

## Artigos

Recebido: 28.11.2017

Aprovado: 13.02.2018

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i1.4296>\*1.\*2 Universidade Católica de  
Santos (UNISANTOS)

Santos, SP



## União homoafetiva: uma análise sobre a correção hermenêutica do julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF

Marcos Ehrhardt Júnior\*<sup>1</sup>

Danilo Moura Lacerda\*<sup>2</sup>

### RESUMO

A constitucionalização do direito civil permite a incidência dos princípios constitucionais sobre as normas que regulam o direito de família, o que muda seu foco patrimonialista, surgindo a afetividade como fundamento das entidades familiares. Esta nova realidade permite o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido tal direito declarado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF. No presente artigo, pretende-se realizar uma análise crítica desta decisão sob o enfoque hermenêutico, especialmente, para verificar como o artigo 226, §3<sup>a</sup> da Constituição Federal – CF, foi superado no referido julgamento, já que este, ao reconhecer a união estável entre homem e a mulher, é apontado como razão suficiente para rejeitar a possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

**Palavras-chave:** Constitucionalização; Direito de Família; Uniões Homoafetivas; ADI 4277/DF; Controle de Constitucionalidade.

### Homoaffective union: an analysis about the hermeneutic correction of the ADPF 132-RJ and ADI 4277-DF judgment

#### ABSTRACT

The civil law constitutionalization allows the constitutional principles incidence over the norms that regulate the family rights, which changes its patrimonialist focus, appearing affectivity as the foundation of family entities. This new reality allows the recognition of the same-sex unions, that right was declared by Federal Supreme Court, at the ADPF 132-RJ and ADI 4277-DF judgment. At the present paper, it is intended to carry out a critical analysis of this decision under the hermeneutic approach, especially, checking how the Federal Constitution article 226, §3<sup>o</sup> was overcome in said judgment, since this, when recognizing the stable union between man and the woman, has been pointed like the sufficient reason to reject the same-sex stable union legal possibility.

**Keywords:** Constitutionalization; Family Right; Homoaffective Unions; ADI 4277/DF; Constitutionality Control.

#### Introdução

O julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF em que se reconheceu efeitos jurídicos à união entre pessoas

do mesmo sexo, foi cercado por uma grande controvérsia não só pelo seu objeto, que ainda é impregnado pelo preconceito em desfavor desta minoria, representando um verdadeiro tabu no seio da sociedade, mas também pelas divergências a respeito de qual a melhor interpretação a ser dada ao artigo 226 da Constituição Federal, especialmente se o seu §3º seria um óbice para extensão destes direitos aos casais homossexuais.

A constitucionalização do Direito Civil, em que colocou o indivíduo no centro do sistema jurídico, acaba por personalizar e humanizar este ramo do direito, que antes tinha uma finalidade clara de regulação das relações familiares sob o aspecto patrimonial, passando a focar mais na afetividade<sup>1</sup>.

Isto representou uma virada copernicana no estudo do direito de família, que passou a ser regido pelos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, liberdade, afetividade, dentre outros<sup>2</sup>.

Se a afetividade é a razão das relações familiares, justificando a sua proteção pelo Estado, abre-se o espaço necessário para o reconhecimento das uniões afetivas de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, devendo também estarem presentes os demais requisitos da estabilidade e ostensividade<sup>3</sup>.

O movimento de constitucionalização dos direitos adota uma postura pós-positivista, reconhecendo a normatividade dos princípios expressos ou implícitos, realizando uma reconciliação do direito com os valores morais; isso pode gerar alguns problemas, sendo criticado pela dificuldade de controle do subjetivismo do julgador, e para evitar o decisionismo é necessário a adoção de um método hermenêutico adequado<sup>4</sup>.

É por este enfoque que será estudada a decisão do STF que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Apesar da importância de se fazer um resgate dos seus fundamentos históricos, sociológicos, filosóficos e até políticos, para se entender o contexto em que o problema está inserido, isso será mencionado na estrita necessidade do desenvolvimento do objeto específico deste estudo, até porque essas questões já foram devidamente abordadas em diversos outros trabalhos<sup>5</sup>, e já estão de alguma forma sedimentadas na jurisprudência.

Acredita-se que uma análise da correção hermenêutica da decisão proferida no julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF possa dar uma maior contribuição para o estudo das formas de soluções

<sup>1</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *RIL*, a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. p. 103-104.

<sup>2</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 3.

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 272.

<sup>4</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Acertos e desacertos do processo de constitucionalização dos direitos: uma reflexão sobre os perigos da ubiquidade constitucional no direito civil brasileiro. *RIDB*, ano 1 (2012), n. 2. p. 858-860.

<sup>5</sup> Sobre este assunto. SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. in: **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. BARROSO, Luís Roberto, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 16, maio/junho/julho/agosto, 2007. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, ed. Síntese, n. 12: 40/55, jan/mar., 2002. DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.

dos casos difíceis no direito de família. O ponto de discussão cinge-se ao §3º do artigo 226 da Constituição Federal – CF, cabendo questionar: ao prescrever que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar”, não se estaria proibindo a união estável entre pessoas do mesmo sexo? É possível uma interpretação conforme à constituição do artigo 1.723<sup>6</sup> do código civil, se este é praticamente uma repetição daquela norma constitucional? O STF poderia desconsiderar uma regra expressa na Constituição? O judiciário estaria autorizado a avançar nesta questão ou isto é um campo próprio da atuação do poder legislativo?

