

DIREITO CIVIL

ARTIGO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL

LAW CONSTITUTIONALIZATION AND THE IMPLICATIONS OF THE RIGHT TO ACKNOWLEDGEMENT OF CONSENSUAL HOMOAFFECTIVE MARRIAGE AS A FAMILY UNIT IN BRAZIL

MARCELO CRISTIANO DE MORAIS CARDOSO E BASTOS

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

mcbastos@mpmg.mp.br

As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza (SANTOS, 2001).

RESUMO: Este artigo pretende demonstrar que a força normativa da Constituição – que determinou o surgimento do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito – foi fundamental para o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar no Brasil por meio da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF – em maio de 2011, no julgamento da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ, uma vez que uma simples exegese dos valores e princípios insculpidos no Texto Constitucional de 1988 é mais que suficiente para que o Estado tutele os relacionamentos de casais formados por pessoas do mesmo sexo que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: força normativa da Constituição Federal; constitucionalização do direito; valores e princípios constitucionais; união estável homoafetiva; entidade familiar.

ABSTRACT: The present article attempts to demonstrate that the normative constitutional power – determinant to the appearance of the phenomenon known as Law Constitutionalization – was fundamental to the acknowledgement of consensual homoffective marriage as a family unit in Brazil. One highlights the decision of the Federal Supreme Court – STF – in May 2011, proffered in ADI nº 4.277/DF and ADPF nº 132/RJ, since a simple interpretation of the values and principles of the Federal Constitution of 1988 is more than sufficient for the State to defend the relationships of couples of same sex that fulfill requirements of affectivity, stability and os-tensibility.

KEY WORDS: Normative power of the Federal Constitution; Law Constitutionalization; constitutional values and principles; consensual homoffective marriage; family unit.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A força normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito. 3. Valores e princípios da Carta Magna de 1988 aplicados à família. 4. O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e o reconhecimento da possibilidade de casamento entre homossexuais: uma breve análise dos precedentes históricos no Supremo Tribunal Federal – STF – e no Superior Tribunal de Justiça – STJ. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A homossexualidade sempre existiu ao longo da história humana, estando presente em praticamente todas as culturas e épocas (DIAS, 2011a). O que se mostrou diferente – nas diversas épocas e culturas – foi a maneira como os homens enxergam a homossexualidade.

As culturas da Grécia e de Roma que deram formação à sociedade hoje conhecida como ocidental reconheciam amplamente as relações homossexuais, considerando-as como parte da vida sexual das

peessoas, ainda que restritas à iniciação de jovens no mundo adulto e mesmo que carregadas de discriminação àqueles que desempenhavam o papel “passivo” nos atos sexuais. (DIAS, 2011a).

Nada obstante nossas raízes greco-romanas, com a conversão de Constantino ao cristianismo no ano de 313, e com a adoção oficial desta prática religiosa no Império Romano (390), várias mudanças ocorreram na seara da sexualidade. A dominação cultural e até mesmo política da Igreja Católica durante a Idade Média marcou muito como vivenciamos a sexualidade ainda nos dias de hoje. A Igreja Católica, enquanto disseminadora da doutrina cristã, que tem raízes no judaísmo, viu no sexo uma coisa demoníaca e assim proibiu sua prática. Visto como pecado e vergonha, ao sexo só restou a finalidade da procriação com o duplo papel de assegurar a sobrevivência da espécie e a proliferação do povo de Deus. (OLIVEIRA, 2011).

Daí por diante, o livre exercício da sexualidade nunca mais foi algo que realmente aconteceu. Como bem nos ensina Regis F. de Oliveira:

Como inúmeras religiões herdaram ‘livros tidos como sagrados’ que lhes impunham determinadas proibições, passaram a agir como tal, como se a evolução nada significasse. Recebiam certos comportamentos inadmissíveis e passavam-nos às gerações seguintes. Nasceu, então, uma sexualidade imposta e não natural. (OLIVEIRA, 2011, p. 92).

