constitucional, que passou a utilizar-se de um sistema próprio de critérios e categorias, posto que os conceitos da hermenêutica jurídica tradicional se demonstraram insuficientes para a resolução de questões de cunho nitidamente principiológico e constitucional, como os casos difíceis de Dworkin. Tal avanço do Direito Constitucional teve como consequência a transformação de duas premissas ideológicas do sistema de interpretação constitucional: o papel da norma e o papel do juiz (BARROSO, 2005).

Em relação ao novo papel da norma, o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais foi essencial para a mudança paradigmática da interpretação jurídica, passando de comandos axiológicos sem eficácia ou aplicação imediatas para normas que consagram valores, agregam unidade e harmonia ao sistema e condicionam a atuação do intérprete. A partir disso a “Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, 2001, p. 24).

No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço para identificar aqueles princípios que se destacam por compor a estrutura básica do sistema, posto que o constituinte

tratou de identificá-los no Título I da Constituição Federal, intitulado “Dos Princípios Fundamentais”, em que o juiz pesquisará os argumentos mais adequados para orientar sua interpretação: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros (SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN, 2008).

Ao julgador não bastará somente o conhecimento técnico-jurídico das questões que lhe forem apresentadas; sem embargo, deve assumir seu papel político de co-criador do Direito no momento de sua interpretação (BARROSO, 2005), complementando a atuação legislativa e se baseando no ordenamento jurídico e na Carta Magna. Contudo, não é de se desconsiderar, de forma ingênua, que esse exercício interpretativo requeira certo grau de pessoalidade do magistrado, posto que as relações humanas são carregadas de intersubjetividades.

Em decorrência disso, recorre-se ao Direito como instrumento proporcionador de objetividade, e em particular, à Constituição, fonte legítima de condensação dos valores de uma sociedade, cujos princípios elucidarão as possibilidades interpretativas. Ademais, para realizar a fiscalização de possíveis abusos de particularidade, é necessário estar atento à fundamentação utilizada que, nos casos que envolvem direitos de minorias, deve estar calcada em argumentos de princípios:

Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. [...] Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. (DWORKIN, 2007, p. 129-130).

Dessa forma, estão expressos os alicerces teóricos da interpretação constitucional que vem sendo realizada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos que, como o que trata do reconhecimento da união estável homossexual, contemplam a proteção de direitos fundamentais das minorias. Essa Corte Constitucional tem o dever institucional de exercer um papel contramajoritário na defesa de prerrogativas legítimas de grupos historicamente rejeitados e discriminados no meio social, por omissões ou excessos dolosos das maiorias e por inércia estatal.

Cabe pontuar que se utiliza o termo minoria não necessariamente em sentido numérico<sup>67</sup>, mas como uma categoria socialmente definida por um processo de diferenciação: atribui-se esse *status* a algumas características inerentes ao grupo minoritário, “como se essas qualidades fossem a razão e também a racionalização de um tratamento desigual” (SCOTT, 2005, p. 18):

Grupos não são “naturalmente” ou “inevitavelmente” diferenciados. As culturas devem *defini-los* como diferenciados antes de que eles o sejam. Pessoas de diferentes raças, nacionalidades, religiões ou línguas podem viver entre si por gerações, amalgamando e assimilando ou não, *sem* diferenciarem-se entre si. Como tudo que é social, os grupos minoritários precisam ser socialmente definidos como grupos minoritários, o que compreende um conjunto de atitudes e comportamentos. (E não é necessariamente uma questão de representação numérica na população.) [...]

Uma minoria não precisa ser um grupo tradicional com uma longa história de identificação. Ela pode surgir como resultado de definições sociais que se transformam através de um processo de diferenciação política ou econômica. A variação linguística ou religiosa pode ser considerada sem importância durante milhares de anos, mas uma série de eventos políticos pode afinar tanto as distinções linguísticas e religiosas que os seguidores de uma variação sem poder [...] podem tornar-se uma minoria. (ROSE *apud* SCOTT, 2005, p. 18, grifos do autor).