Na primeira parte deste artigo será analisado o fenômeno da constitucionalização do direito civil e seus reflexos sobre o direito de família e as uniões homoafetivas; na segunda, será realizada uma análise de como se processa a aplicação do direito civil constitucionalizado, adotando-se para tal finalidade a teoria dos direitos fundamentais de Roberto Alexy, e, por fim, na terceira parte, será realizada uma análise crítica dos votos proferidos pelos Ministros do STF, sob o enfoque hermenêutico.

### Os efeitos da constitucionalização do direito civil sobre o direito de família e as uniões homoafetivas

Após o advento da segunda grande guerra, em que, injustamente ou não, o positivismo acabou levando uma parcela de culpa pelos seus horrores, pois admitiria a existência de leis formalmente válidas, mas materialmente afrontosas aos direitos humanos fundamentais<sup>7</sup>, neste momento, percebeu-se a necessidade de superação do positivismo formalista e uma maior aproximação entre o direito e a moral, o que caracteriza o movimento de constitucionalização do direito.

É apontada como referência desta nova vertente constitucional, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth, em que no ano de 1958, a Corte Constitucional reconheceu que a Constituição estabelecia uma ordem objetiva de valores que garantiam o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana, irradiando seus efeitos por todos os ramos do direito e também nas relações privadas<sup>8</sup>.

Após a Constituição Federal de 1988 - CF/88, a constitucionalização ganha espaço, tornando-se o movimento predominante hoje no Brasil, o que leva a um protagonismo dos novos métodos hermenêuticos e dentro do contexto constitucional de proteção de diversos interesses albergados pelo constituinte, muitos deles conflitantes, há uma ascensão do uso da proporcionalidade e da técnica da ponderação, que busca uma aplicação dos princípios constitucionais conflitantes na máxima medida possível, sem que com isso haja a invalidação de algum deles<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>7</sup> Bobbio defende o positivismo, ao afirmar que o desrespeito aos direitos humanos praticados pelo nazismo foi considerado legal, não pelas leis, mas pelo princípio da supremacia dos interesses políticos do Estado. BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: noções de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 236.

<sup>8</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240. p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 14 Abr. 2017. p. 19-20.

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240. p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 14 Abr. 2017. p. 12.

Reconhecer a influência das normas constitucionais como fundamento de validade do Direito Civil é um pressuposto necessário para sua compreensão na atualidade<sup>10</sup>, pois são os princípios constitucionais que vão abrir o espaço para a entrada dos valores presentes na sociedade, como a dignidade da pessoa humana, que insere o homem no centro de todo o sistema jurídico, superando o aspecto patrimonial predominante no direito civil oitocentista<sup>11</sup>.

Os institutos lapidares do Direito Civil sofrem este processo de repersonalização, com a incidência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade, função social da propriedade, dentre outros; o direito de propriedade passa a ser ponderado com a sua função social, as obrigações e os contratos devem observar a boa-fé objetiva assim como o princípio da equivalência material das prestações<sup>12</sup>.

No Direito de família, percebe-se a superação do modelo patriarcal, havendo, atualmente, o reconhecimento normativo da igualdade entre os consortes (artigo, 226, §5º, CF), deixando a finalidade reprodutiva de ser condição para o reconhecimento de uma entidade familiar, passando a afetividade a ser reconhecida como a principal característica da família atual<sup>13</sup>.

Se o fundamento e finalidade da família é a afetividade; incidindo os princípios da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana, estando presentes a afetividade, estabilidade e ostensividade<sup>14</sup>, está criado o espaço para o reconhecimento da condição de família às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O casamento deixar de ser a única entidade familiar reconhecida pelo Estado, passando a receber proteção jurídica também as uniões estáveis e as famílias monoparentais, que são figuras típicas elencadas no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, contudo, não esgotam as possibilidades de organização e formatação das entidades familiares, não se tratando de um elenco *numerus clausus*, também devendo ser protegidas pelo Estado e pela sociedade as entidades familiares atípicas, neste sentido leciona Edson Fachin:

Com efeito, passa-se a prescindir de modelos predefinidos para admitir o ingresso de dada relação de natureza familiar no âmbito de pertinência do direito. De um modelo único (matrimonializado) passa-se à família plural, propiciando a apreensão jurídica dos fenômenos que, no plano dos fatos, caracterizam-se como família.<sup>15</sup>

Apesar dos avanços que foram consolidados com a Constituição de 1988<sup>16</sup>, reforçando a situação de igualdade entre homem e mulher dentro do relacionamento (§5, artigo 226 CF), confirmando a saída das uniões estáveis da clandestinidade (§3º, artigo 226 CF), reconhecendo a afetividade como razão para constituição de uma entidade familiar e protegendo o melhor interesse da criança (artigo 227, CF); a união

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *RIL*, a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. p. 101.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 103.

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 104-108.

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: RT, 2010. p. 28.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, ed. Síntese, n. 12: 40/55, jan/mar., 2002. p. 3.

<sup>15</sup> FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 35, jul/set 2008. p. 117.

<sup>16</sup> TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. *Soluções práticas, RT*, 2011, v. 1, nov 2011. p. 2.

entre pessoas do mesmo sexo continuou recebendo o tratamento jurídico sob a perspectiva patrimonial, a exemplo da decisão proferida no ano de 1998, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento Recurso Especial - Resp. 148.897<sup>17</sup>, que apesar de representar um avanço neste assunto, ainda não o tratava sob a nova ótica da afetividade.