Na mesma toada, a eminente jurista Maria Berenice Dias que, de maneira brilhante cunhou o neologismo homoafetivo, expõe que:

A Igreja Católica considera as relações de pessoas do mesmo sexo verdadeira perversão, uma aberração da natureza. Isso porque está escrito na Bíblia: com o homem não te deitarás como se fosse mulher, é abominação (Levítico, 18:22). Daí a condenação à homossexualidade. A concepção bíblica busca a preservação do grupo étnico baseada no Gêneses e na história de Adão e Eva: a essência da vida é o homem, a mulher e sua família. A suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade serve de justificativa para o ódio e a crueldade contra *gays* e lésbicas [...]. (DIAS, 2011a, p. 37).

Voltando o olhar mais especificamente para o Brasil, vê-se que o cenário foi o mesmo, haja vista a intensa e profunda influência do cristianismo na construção de nossa cultura e identidade local. Assim, as relações sexuais foram restritas ao âmbito do matrimônio, sacramento que unia um homem e uma mulher, e tinham o fim exclusivo da procriação (sacralização do casamento). Sexo infértil, masturbação e busca do prazer, ainda que dentro de um casamento, eram considerados antinaturais e atentados contra Deus (DIAS, 2011b).

São séculos de preconceito, discriminação, opressão e obscurantismo em relação à homossexualidade, e suas raízes são profundas e de diversas ordens. O século XX viu nascer uma nova consciência nas pessoas, mormente com a proliferação das normas protetoras dos direitos humanos. O direito à livre manifestação da orientação sexual está intimamente ligado ao direito à própria felicidade, desejo maior de todos e a maior responsabilidade do Estado frente aos cidadãos (DIAS, 2011b).

A capacidade de sentir empatia – colocar-se no lugar do outro –, abriu caminhos para os direitos humanos e demonstrou que a luta pela proteção dos direitos das minorias é algo constante, que nunca findará (HUNT, 2009).

Mas, aqui, o que interessa mais de perto é de que forma os valores e os princípios insculpidos na Constituição da República de 1988 foram determinantes para a mudança na visão da homossexualidade a ponto de se chegar ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar pela Suprema Corte da Justiça brasileira, no julgamento histórico dos dias 5 e 6 de maio de 2011 (BRASIL, 2011a). Para isso, faremos um estudo acerca da força normativa da Constituição e do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito.

2. A força normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito

Muitos são os fatores que contribuíram para um novo olhar sobre a homossexualidade nas últimas décadas do século XX e que cul-

minaram numa forma mais amena e tolerante de vê-la no limiar do século XXI. Não há mais como dizer que se trata de uma doença, um desvio ou um comportamento abominável. A ciência não mais chancela tais rótulos e, cada vez mais, a homossexualidade é vista como uma variante natural da sexualidade humana.

Mas, embora tenham ocorrido grandes avanços, é notório o silêncio do legislador brasileiro. A única norma vigente que não discrimina e aleija as uniões estáveis homoafetivas é a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que define família como relação íntima de afeto. Fora esse exemplo isolado, todo ordenamento jurídico é um silêncio sepulcral quanto ao tema, fato vem obrigando o Judiciário pátrio a legislar no caso concreto para fazer valer os direitos há muito relegados ao ostracismo e à invisibilidade, imprimindo valor jurídico a essas relações que, em essência, também se baseiam em afeto tanto quanto as heterossexuais. (DIAS, 2011b).

As Constituições nasceram com o Estado moderno. No entanto, do surgimento deste até por volta da primeira metade do século XX, os textos constitucionais possuíam feição de documento de cunho político e assemelhavam-se mais a uma carta de intenções ou a um mero convite à atuação dos Poderes Públicos (BARROSO, 2010).

Já na segunda metade do século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, com a reconstitucionalização ocorrida inicialmente na Europa e que logo se expandiu pelo mundo, as Constituições ganharam força normativa, e passaram a irradiar todo o seu conteúdo pelo ordenamento jurídico, que carregou a ele seus valores e princípios.

Assim, as constituições alçaram o *status* de norma jurídica – o que determinou que seu conteúdo tivesse caráter vinculativo e obrigatório, e que o seu descumprimento ensejasse a tomada de providências para o cumprimento forçado. Essa nova perspectiva que atribui força normativa aos preceitos das constituições determinou o surgimento do fenômeno conhecido por constitucionalização do Direito, que nada mais é do que a influência das normas constitucionais em todos os ramos do Direito, imprimindo uma releitura, à luz da

nova ordem, da legislação infraconstitucional. E, como esperado, a constitucionalização do Direito vem redefinindo todo o ordenamento jurídico e provocando uma série de renovações.