Conclui-se, portanto, que a condição de minoria não é intrínseca ao sujeito, mas uma identidade que lhe é atribuída por um grupo hegemônico que percebe, estranha e segrega aqueles cujas qualidades destoam do que se considera “normal”. Todavia, a partir do momento em que tal exclusão se torna motivo de violação de direitos de um grupo social que não detém ferramentas políticas para fazer-se representar, resguardar e defender, cabe ao Poder Judiciário, no geral, e ao STF, em particular, exercer sua função contramajoritária de defesa dos direitos fundamentais dessas minorias, contrariando, inclusive, a vontade da maioria, quando se faça necessária a preservação do texto constitucional.

Tendo em vista que a força normativa da Constituição possibilita o emprego direto e imediato de direitos fundamentais e princípios constitucionais, inclusive com características de imperatividade, o julgador encontra nesse potente recurso argumentativo os fundamentos de que necessita para uma construção interpretativa válida, contemplando no Direito um instrumento de trunfo contra a maioria, na aclamada expressão de Dworkin.

Orientando-se por parâmetros que edificam o sistema de valores do ordenamento jurídico contemporâneo, a contribuição do intérprete para a construção do Direito será encarada de maneira natural, posto que seu objetivo de realizar a justiça se fundamenta em preceitos constitucionais de vasta aceitabilidade social, já que a Constituição é

<sup>67</sup>Em termos numéricos, o Censo-IBGE, no ano de 2010, registrou a existência de mais de 60.000 cônjuges do mesmo sexo declarados nos domicílios brasileiros. Dados disponíveis em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

o referencial mínimo de concordância dentro de um Estado Democrático de Direito<sup>68</sup> (MARTINS; MITUZANI, 2011). Aplicando esses preceitos abstratos, o magistrado executa uma leitura moral<sup>69</sup> dos dispositivos constitucionais, extraindo deles a melhor concepção possível dos princípios morais de justiça que norteiam a sociedade.

Em casos que cuidam de direitos de grupos minoritários – como o que aborda o reconhecimento da união estável entre parceiros do mesmo sexo – o processo legislativo tende a ficar obstruído por forças majoritárias com a pretensão de submeter sua vontade hegemônica às minorias, sufocando seus direitos fundamentais, inclusive, por meio da recusa proposital a legislar. Nesses cenários, é papel da Corte Constitucional atuar contramajoritariamente, liderando a transformação emancipatória desses grupos em situação de vulnerabilidade social, evitando referendar posicionamentos preconceituosos que prevaleçam na sociedade e agindo de maneira célere e efetiva. No mesmo sentido, o oportuno magistério de Dworkin:

[...] Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN, 2005b, p. 31-32).

No julgamento que equiparou a união homoafetiva à união estável, diversos Ministros fizeram referência à temática do caráter contramajoritário da decisão. Por sua pertinência, vale trazer à colação excerto do voto do Ministro Celso de Mello, o qual foi retirado de tópico intitulado pelo magistrado de “A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional”:

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda

<sup>68</sup>FERRAJOLI *apud* MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 327: “Uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos; inclusive diante da vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um demos, ou seja, de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, mas, ao contrário, a de garantir, através daqueles direitos, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de sua legitimidade, diferente do que ocorre com as leis ordinárias, e com as opções de governo, não reside no consenso da maioria, mas em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, face às leis e aos atos de governo expressados nas contingentes maiorias”.

<sup>69</sup>DWORKIN, 2006.

desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Ainda sobre a temática, copia-se também trecho do voto do Ministro Luiz Fux da mencionada decisão:

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011).

Não é demais esclarecer que a jurisdição demanda a prestação de contas à sociedade, sendo assim, a legitimidade democrática do Poder Judiciário, especialmente quando realiza um exercício interpretativo da Constituição Federal, está diretamente vinculada ao respeito, à adesão e à aceitação sociais. A autoridade para aplicar a imperatividade da Carta Magna não se encontra no uso da força, mas na confiança dos cidadãos (BARROSO, 2010), o que não significa que o julgador esteja vinculado aos ditames majoritários: ao contrário, é dever do intérprete – particularmente, do intérprete do Supremo Tribunal Federal – aplicar os princípios superiores constitucionalmente consagrados ao exercício interpretativo, configurados como limites objetivos e intransponíveis, posto que, a estes, ninguém se sobrepõe, nem a maioria, nem mesmo a unanimidade.