Várias decisões judiciais começam a reconhecer alguns efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do direito ao recebimento da pensão por morte do regime geral de previdência ao companheiro sobrevivente (TRF4 ACP 2000.71.00.009347-0<sup>18</sup>), o direito ao casal homoafetivo adotar uma criança (STJ Resp. 889.852<sup>19</sup>), aplicação da inelegibilidade prevista no artigo 14, §7º C.F (TSE Resp. 24.564-PA<sup>20</sup>).

Esse também é um assunto presente em outros países; alguns já permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo a exemplo da África do Sul, outros apenas a união estável, como o Equador, salientando que as Constituições dos países em que se reconhece esse direito, ou não tem previsão regulando o casamento e a união estável, ou se tem não fazem referência ao gênero na regulação daquele instituto específico, o que permitiu ao legislativo ordinário ou o judiciário autorizar a união ou o casamento homoafetivo<sup>21</sup>.

Na maioria dos países em que foi reconhecido o direito ao casamento ou à união estável entre pessoas do mesmo sexo, esta se deu por meio do poder legislativo, salvo no caso da Colômbia<sup>22</sup> e da África do Sul (caso *Fourie*), em que o reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo se originou da atuação da Corte Constitucional que instou o legislativo a regular o assunto, permanecendo este omissivo no primeiro caso, valendo então a decisão judicial; e atuando no segundo, em que o legislativo autorizou o casamento de pessoas do mesmo sexo.

O Brasil é o único país que a despeito de ter previsão constitucional expressa fazendo referência ao gênero masculino e feminino quando trata da união estável, teve seu reconhecimento estendido às uniões

<sup>17</sup> Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do c. Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com aids. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do c. Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. (REsp 148.897/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/1998, DJ 06/04/1998. p. 132)

<sup>18</sup> TRF4, AC 2000.71.00.009347-0, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, DJ 10/08/2005.

<sup>19</sup> STJ, REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010

<sup>20</sup> TSE, Resp. Eleitoral 24.564/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 01/10/2004.

<sup>21</sup> Conforme relata Virgílio Afonso da Silva, os países que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo são África do Sul, Argentina, Bélgica, Canadá, Dinamarca, França, Islândia, Luxemburgo, Noruega, Suécia, Países Baixos, Uruguai, Portugal e Espanha, contudo, apenas a Espanha possui dispositivo constitucional que expressamente fala que o casamento se dá entre homem e mulher, artigo 32, contudo, o legislador ordinário permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Os países que permitem a união estável são Alemanha, Austria, Croácia, Eslovênia, Filândia, Hungria, Irlanda, Malta, República Checa, Suíça, Equador e Brasil. SILVA, Virgílio Afonso da. La unión entre personas del mismo género: ¿cuán importantes son los textos e las instituciones? **Discusiones XV**, n. 15, 2, 2014. p. 181.

<sup>22</sup> Cabe salientar que na Colômbia a união estável foi estendida aos casais homossexuais pelo poder judiciário, contudo no caso do casamento, a Corte optou por dar um prazo de dois anos para que o legislativo regulamentasse a questão, na verdade, ainda existe certa insegurança quanto ao que foi autorizado pelo judiciário se o casamento ou se um contrato com efeitos semelhantes ao do casamento, salientando que a Constituição colombiana não prevê o gênero masculino e feminino ao tratar do casamento e das uniões estáveis. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Corte Constitucional da colômbia e os direitos dos casais homossexuais: um passo de cada vez?. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, abr./jun. 2017. p. 130

homoafetivas por decisão de sua Corte Constitucional<sup>23</sup>.

Virgílio Afonso da Silva<sup>24</sup> alega que este fato demonstra um possível avanço do judiciário sobre as competências legislativas, e que considerando o texto do §3º do artigo 226 da C.F, seria necessário que antes de decidir a questão, o judiciário deveria instar o legislativo à tratar adequadamente da matéria, assim como ocorreu na Colômbia e na África, o que para o autor seria uma evolução relevante no diálogo que precisa haver entre os poderes no controle de constitucionalidade<sup>25</sup>.

Em que pese os robustos argumentos utilizados pelo autor, e reconhecendo que a atuação legislativa é a melhor opção não só em termos de legitimidade, mas também de maior capacidade de sistematização dos institutos que regulam o direito de família, a inércia do poder legislativo sobre esta questão é evidente, inclusive sendo chamada a atenção sobre este ponto por vários ministros no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277.

É difícil acreditar que a postura seria outra caso o legislativo fosse instado pelo STF a resolver a questão, ao contrário, foi a decisão judicial que encorajou o Congresso a legislar sobre o assunto, pois em se tratando de um fato consumado, acabou reduzindo a resistência; é o que se pode perceber pela aprovação por unanimidade na CCJ do Senado do PLS 612/2011, em março de 2017, em que o Relator Senador Rubens Ruy, justifica a necessidade da alteração no código civil justamente nas decisões proferidas pelo STF na ADPF 132 e ADI 4277<sup>26</sup>.

Não consegue o legislador superar os interesses majoritários havendo sempre uma forte resistência no Congresso Nacional contra a extensão de direitos aos homossexuais, portanto, a atuação do judiciário como poder contra majoritário, garantindo os direitos fundamentais desta minoria, tornou-se obrigatória, “isto porque os partidos no Brasil não ‘tomam partido’ (nem a favor nem contra): quando se trata de temas fraturantes, simplesmente não decidem”<sup>27</sup>.