A constitucionalização do Direito ainda é um fenômeno relativamente novo e que sofre resistências por parte daqueles mais retrógrados. Isso implica que o fenômeno deve ganhar mais espaço e forma ao longo do século XXI de maneira a provocar a construção de um novo paradigma no cenário jurídico.

Logo, a Constituição de um país, muito mais que um texto que convida o Estado-legislador a assegurar a ordem jurídica e regulamentar os direitos e garantias ali previstos, é verdadeiro comando central e superior que se impõe às três esferas de poder do Estado que, de fato, implementam e resguardam os valores e princípios estabelecidos em seu texto, além de ainda repercutir nas relações entre particulares.

Veja-se a esclarecedora lição de Luís R. Barroso:

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor-lhe deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental ou por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. (BARROSO, 2010, p. 353).

Dando continuidade aos ensinamentos, Barroso explica que a questão no Brasil não foi diferente:

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou no Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada. (BARROSO, 2010, p. 263).

Para muito além de ser um conjunto de normas que institucionaliza um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder, a Constituição de um país tem como um dos objetivos assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente aos das minorias políticas (BARROSO, 2010).

A seguir, tendo como alavanca a força normativa da Constituição, apresentam-se os valores e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a maneira de como eles modificaram o conceito jurídico de entidade familiar a ensejar o reconhecimento e a tutela das uniões estáveis homoafetivas.

3. Valores e princípios da Carta Magna de 1988 aplicados à família

Nos dias de hoje, o Texto Constitucional, desenhado por valores e princípios, é que cumpre o papel de traçar as linhas mestras de todo o ordenamento jurídico, desempenhando, pois, o papel central reservado antes aos Códigos Civis seguidores do modelo napoleônico (MATOS, 2011).

Há muito vivemos em um Estado Democrático de Direito laico, portanto, secularizado, em que preceitos de cunho religioso não mais podem ser lançados como fundamento nas decisões do Poder Público. Nossa Constituição da República de 1988 assegura a liberdade de credo, em seus arts. 5º, VI, e 19, I.

E é Roberto Arriada Lorea quem afirma:

A laicidade tem sido proposta como o regime social de convivência no qual as instâncias políticas se veem legitimadas pela soberania popular e não mais por instituições religiosas.

[...] o papel da religião na modernidade sofre restrições no cenário político/público, de vez que sua legitimidade parece estar confinada à esfera privada, no sentido de que apenas os fiéis, que livremente aderem a uma determinada crença, é que estão voluntariamente submetidos a determinados dogmas.

O Estado laico, porque viabiliza a convivência de pessoas que pensam diferente, assegura a paz social, oportunizando que se viva sua vida segundo suas próprias crenças, respeitando igual direito aos demais. (LOREA, 2011, p. 36-37).

Logo, dentro de um Estado laico, é imperativo que o Poder Público veja a questão da tutela dos direitos dos homossexuais sob o prisma do ordenamento jurídico, o qual proíbe a influência das religiões na regulamentação e no tratamento da vida civil de todo cidadão, mesmo que a maioria da população professe uma determinada crença, pois maioria não se confunde com interesse público (LOREA, 2011).

As razões fáticas para o silêncio do Estado-legislador são muitas, ainda mais em um país herdeiro de uma tradição preconceituosa e que fomenta a discriminação a tudo e a todos que não se enquadram em modelos pré-fixados do que é certo ou errado. Esse panorama é ainda mais assustador quando se trata de sexualidade e suas mais variadas formas de manifestação.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional, se não regulamenta as uniões estáveis homoafetivas, também não as proíbe, assim como também não criminaliza condutas discriminatórias em razão da orientação sexual do indivíduo (homofobia) (DIAS, 2011b).

Nada obstante, o Texto Constitucional pátrio traz um verdadeiro conjunto de valores e princípios que por si só já resguarda a tutela dos direitos fundamentais das minorias. Mas, para a aplicação

destas normas supremas, é preciso coragem do Estado, o que vem faltando no seu braço legislativo.