É possível constatar pela análise dos votos da decisão da Corte Suprema que equiparou a união homoafetiva à união estável que, para o Ministro Gilmar Mendes, a atuação criativa do Tribunal, em conformidade com o que já se adota nas principais Cortes Constitucionais do planeta, contra as maiorias e em prol do reconhecimento de direitos fundamentais básicos das minorias, é “o cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional”. Por sua vez, o Ministro Luiz Fux sustenta que o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo poderia caracterizar-se como um momento de ousadia judicial, de travessia para uma nova realidade social desse grupo minoritário, que o Poder Legislativo não quis efetuar. Em que pese esse fundamento, o Ministro Cezar Peluso ressalta

a convocação que se faz aos parlamentares para que assumam seu papel de regulamentar a matéria da união entre homossexuais objeto da decisão, uma vez que esta, nas palavras do Ministro Relator Ayres Britto, “é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo”<sup>70</sup>.

### 3.4 A proteção das minorias como coeficiente de legitimidade democrática

Um sistema de efetiva proteção jurídica das minorias, por meio do exercício interpretativo de seus direitos, amplia o coeficiente de legitimidade do regime democrático brasileiro, evitando que este se restrinja a categoria política meramente conceitual. A verdadeira democracia constitucional consiste no predomínio da maioria, todavia com a correlativa proteção às minorias, através do respeito aos princípios invioláveis que lhes toca. Em elucidativo magistério sobre a temática, seguem as palavras do jurista Pinto Ferreira:

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: “Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro”. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas “Considerations on Representative Government”, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (“of true and false Democracy”): “A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria”. (FERREIRA, 1951, p. 212-213).

A democracia não se limita ao governo da maioria, posto que sua concepção pluralista permite a ampliação da diversidade de opiniões existentes em uma comunidade política, ainda que uma das visões predomine: essa multiplicidade pressupõe condições isonômicas de participação do desenvolvimento desse lugar político comum e plural. Não obstante, a discriminação, o preconceito e o desrespeito aos projetos de vida de grupos minoritários impede o reconhecimento das múltiplas visões de mundo com a mesma efetividade, culminando na manutenção de parâmetros sociais, políticos e jurídicos majoritários (MARTINS; MITUZANI, 2011).

---

<sup>70</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011.

Sobre esse aspecto, Dworkin nos ensina que existem certas ocasiões em que a vontade da maioria não deve predominar e rejeita a noção da premissa majoritária, a qual identifica o cometimento de uma injustiça sempre que a maioria política não pode agir da maneira que quiser. Para combater essa categoria política, ele apresenta uma concepção constitucional da democracia, que admite que procedimentos majoritários sejam empregados não em virtude de uma obrigação com as vontades da maioria, mas da proteção da isonomia entre todas as pessoas. Dessa forma, procedimentos de caráter contramajoritário podem ser utilizados na promoção dessa igualdade, que é a própria essência da democracia. Quando as majorias respeitam e garantem os direitos das minorias, restam resguardadas as condições democráticas e, portanto, suas escolhas e decisões políticas deverão ser tidas como legítimas e aceitas por todos (DWORKIN, 2006).

Uma errônea compreensão do que seja a verdadeira essência da democracia pode levar ao cometimento de verdadeiras injustiças em prol da supremacia da maioria, da tirania do número. Pelo contrário, o princípio da maioria não deve ser efetivado de maneira absoluta, posto que ineficaz, se tomado nesse sentido irrestrito, para a solução de diversas demandas sociais, dentre as quais se destacam aquelas que envolvem direitos de minorias.