Os que são a favor da união entre pessoas do mesmo sexo, socorrem-se do princípio da liberdade no sentido de vinculação negativa à lei (*negative bindung*), pois tratando-se de relações privadas, se o §3º do artigo 226, CF, não proibiu a união homoafetiva, a mesma estaria permitida. Da incidência dos princípios constitucionais da liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade e segurança jurídica, deve-se extrair do *caput* do artigo 226 o reconhecimento como entidade familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo<sup>28</sup>, ampliando o sentido do próprio §3º para englobar estes relacionamentos como uniões estáveis, este foi o entendimento que prevaleceu no julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF.

<sup>23</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. La unión entre personas del mismo género: ¿cuán importantes son los textos e las instituciones? **Discusiones XV**, n. 15, 2, 2014. p. 189.

<sup>24</sup> Ibid. p. 200.

<sup>25</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250. p. 197-227, jan. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 15 Ago. 2017. p. 220.

<sup>26</sup> BRASIL, Senado Federal. <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>.

<sup>27</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1. p. 65-92, Jun. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322013000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 15 ago. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>. p. 70.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 16, maio/junho/julho/agosto, 2007. p. 11.

Contra estes argumentos, é trazido à baila o fato de que existe uma regra específica produzida pelo constituinte originário, que afirma expressamente que a união estável é formada entre homens e mulheres, tratando-se de uma omissão proposital, conforme relata o Ministro Levandowisk<sup>29</sup> ao colacionar em seu voto trechos das deliberações da assembleia constituinte. A complexidade da questão surge justamente por causa da norma prevista no §3º, do artigo 226, C.F./88.

Substancialmente, não restam dúvidas sobre a correção da extensão aos casais homossexuais dos mesmos direitos reconhecidos aos casais heterossexuais, não se tratando apenas de uma questão pragmática, o que poderia até ser resolvida por soluções como o reconhecimento da sociedade de fato, ou a criação de uma nova entidade familiar com os mesmos direitos e garantias daqueles hoje reconhecidos aos casais formados entre homem e mulher. Não se trata apenas disso, mas da superação de qualquer forma de discriminação, pois não existe elemento de *discrimén* que justifique a diferenciação de tratamento, a homossexualidade é um fato natural<sup>30</sup>, a afetividade não está limitada à dualidade sexual, portanto, é a dignidade do reconhecimento dos mesmos direitos que deve justificar esta extensão, não se pretende casar apenas pelos seus efeitos jurídicos, mas pelo respeito e representatividade desse evento perante a sociedade<sup>31</sup>, neste sentido são precisas as lições de Vianna da Silva e Catalan<sup>32</sup>:

A família homoafetiva, portanto, demanda tanta tutela quanto qualquer outro modelo familiar, e, no entanto, ainda sofre na obscuridade e é vista como um tabu, o que se verifica não só pela questão da homofobia, mas pela própria questão legislativa não inclusiva, levando-se em conta não só a questão da homossexualidade em si, como ainda o é a própria união estável, apesar de todos os avanços legislativos.

Apesar da maioria dos autores não darem tanta importância ao §3º do artigo 226, C.F./88, alegando que a mesma seria uma regra de inclusão e, portanto, não poderia ser utilizada para excluir, servindo para sacramentar a legalidade das relações estáveis não formalizadas pelo casamento<sup>33</sup>, este é um ponto de grande relevância para solução desta questão sob o ponto de vista hermenêutico.

<sup>29</sup> “O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 [sic], § 3. 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 [sic] 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 Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolia 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).” STF, ADI 4277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05/05/2011. p. 711-712.

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 136-144.

<sup>31</sup> SANDEL, Michel. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 319.

<sup>32</sup> SILVA, Giana de Marco Vianna da; CATALAN, Marcos Jorge. O registro de biparentalidade homoafetiva: um estudo de caso. **Revista Síntese Direito de Família**, n. 92, out./nov. 2015. p. 10.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 16, maio/junho/julho/agosto, 2007. p. 26-27.

Neste ponto, cabe adiantar que se concorda com o mérito do julgamento que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo e se alguma crítica meritória poderia ser feita, esta seria no sentido de que o STF poderia, já naquele momento, ter avançado para reconhecer também o direito ao casamento, o que acabou ocorrendo, posteriormente, por outros meios, a exemplo da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, no Resp. 1183378/RS<sup>34</sup>, que admitiu o casamento direto entre pessoas do mesmo sexo, e a Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que proibiu às autoridades competentes de recusar a homologação, celebração de casamento civil ou conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Contudo, a decisão do STF pela inclusão das uniões homoafetivas na categoria típica da união estável, é duvidosa do ponto vista hermenêutico. Neste sentido, o que se pretende discutir neste trabalho não é o mérito em si, mas como se chegou a ele, e para tanto será necessário analisar o referido julgado, fazendo uma crítica sob a ótica da teoria hermenêutica adotada.

### A dificuldade de superação da regra prevista no artigo 226, §3º da Constituição Federal

Com a constitucionalização, os princípios passam a ter uma importância fundamental para o estudo do Direito Civil, contudo, a sua utilização excessiva, sem deixar claro o método hermenêutico aplicado e as razões que levaram a conclusão do julgador, pode levar ao decisionismo judicial, passando os princípios a serem utilizados como simples artifícios retóricos<sup>35</sup>.

Ao se trabalhar com a normatividade dos princípios, é essencial a definição de qual a teoria dos direitos fundamentais será utilizada, com isso é possível definir qual o método de interpretação está sendo aplicado<sup>36</sup>; no caso específico deste trabalho, será utilizado como base hermenêutica a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, com foco na estrutura das normas constitucionais, especificamente na distinção entre princípios e regras, bem como na solução dos conflitos e colisões que possivelmente ocorram. A utilidade desta teoria para interpretação do direito de família na atualidade também é reconhecida por Paulo Lôbo<sup>37</sup>.