O constituinte originário, mandatário do povo, já no preâmbulo da Carta Constitucional de 1988, deixa bem clara a intenção de fundar uma sociedade verdadeiramente livre de preconceitos e discriminação às minorias, tendo afirmado que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, 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. (BRASIL, 1988).

Em seguida, o Texto Constitucional traz em seu bojo os princípios da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CR/1988), da promoção do bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do art. 3º da CR/1988), da solidariedade (inciso I do art. 3º da CR/1988), da igualdade e da liberdade (*caput* do art. 5º, CR/1988), da inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas (inciso X do art. 5º da CR/1988), da punição legal para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI do art. 5º da CR/1988), o que certifica ser a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível (inciso XLII do art. 5º da CR/1988), aplicável por analogia à homofobia, do afeto como núcleo estruturador das famílias e da pluralidade das famílias (art. 226 da CR/1988), dentre outros valores e princípios que afastam toda sorte de preconceito e discriminação.

Na lição de Maria Elizabeth G. T. Rocha:

Apesar de a Lei Maior não se referir, expressamente, à orientação sexual, infere o intérprete atento exsurgir de sua *telos* expressa ve-

dação às manifestações de ódio e intolerância ao homossexualismo em função de duas razões distintas, embora complementares.

A primeira repousa no fato de o constituinte ter autografado a promoção do bem social, banindo explicitamente o racismo – *ex vi* do art. 5.º, XLII, da CF –, o preconceito e a discriminação. A segunda por estar consolidado o postulado da não segregação ao se conceber o referido inciso como cláusula aberta, já que da correta leitura de sua parte final emana a possibilidade de estimularem-se formas outras de segregação, depreciativas da dignidade humana. (ROCHA, 2011, p. 160-161).

No que tange especificamente à família, ou melhor, ao direito das famílias, designação mais condizente com a realidade fenomênica que constitui nossa sociedade a abarcar a diversidade que ela abriga e que dela surge, a Carta Magna de 1988, no *caput* de seu art. 226, estabelece-lhes especial proteção sem fazer qualquer tipo de discriminação quanto ao seu conceito central.

Ana Carla Harmatiuk Matos, noutras palavras, ensina que:

Os aspectos personalísticos das pessoas devem ser o núcleo fundamental do sistema jurídico e a principal finalidade da proteção estatal. Assim, todas as demais normas do ordenamento devem cumprir essas unidades primeiras, sendo a dignidade do ser humano o elemento de convergência do sistema.

Nesse contexto, insere-se o denominado princípio da pluralidade das entidades familiares, ao apontar que vários são os modelos de entidades familiares os quais são produtores de efeitos jurídicos, não mais se impondo a unicidade da forma matrimonial posto não coadunar com a realidade das práticas afetivas da sociedade nos dias atuais, de tal maneira a ser considerada discriminação injustificada um tratamento inferior a qualquer uma das possibilidades viáveis de formação familiar segundo os valores do atual sistema jurídico. (MATOS, 2011, p. 137).

Assim, a cabeça do art. 226 da Constituição Federal é verdadeira cláusula geral de inclusão e determina o reconhecimento de toda e qualquer entidade familiar que preencha os requisitos de afetivi-

dade, estabilidade e ostensibilidade. O rol previsto nos parágrafos do mencionado dispositivo legal é meramente exemplificativo (casamento, união estável e família monoparental), não cabendo ao intérprete impor-lhe qualquer tipo de exegese que limite o princípio da pluralidade das entidades familiares, uma vez que é da própria sociedade que nascem as relações de afeto e que vão surgindo com o tempo e demandando tutela jurídica, e não da norma jurídica como entendem alguns (MATOS, 2011).

No que concerne ao disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, vale citar as palavras de Barroso pela clareza da exposição:

É certo, por outro lado, que a referência a *homem e mulher* [no § 3.º do art. 226 da CR/1988] não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contém indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

Insista-se, para que não haja margem de 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, 2007, p. 28-29).

Maria Berenice Dias leciona que:

Os grandes pilares que outorgam efetividade aos direitos humanos – verdadeira viga-mestra assentada de forma saliente na

Carta Constitucional – são os princípios do respeito à dignidade humana, da liberdade e da igualdade. Como o direito à identidade sexual é direito humano fundamental, necessariamente também o é o direito à identidade homossexual, melhor dizendo: o direito à homoafetividade. Portanto, a união homoafetiva corresponde a um direito humano fundamental. (DIAS, 2011b, p. 86).