Conclui-se, portanto, que a utilização de mecanismos contramajoritários pelo Poder Judiciário, na defesa dos direitos fundamentais, ainda que de encontro à inércia das instituições representativas, por sua vez, fortalece o princípio democrático, por não permitir o poder ilimitado da vontade da maioria, devendo esta restringir sua atuação às balizas fronteiriças dos preceitos constitucionais.

## **Considerações finais**

O presente trabalho buscou realizar uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em cinco de maio de 2011, e por meio de interpretação conforme a Constituição Federal, equiparou a união homoafetiva à união estável prevista no art. 226, § 3º, da Carta Magna, reconhecendo aquela parceria protagonizada por duas pessoas do mesmo sexo como verdadeira entidade familiar, desde que presentes os requisitos intrínsecos à união estável, quais sejam, o caráter duradouro, público e contínuo do relacionamento. Nesse intuito, o estudo da fundamentação utilizada pelos Ministros da Corte foi essencial para verificar o caráter contramajoritário desse julgado para a defesa dos direitos fundamentais da minoria homossexual.

Para efetuar uma completa contextualização do julgamento em questão, foram relacionados diversos projetos de lei que, desde o ano de 1995, tiveram por objeto a regulamentação legal da união estável entre homossexuais, com vistas ao fornecimento de uma resposta legislativa concreta e efetiva à realidade social desses relacionamentos repletos de consequências jurídicas e patrimoniais ainda sem resolução. Todavia, o que se constatou dessa pesquisa foi a flagrante inércia do Poder Legislativo frente a uma demanda social de tamanha relevância – por tratar-se de direitos de um grupo minoritário da população – posto que nenhuma das propostas de lei foi aprovada, nem tampouco recebeu a devida consideração por parte dos parlamentares, o que se pôde perceber pela análise de suas tramitações manifestamente morosas, quando não completamente estagnadas por anos a fio.

Esse levantamento não teve pretensões de explorar pormenorizadamente todos os projetos legislativos atinentes à matéria dos direitos homoafetivos, mas sim colher indícios de que o Legislativo não foi simplesmente omissivo quanto à regulamentação da união estável entre homossexuais, isto é, não se tratou de uma questão de “ignorância”, “esquecimento” ou “falta de tempo”. Pelo contrário, a ausência de atuação foi consciente e proposital, refletindo os preconceitos existentes entre os membros do próprio parlamento e o constante receio de desagradar o eleitorado.

As preocupações que surgem com esse tipo de postura do legislador são as seguintes: a ignorância deliberada de clamores sociais viola constantemente os direitos fundamentais desse grupo minoritário, ao negar-lhes uma eficaz resposta legal; a indiferença estatal perpetua e, até mesmo, legitima o preconceito e a discriminação já existentes na sociedade; e a inexistência de legislação desestimula o julgador a decidir contramajoritariamente.

Ademais, também foram elencadas no trabalho as decisões judiciais de maior relevância sobre a temática, merecendo destaque as deliberações pioneiras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, desde 1999, deram início a transformações jurisprudenciais favoráveis aos homossexuais e inéditas no Brasil. Nesses termos, foram trazidos à colação, a título de exemplo, acórdãos que deslocaram a competência das ações relativas às uniões homoafetivas das varas cíveis para as varas de família, que admitiram a possibilidade jurídica de reconhecimento de vínculo de união estável entre homossexuais, da partilha do patrimônio de acordo com esse instituto e, ainda, do direito sucessório à herança do parceiro falecido.

Tais precedentes, quando somados a algumas decisões de grande importância tomadas nos âmbitos do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, demonstram a evolução jurisprudencial que se delineou no país quanto ao tema da união estável entre pares do mesmo sexo, revelando uma maior capacidade do Poder Judiciário, em relação ao Legislativo, de acompanhar a dinamicidade das relações sociais hodiernas, culminando na decisão do STF em questão no presente trabalho.