Para esta teoria as regras são mandamentos definitivos, e nesta condição, materializando-se as condutas previstas no fato-tipo, necessariamente, advirá a consequência jurídica, salvo se criada uma regra de exceção para o caso concreto. No caso dos princípios, ocorrendo no mundo dos fatos o evento previsto no seu suporte fático, os efeitos devem se realizar, na máxima medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (mandamento de otimização)<sup>38</sup>. O conflito entre regras se resolve no plano da validade, já a colisão de princípios na dimensão do peso, por meio da ponderação<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> (REsp. 1183378/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 25/10/2011, DJe. 01/02/2012)

<sup>35</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Acertos e desacertos do processo de constitucionalização dos direitos: uma reflexão sobre os perigos da ubiquidade constitucional no direito civil brasileiro. **RIDB**, ano 1 (2012), n. 2. p. 858-860.

<sup>36</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (Orgs.), **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 372.

<sup>37</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e colisão de direitos fundamentais. **RT**, v. 920/2012. p. 99-114, jun/2012.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 45-46.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-93.

Para teoria dos direitos fundamentais de Alexy, os princípios são razões para as regras, como também podem ser razões para a decisão do caso concreto, assim como as regras podem ser razões para outras regras<sup>40</sup>, portanto, estas podem ser apresentadas como o resultado de um sopesamento entre princípios realizado pelo legislador<sup>41</sup>. Pesa em favor desta decisão (regra), os princípios formais, como o princípio democrático, do estado de direito e os princípios que justificam as regras do processo legislativo<sup>42</sup>.

Neste sentido, superar uma regra é sempre mais difícil do que superar um princípio, pois nestes casos a ponderação já foi realizada pelo legislador, e para se afastar a incidência da regra, é necessário a realização de um discurso com ônus argumentativo bastante acentuado, sopesando o princípio que serve de fundamento para criação de uma exceção, com os princípios substanciais e formais que justificam a regra, sob pena de se substituir a ponderação legislativa pela judicial, sem o fundamento constitucional adequado<sup>43</sup>.

Sob a perspectiva desta teoria, a norma prevista no §3º do artigo 226, C.F. é uma regra e não um princípio, ela não determina que as uniões estáveis entre homem e mulher sejam reconhecidas na máxima medida possível para fins de proteção do Estado, mas que sempre que houver uma união estável entre homem e mulher está deverá ser reconhecida, trata-se de um mandamento definitivo, com os fins (proteção do Estado) e as condutas para se atingir este fim (reconhecimento das uniões estáveis entre homem e mulher), bem definidas na norma, portanto tem aplicabilidade imediata, independentemente da sua regulamentação infraconstitucional, que no caso foi realizada pelo artigo 1.723 do Código Civil – CC.

Portanto, além da dificuldade inerente à superação de uma regra infraconstitucional que representa um sopesamento inicial realizado pelo legislador, acrescenta-se uma barreira extra, por se tratar de uma regra constitucional produzida pelo constituinte originário.

Sobre o conflito entre uma regra e um princípio do mesmo nível hierárquico, no caso o constitucional, Bustamante esclarece que este tipo de conflito:

É normalmente solucionado pelo predomínio da regra sobre os princípios de igual hierarquia com o qual ela venha a colidir. A pretensão de definitividade que está presente nas regras jurídicas se manifesta no seu grau máximo, pois o mesmo legislador que escolheu os princípios jurídicos vinculantes para o caso concreto estabeleceu também uma prioridade entre estes princípios no caso coberto pela regra<sup>44</sup>.

É comum ao ter contato com a teoria dos princípios, especialmente pelo enfoque da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, estudar que a colisão entre princípios se resolve pela ponderação e o conflito entre regras pela declaração de invalidade de uma delas, contudo a questão é um pouco mais complexa.

Na colisão entre princípios é necessário a utilização da máxima da proporcionalidade, com todas as suas três regras parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; cada uma delas com os seus detalhes específicos de aplicação, em que a ponderação entre os bens jurídicos, princípios,

<sup>40</sup> Ibid. p. 107.

<sup>41</sup> BUSTAMANTE, Thomas. Princípios regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superalidade das regras jurídicas e das decisões *contra legem*. **Direitos, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. n. 37. jul/dez 2010. p. 157.

<sup>42</sup> Ibid. 162.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid. p. 169.

interesses e valores só vai ocorrer na terceira etapa<sup>45</sup>.

Contudo, uma das premissas para que se possa ponderar os princípios é que estes integrem o sistema jurídico, ou seja, que sejam válidos, pois é a validade que permite que os princípios em jogo sejam sopesados sem ser excluídos, continuando a gerar seus efeitos nos demais casos. Para Alexy<sup>46</sup> é possível que normas constitucionais<sup>47</sup> sejam inválidas, para justificar sua afirmação o autor cita o exemplo da eventual inclusão na Constituição Alemã de um princípio da segregação racial.

Essa linha de raciocínio leva ao enfrentamento de outro tabu, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, que ficou conhecida no Brasil pela obra de Otto Bachof, que segundo Barroso<sup>48</sup>: “não tem as implicações que a ele se tem atribuído”, pois o mesmo expressamente admitiu a impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma norma constitucional em face de outra.