Vejamos agora mais de perto os valores e princípios previstos na Lei Fundamental.

O Estado verdadeiramente Democrático e de Direito existe para promover a proteção e o bem-estar das pessoas e assim deve conformar suas decisões aos anseios sociais, dentre eles os das minorias, que também formam a base da sociedade.

O Texto Constitucional alçou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República, imprimindo a este princípio natureza de núcleo fundante, estruturante e essencial de todos os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna. Assim, não se pode dissociar nenhum dos direitos fundamentais do postulado da dignidade da pessoa humana (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

Todo ser humano, apenas por pertencer à espécie humana, possui dignidade, propriedade natural e inerente à sua condição, devendo, portanto, ser respeitado, independentemente de suas características, escolhas, atitudes, credos, cultura, pensamentos e orientações. Logo, a dignidade está intimamente ligada ao fato de que todo ser humano é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

Nesse passo, a dignidade humana é tanto um limite para a atuação do Poder Público, que não pode invalidá-la, quanto um dever prestacional, devendo empreender todas as medidas necessárias para assegurar que todas as pessoas humanas tenham a dignidade respeitada por todos (VECCHIATTI, 2011).

Merecem destaque, pela precisão e profundidade, as palavras de Ingo W. Sarlet citado por Vecchiatti:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET apud VECCHIATTI, 2011, p. 203).

Trata-se de princípio que consagra a ideia essencial de que o ser humano é um fim em si mesmo e não deve ser instrumentalizado, coisificado ou descartado em razão dos caracteres que lhe conferem individualidade e estampam sua dinâmica pessoal (DIAS, 2011b).

Por derradeiro, concluiu-se que a discriminação fundada na orientação sexual configura nítido desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. E infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, sob pena de referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimentos para quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida (DIAS, 2011b).

Como já demonstrado alhures, do princípio da dignidade da pessoa humana – esteio de todo ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito – decorre uma série de outros princípios e valores que ao mesmo tempo são essenciais à própria construção da personalidade humana.

Uma primeira faceta da *persona* humana é a sua liberdade, sua capacidade de autodeterminação, de escolher conscientemente como deseja viver a sua vida e conduzi-la nas diversas veredas que lhe são apresentadas (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

Nessa trilha, vê-se que o direito à liberdade é multifacetado, pois compreende várias situações em que o ser humano é chamado a decidir sobre sua vida: liberdade de expressão, liberdade de credo,

liberdade de associação, liberdade de desenvolvimento da própria personalidade e, naturalmente, liberdade de amar e se relacionar como bem lhe aprouver, independentemente da orientação sexual (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia ajuízam que:

A regra é a mesma para toda e qualquer liberdade. No âmbito da autonomia da vontade, intrínseca ao ser humano, o Estado não tem legitimidade para impor determinado tipo de escolha e, tampouco, para negar o reconhecimento de direitos aos cidadãos que exercem sua liberdade de forma plena.

[...]

Logo, restringir a liberdade de escolha ou negar direitos aos que, por qualquer modo, se afastam do padrão dito 'convencional', em qualquer seara, é subtrair do ser humano a sua própria dignidade, liberdade e direito à autodeterminação. É dizer a ele que sua conduta deve ser pautada pela racionalidade da maioria e não pela sua própria vontade. (RAGAZZI; GARCIA, 2011, p. 184).

Necessário é que a liberdade de escolha e a autodeterminação não representem prejuízos a terceiros, pessoas individualmente consideradas ou à própria sociedade como um todo. Mas, não é lícito ao Estado impor uma consciência heterodominante para restringir direitos àqueles que simplesmente escolheram vivenciar suas consciências homoafetivas, uma vez que à relação romântica/amorosa entre homossexuais não corresponde qualquer prejuízo a terceiros, nada mais sendo do que a livre manifestação da autonomia de cada ser humano (VECCHIATTI, 2011).