Contextualizado o julgamento nos âmbitos legislativo e judicial, foi realizada uma análise das principais fundamentações utilizadas pelos Ministros da Corte em seus votos, das quais se destacaram as seguintes: o princípio constitucional da igualdade, do qual decorrem os direitos à autonomia privada e à não discriminação; o princípio constitucional da liberdade, que pôde ser desdobrado nos direitos à intimidade e à privacidade; o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cujas projeções alcançaram os direitos à sexualidade, à busca da felicidade, à autonomia privada e a uma política de reconhecimento das diferenças existentes entre os seres humanos; e, ainda, o caráter de inclusão do art. 226, § 3º, da CF, destacando-se a necessidade de se interpretar essa norma por um viés emancipatório e includente.

Coube realçar, ademais, uma perceptível dissidência de fundamentos utilizados entre os Ministros do Supremo para equiparar a união homoafetiva à união estável entre homossexuais: foi o Ministro Lewandowski o primeiro a divergir quanto à possibilidade de utilização da interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, por entender que a própria norma constitucional (art. 226, § 3º, da CF) fora redigida de forma bastante clara pelo constituinte originário, com a intenção de restringir a união estável “ao homem e à mulher”. Dessa maneira, o Ministro sustentou que a utilização dessa técnica interpretativa extrapolava os limites de atuação do magistrado, delineados nos parâmetros normativos, indo de encontro à vontade do legislador primário e viu por bem valer-se do instituto da analogia para a resolução da demanda, classificando a união estável entre os

homossexuais como um quarto gênero de entidade familiar, não previsto no rol exemplificativo da Constituição.

A análise de tais divergências argumentativas abriu espaço para o questionamento acerca dos limites da atuação do Supremo Tribunal Federal como jurisdição constitucional: teria a Corte Constitucional ultrapassado seu patamar de conduta legítima ao proferir uma decisão de caráter nitidamente político?

O que se procurou demonstrar com o presente trabalho é que a resposta para essa indagação é manifestamente negativa, posto que o egrégio Tribunal dispõe, mais do que de uma prerrogativa, de um dever de proteção das minorias sociais, cujos direitos fundamentais se revelem violados. Sendo assim, em que pese a opinião da maioria, o STF se vale de sua função contramajoritária para resguardar as garantias a que fazem jus os grupos minoritários, agindo, nesse diapasão, como verdadeiro guardião da Constituição, sendo esta a situação verificada no julgamento das uniões homoafetivas ora estudado.

É tarefa do Estado reduzir as desigualdades corriqueiras na sociedade e promover a proteção à igualdade entre as pessoas, à liberdade e à autonomia privada de todos, por meio do incentivo à tolerância, ao pluralismo e à diversidade, e do repúdio ao preconceito e à discriminação. É o respeito aos princípios constitucionais que deve nortear a atuação estatal, especialmente no que se refere aos direitos das minorias, resguardadas as diferenças e as escolhas individuais dos cidadãos.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, é inegável o papel de jurisdição constitucional assumido e concretizado pelo Supremo Tribunal Federal que, a cada vez mais, não se furta a conhecer e julgar ações de caráter polêmico e de alto teor moral, tais como, a título de exemplo, suas decisões a respeito de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), da interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), da validade do sistema de cotas em universidades públicas (ADPF 186/DF) e do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF), sendo esta última sobre o tema desenvolvido no presente trabalho. Não é difícil concluir que tais demandas não obtiveram a ágil e efetiva resposta legislativa de que necessitavam, tendo em vista a complexidade e a delicadeza de suas temáticas, recorrendo ao Judiciário para a obtenção de uma prestação prática e válida.

Ademais, ainda em resposta ao questionamento realizado acima, e conforme demonstrado no presente trabalho, é imprescindível realizar a fiscalização da atuação do magistrado, com o intuito de evitar possíveis abusos de subjetividade, estando atento à fundamentação utilizada para a resolução dos denominados casos difíceis, em especial

daqueles que se referem a direitos das minorias, visto que a sua suficiência e coerência são pressupostos de racionalidade e legitimidade da própria decisão. Sendo assim, posto que a força normativa da Constituição possibilita o emprego direto e imediato de direitos fundamentais e princípios constitucionais, inclusive com características de imperatividade, o julgador encontra nesse potente recurso argumentativo os fundamentos de que necessita para uma construção interpretativa válida e legítima. Percebe-se, portanto, que foram justamente esses argumentos de princípio, retirados do texto constitucional, que motivaram os Ministros do STF a reconhecer o *status* de entidade familiar atribuído às uniões homoafetivas no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4.277.