Segundo Barroso<sup>49</sup>, o que Bachof defendia era a possibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade das normas constitucionais levando em consideração o direito supralegal, natural, “que existe fora e acima da Constituição”, que é apenas declarado, mas não constituído pelo legislador constitucional.

No caso específico das uniões homoafetivas, a inconstitucionalidade do §3º do artigo 226, é a posição defendida por Berenice Dias<sup>50</sup> e também é uma possibilidade aventada por Virgílio Afonso da Silva<sup>51</sup>, que exemplifica o problema perguntando sobre a constitucionalidade de uma norma inserida na constituição que proibisse os casamentos entre pessoas de religiões ou raças diferentes:

Vamos supor que, por qualquer razão, a constituição não tenha sido emendada e o dispositivo que bane casamentos inter-religiosos e inter-raciais ainda seja parte do texto constitucional. Faz sentido se ater um tabu teórico e ter de considerar esse dispositivo como ainda constitucional? Não seria um formalismo?<sup>52</sup>

Na verdade, hoje é cada mais tênue a linha entre a interpretação da Constituição e a declaração de inconstitucionalidade de suas normas ou de certo sentido delas<sup>53</sup>, percebe-se que quando o STF chega muito próximo desse limite, mascara o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma constitucional desviando-a para legislação infraconstitucional, como fez no caso da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343)<sup>54</sup>, em que teve de criar a figura da supralegalidade, situação semelhante ocorre neste caso, em que

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 593.

<sup>46</sup> Ibid. p. 110.

<sup>47</sup> Apesar do autor não fazer referência expressa na invalidade de regras constitucionais, mas apenas dos princípios, se os princípios podem ser considerados inválidos, com mais razão isto pode ocorrer com a regras já que a solução de conflitos nestes casos ocorre na dimensão da validade.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 196-198.

<sup>49</sup> Ibid. p. 199.

<sup>50</sup> DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5524](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5524)>. Acesso em 08/08/2017.

<sup>51</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa?** Disponível em <[https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/295434/mod\\_resource/content/1/Coloquio\\_FD-USP-2013-06-24-Virgilio\\_Afonso\\_da\\_Silva-traduzido.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf)>, acessado em 08/08/2017.

<sup>52</sup> Id. p. 23-24.

<sup>53</sup> Id. p. 24.

<sup>54</sup> Para Ingo Sarlet a tese da supralegalidade é contraditória e o que houve na realidade foi uma derrogação informal do permissivo constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. Prisão civil do depositário infiel e o “controle de convencionalidade”. **Consultor**

desvia a discussão para o artigo 1.723 CC.

Compreensivelmente, por se tratar ainda de um tabu, o reconhecimento expresso da inconstitucionalidade do artigo 226, §3<sup>a</sup>, CF., não foi a opção da Suprema Corte, mas ao adotar uma outra via, parece que o STF não escolheu dentre as opções mais adequadas disponíveis, conforme será analisado no tópico seguinte.

### **Análise crítica da decisão do STF**

No ano de 2011 foi realizado o julgamento conjunto da ADPF 132-RJ e da ADI 4277-DF, a primeira proposta pelo governador do estado do Rio de Janeiro e a segunda pela Procuradoria Geral da República, em que restou decidido pela possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, por meio de uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 CC.

Da análise do inteiro teor do julgado, é necessário um grande esforço para alcançar as razões que levaram ao acolhimento dos pedidos iniciais, com votos enciclopédicos focando em aspectos filosóficos sem maiores preocupações com a coerência hermenêutica, onde não há uma unidade decisória, ou seja, “o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros”<sup>55</sup>.

Quanto às razões substanciais que levaram ao acolhimento do pedido inicial, não houve maiores divergências entre os Ministros, socorrendo-se todos dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, segurança jurídica, alegando ainda a proibição de preconceito em razão do sexo insculpida como um dos objetivos da república e a afetividade como fundamento das entidades familiares.

Contudo, houve uma divergência quanto à forma para se chegar a este resultado, assim como no enquadramento da união homoafetiva como união estável ou numa nova categoria de entidade familiar, podendo os Ministros serem divididos em dois grupos, o primeiro grupo formado pelos Ministros: Calos Ayres Britto (relator), Luiz Fux, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello, fez uso da interpretação conforme à Constituição, para excluir qualquer interpretação do artigo 1.723 CC, no sentido de negar reconhecimento às uniões entre pessoas do mesmo sexo, e portanto, reconhecem a inclusão das uniões homoafetivas na figura típica da união estável.

O voto do Ministro Luiz Fux ilustra bem esse entendimento:

O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais<sup>56</sup>.

---

**Jurídico**, 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>>.

<sup>55</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250. p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 15 Ago. 2017. p. 217.

<sup>56</sup> STF, ADI 4277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05/05/2011. p. 660-661.

Outro grupo foi formado pelos Ministros: Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, entendendo que não seria cabível a interpretação conforme, sendo a união entre pessoas do mesmo sexo reconhecida como uma nova entidade familiar, e na falta de disciplinamento próprio aplicar-se-ia as regras da união estável. Para justificar a incidência das regras próprias da união estável, Lewandowski e Peluso fazem uma aplicação analógica, já Mendes se socorre da teoria do pensamento do possível<sup>57</sup>.

Quanto à impossibilidade de realizar uma interpretação conforme, estes estão com a razão, não é cabível a sua utilização, pois o artigo 1.723 C.C. é quase uma cópia do §3º, do artigo 226, C.F./88, como se poderia fazer uma interpretação conforme, para se chegar a um sentido da norma infraconstitucional contrário ao texto expresso da Constituição. O Ministro Gilmar Mendes bem observa que se trata “de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte”<sup>58</sup>.

Em seguida o Ministro ressalta que o único argumento razoável que poderia justificar a interpretação conforme seria o fato do dispositivo do código civil está sendo interpretado para negar reconhecimento às uniões homoafetivas, mas aqui existe um outro problema; não é apenas o código civil mas a própria Constituição que permite essa interpretação, tanto que para driblar esta decisão do STF, basta que a negativa de reconhecimento seja fundada no artigo 226, §3º da CF<sup>59</sup>, o que reforça o argumento ou pela impossibilidade de se dar juridicidade às uniões entre pessoas do mesmo sexo, devendo se aguardar a intervenção legislativa, ou se avança para declarar a inconstitucionalidade desta norma, que como foi visto acima, ainda é um limite intransponível para o STF.

Mas o Ministros que acompanharam o relator, deram pouca importância ao texto do artigo 226, §3º, CF, argumentando que esta regra não proíbe a união entre pessoas do mesmo sexo, considerando que aos particulares o que não é proibido é permitido, podendo ser interpretada para abarcar as uniões homoafetivas<sup>60</sup>.

Realmente, esta regra não proíbe que pessoas do mesmo sexo formem parcerias em relacionamentos afetivos, públicos, duradouros e ostensivos, mas por outro lado ela não emite um comando para que o Estado (executivo, legislativo e judiciário) reconheçam estas uniões e em se tratando dos poderes públicos vige a vinculação positiva à lei, só se podendo fazer ou deixar de fazer aquilo que lhe é autorizado<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> “Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, §3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas – evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível. Até porque também tenho certo temor, que por dever de honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas”. STF, ADI 4277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05/05/2011. p. 801-802.

<sup>58</sup> STF, ADI 4277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05/05/2011. p. 766.

<sup>59</sup> SITO, Santiago Artur Berger. LISOWSKI, Carolina Salbego. **A ética utilitarista, o Supremo Tribunal Federal e as uniões homoafetivas: uma abordagem hermenêutica**. Anais, XX CONPEDI, Vitória, 2001. p. 10324.

<sup>60</sup> STF, ADI 4277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05/05/2011. p. 746.

<sup>61</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 102.

Streck<sup>62</sup> também critica a interpretação das não proibições como permissões. O fato da Constituição somente prever o controle direto de constitucionalidade perante o STF das leis e atos normativos federais e estaduais (artigo, 102, I, a), não quer dizer que estaria permitindo o controle concentrado das leis municipais.

Outro argumento comumente utilizado pela doutrina e que foi acatado pela maioria dos ministros do STF é o de que o artigo 226, §3º, CF, seria uma norma de inclusão, não podendo ser interpretada para excluir deste reconhecimento as uniões entre pessoas do mesmo sexo<sup>63</sup>.

A utilização das normas gerais exclusivas e inclusivas é tratada no estudo da integração de lacunas<sup>64</sup>, portanto, inicialmente, é importante definir se neste caso existe lacuna.

Considerando a vontade do legislador constituinte, conforme relato constante do voto do Ministro Lewandowski<sup>65</sup>, o que se tem não é uma lacuna autêntica em que o legislador disse menos do que pretendia ou não previu uma determinada situação, no caso, houve um debate efetivo sobre a possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo e esta foi rejeitada, portanto, o que existe é uma omissão proposital do constituinte, ou seja, uma lacuna ideológica ou imprópria.

Nas palavras de Bobbio<sup>66</sup>, as lacunas ideológicas estão fora do sistema do direito positivo, pois expressam como o direito deveriam ser, ou seja, uma norma ainda a ser criada pelo legislador mas que ainda não existe no sistema jurídico, “as lacunas com as quais deve se preocupar aquele que é chamado a aplicar o Direito não são as ideológicas, mas as reais”.

Fica claro que efetivamente a regra prevista no artigo 226, §3º, CF, não autoriza o reconhecimento pelo Estado da união estável entre pessoas do mesmo sexo, não podendo ser simplesmente ignorada, como algumas palavras sem tanta importância. Portanto, enquanto esta norma continuar válida e surtindo seus efeitos não tem como se fazer uma interpretação conforme a constituição.

Mas apesar de todas as barreiras indicadas até agora, a superação da regra extraída do §3º é juridicamente possível para teoria hermenêutica aqui adotada, contudo, é necessário o esforço argumentativo extremo, até porque uma das possíveis soluções deste problema passa pelo enfrentamento da inconstitucionalidade de normas constitucionais.

Reconhecendo este limite, outro caminho possível é aquele adotado pelos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, e Cezar Peluso, que é o mesmo sugerido por Paulo Lôbo<sup>67</sup>, extraindo do artigo 226, *caput* a pluralidade de entidades familiares, dentre elas a união entre pessoas do mesmo sexo que tem “natureza própria”, diversa da união estável prevista no §3º (típica), mas enquanto não for devidamente

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 1 (2), Rio Grande do Sul, julho-dezembro 2009. p. 81.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 16, maio/junho/julho/agosto, 2007. p. 26-27.

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 135-136.

<sup>65</sup> STF, ADI 4277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05/05/2011. p. 711-712.

<sup>66</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 140.

<sup>67</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 83.

regulamentada, aplicam-se as regras do instituto semelhante, que é a união estável.