Nesses termos, é possível concluir que, realizando sua função contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais das minorias, o Supremo Tribunal Federal concorre para defender as prerrogativas de grupos sociais historicamente rejeitados e discriminados, seja por omissões ou por excessos dolosos das majorias e de seus representantes. Agindo assim, a Corte Constitucional evita referendar posicionamentos preconceituosos que ainda prevaleçam na sociedade e participa da transformação emancipatória dessas minorias, ampliando o coeficiente de legitimidade do regime democrático brasileiro, uma vez que, em um contexto pluralista de multiplicidade de opiniões, ainda que uma delas predomine, é necessário reconhecer e respeitar o direito à diferença e à autodeterminação.

## REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. 2001. Disponível em <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 175-215.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 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 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 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 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Resolução nº 17, de 1989. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/ricdtextoatualizado>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_marco\\_2011.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_marco_2011.pdf)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 148.897/MG**. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10/2/1998 e publicado no DJ em 6/4/1998.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 238.715/RS**. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 7/3/2006 e publicado no DJ em 2/10/2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 820.475/RJ**. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para o Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 2/9/2008 e publicado no DJe em 6/10/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3300 MC/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 3/2/2006 e publicado no DJ em 9/2/2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **ADPF 132/RJ**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 599075496**, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 17/06/1999. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=599075496&num\\_processo=599075496&codEmenta=166858&temIntTeor=false](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=599075496&num_processo=599075496&codEmenta=166858&temIntTeor=false)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 598362655**, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 01/03/2000. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=598362655&num\\_processo=598362655&codEmenta=353676&temIntTeor=false](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=598362655&num_processo=598362655&codEmenta=353676&temIntTeor=false)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70001388982**, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14/03/2001. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=70001388982&num\\_processo=70001388982&codEmenta=421942&temIntTeor=false](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=70001388982&num_processo=70001388982&codEmenta=421942&temIntTeor=false)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70002355204**, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 11/04/2001. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=70002355204&num\\_processo=70002355204&codEmenta=485095&temIntTeor=false](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=70002355204&num_processo=70002355204&codEmenta=485095&temIntTeor=false)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70003016136**, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 08/11/2001. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=70003016136&num\\_processo=70003016136&codEmenta=513412&temIntTeor=false](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=70003016136&num_processo=70003016136&codEmenta=513412&temIntTeor=false)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes 70003967676**, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 09/05/2003. Disponível em

<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas\\_k=70003967676&num\\_processo=70003967676&codEmenta=646090&temIntTeor=false](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70003967676&num_processo=70003967676&codEmenta=646090&temIntTeor=false)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **REspE 24.564**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 1/10/2004 e publicado na RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, volume 17, tomo 1, página 234.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Homoafetividade – o que diz a Justiça**: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

\_\_\_\_\_. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011c.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. 2. Ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2. Ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 2. Ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1951.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A natureza jurídica da relação homoerótica**. [2002]. Disponível em <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Jose\\_Carlos\\_Teixeira\\_Giorgis/natureza.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Carlos_Teixeira_Giorgis/natureza.pdf)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

MARMELSTEIN, George. **Jurisprudência arco-íris**: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42593>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. **Direito das minorias interpretado:** o compromisso democrático do direito brasileiro. Revista Sequência. n. 63. p. 319-352. Dez. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo Leivas (Org.). **Homossexualidade e direitos sexuais:** reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCOTT, Joan W. **O enigma da igualdade.** Tradução da Revista de Estudos Feministas. 2005. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v13n1/a02v13n1.pdf>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias:** sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. 2009. Disponível em <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

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.