Assim, respeitasse a vontade do constituinte originário, sem forçar uma abrangência que os limites semânticos do §3º não permitem. Não havendo a necessidade de se utilizar a interpretação conforme e nem de tentar enxergar no §3º uma abertura para incluir a união de pessoas do mesmo sexo, como afirmou o Ministro Lewandowski: “não se está a reconhecer uma união estável homoafetiva, mas uma união homoafetiva estável”<sup>68</sup>.

Mas é importante reconhecer que essa decisão foi insuficiente, se a questão da inconstitucionalidade de normas constitucionais tivesse sido enfrentada, poder-se-ia ter chegado a uma decisão mais justa, reconhecendo-se inclusive a possibilidade de casamento nestas situações<sup>69</sup>, mas parece que este é um limite intransponível pelo Supremo Tribunal Federal – STF, levando-o a fazer arranjos ou ginásticas hermenêuticas para solução das demandas, sem enfrentar o real problema.

### Considerações finais

O processo de constitucionalização do direito permitiu a reconciliação do direito com a moral por meio do incremento da densidade normativa dos princípios. Com isso as normas constitucionais passaram a irradiar seus efeitos por todos os ramos do direito, dentre estes o Direito Civil.

Inicia-se um processo de repersonalização do Direito Civil, superando o estágio anterior apegado ao aspecto patrimonial. Diversos institutos básicos passam a ser revisitados, dentre estes os do Direito de Família, que passa a ter seu fundamento e finalidade na afetividade, abrindo-se campo para o reconhecimento de entidades familiares não previstas expressamente no texto, como as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Uma etapa deste processo foi completada com a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF, em que por meio da interpretação conforme a constituição do artigo 1.723, C.C., reconheceu-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar de se concordar com resultado do julgado quanto ao seu mérito, existem algumas críticas quando à inexistência de um método hermenêutico adequado, em que na verdade, os votos proferidos priorizaram razões históricas, sociológicas, filosóficas e até jurídicas, mas sem enfrentar problemas importantes quanto a interpretação constitucional.

Como diapasão para aferir a correção do julgado sob o aspecto hermenêutico, utilizou-se a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, demonstrando a dificuldade de se superar uma regra constitucional e a possibilidade de se reconhecer a invalidade de uma norma constitucional.

Ficou demonstrado que o artigo 226, §3º, CF é uma regra, e, portanto, deve ser levado à sério na argumentação do julgado. Esta regra não possui lacuna ou abertura semântica para permitir sua incidência

<sup>68</sup> STF, ADI 4277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05/05/2011. p. 719.

<sup>69</sup> Atualmente, a extensão da possibilidade casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi reconhecida pelo STJ no julgamento do Resp. 1183378/RS, e pela resolução n. 175/2013 do CNJ.

sobre as relações homoafetivas. Por este mesmo motivo, é inviável a utilização da interpretação conforme a constituição do artigo 1.723, C.C., por se tratar de um decalque da norma constitucional.

Nesta linha, três possibilidades se apresentam: a) a autocontenção do poder judiciário, devendo aguardar pelo poder legislativo, opção que se mostrou inviável pela resistência ao reconhecimento desses direitos; b) a declaração de inconstitucionalidade ou a interpretação conforme do próprio §3º, o que esbarra no tabu do reconhecimento de inconstitucionalidade de norma constitucional; c) o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não prevista expressamente no artigo 226 CF, aplicando-se por analogia as regras pertinentes à união estável, até posterior regulamentação legislativa.

Nenhuma das três hipóteses foi a que obteve a maioria dos votos dos ministros do STF no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, que optou por enquadrá-las como inseridas no §3º do artigo 226, C.F./88, como uniões estáveis.

## Referências

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

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista diálogo jurídico**. Salvador, nº 16, maio/junho/julho/agosto, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 14 Abr. 2017.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, Jun. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322013000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 15 ago. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: noções de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL, **Senado Federal**. <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superalidade das regras jurídicas e das decisões *contra legem*. **Direitos, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. n. 37. Jul./dez. 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Corte Constitucional da Colômbia e os direitos dos casais homossexuais: um passo de cada vez? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, abr./jun. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5524](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5524)>; acessado em 08/08/2017.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Acertos e desacertos do processo de constitucionalização dos direitos: uma reflexão sobre os perigos da ubiquidade constitucional no direito civil brasileiro. **RIDB**, ano 1 (2012), nº 2, p. 858-860.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 35, JUL/SET 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **RIL**, a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. LÔBO, Paulo Luiz Netto. jun./2012.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, ed. Síntese, nº 12: 40/55, jan./mar., 2002.
- SANDEL, Michel. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- SILVA, Giana de Marco Vianna da; CATALAN, Marcos Jorge. O registro de biparentalidade homoafetiva: um estudo de caso. **Revista Síntese Direito de Família**, nº. 92, out./nov. 2015
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa?** Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/295434/mod\\_resource/content/1/Coloquio\\_FD-USP-2013-06-24-Virgilio\\_Afonso\\_da\\_Silva-traduzido.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf)>, acessado em 08/08/2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. La unión entre personas del mismo género: ¿cuán importantes son los textos e las instituciones? **Discusiones XV**, nº 15, 2, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 15 Ago. 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.
- SITO, Santiago Artur Berger. LISOWSKI, Carolina Salbego. **A ética utilitarista, o Supremo Tribunal Federal e as uniões homoafetivas: uma abordagem hermenêutica**. Anais, XX CONPEDI, Vitória, 2001, p. 10324.
- STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de estudos constitu-**

**cionais, hermenêutica e teoria do direito**, 1 (2), Rio Grande do Sul, julho-dezembro 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. **Soluções práticas. RT**, 2011, vol. 1, nov. 2011.