Paulo Roberto I. Vecchiatti assevera ainda que:

[...] a diferença que entendemos existir entre liberdade negativa e liberdade positiva é aquela debatida quando se estudam os direitos fundamentais de primeira dimensão, relativamente aos de segunda dimensão, no sentido de que a liberdade negativa é aquela de não sofrer interferência estatal em sua vida privada e

íntima (salvo para resguardar legítimos fins estatais, como impedir o cometimento de crimes), ao passo que a liberdade positiva é aquela decorrente da efetiva garantia estatal da existência de condições fáticas que propiciem à pessoa uma liberdade *real* de decisão – superando-se a liberdade puramente *formal* para atingir a liberdade *material*, com o abandono do Estado puramente liberal para atingir um Estado Social e Democrático de Direito. (VECCHIATTI, 2011, p. 208).

O direito à plena liberdade constitui verdadeiro baluarte do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Maria Berenice Dias aduz que:

A liberdade geral de ação implica em um direito e em uma permissão *prima facie*. Cada um tem o direito a que o Estado não impeça suas ações ou omissões, bem como permita fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a esta liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, deve apresentar razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo.

O direito de liberdade está consubstanciado numa perspectiva de privacidade e intimidade, podendo o ser humano realizar suas próprias escolhas, isto é, o seu próprio projeto de vida. (DIAS, 2011b, p. 89).

Em continuação, a jurista acrescenta que:

No campo específico da homoafetividade, o princípio da liberdade se faz presente na medida em que toda e qualquer pessoa possui a prerrogativa de escolher o seu par, independentemente do sexo, assim como o tipo de entidade familiar que deseja formar. (DIAS, 2011b, p. 89).

No que concerne ao direito à igualdade, amplamente consagrado no Texto Constitucional, mister se faz distingui-lo no seu viés formal e material.

Sob o aspecto formal, o princípio da igualdade estabelece a denominada igualdade perante a lei, que impõe a igual aplicação do direito

vigente a todos os indivíduos, sem considerações das características pessoais específicas dos cidadãos sujeitos à legislação a ser aplicada. De outra banda, em seu aspecto material, o princípio da igualdade consagra a célebre definição de Aristóteles, determinando que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontrem em igual situação, ao passo que, aos que se encontram em situação diversa, deve ser dado um tratamento jurídico diverso, justamente em face da situação jurídica diferenciada em que se encontram. É a denominada igualdade na lei (VECCHIATTI, 2011).

O professor e jurista Luís R. Barroso, ao discorrer sobre o tema, assevera que:

[...] a questão aqui estudada resolve-se no plano da igualdade puramente formal, sem envolver quaisquer das dificuldades teóricas e práticas presentes na concretização da igualdade material. A não desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares. [...].

A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da igualdade na lei – comando dirigido ao legislador – quanto para a igualdade perante a lei, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição. (BARROSO, 2007, p. 14-15).

A diferenciação de tratamento, além das hipóteses em que se fundamenta em critérios e motivação lógico-rationais, deve ocorrer também para atender a função social da igualdade. Nesses casos, a isonomia é uma imposição constitucional relativa que, por isso, a caracteriza como maneira de eliminação das desigualdades fáticas,

tarefa imposta tanto ao Poder Público como aos intérpretes do Direito (VECCHIATTI, 2011).

Por fim, interessa dizer que, do princípio da igualdade, decorreu o direito a ser diferente sem ser por isso discriminado. Em vez de buscar uma “identidade humana comum”, são contempladas as diferenças existentes entre as pessoas, já que a identidade é uma ideia falsa (DIAS, 2011b).

A segunda metade do século XX viu nascerem mudanças drásticas no seio da família tradicional até então conhecida. O patrimônio e as relações econômicas deixaram de ser o núcleo da família, muito porque as mulheres lançaram mão de seus próprios desejos e passaram a não mais depender financeiramente de seus maridos, desempenhando atividades fora do lar e contribuindo com o sustento da casa (PEREIRA, 2011).

Essas mudanças, aliadas às contribuições da psicanálise no campo do direito, deslocaram o núcleo do direito civil do patrimônio para o afeto, dando a este a natureza de elemento fundante e estruturador da família (PEREIRA, 2011).

Maria Berenice Dias elucida que:

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. Quando as uniões estáveis foram reconhecidas como entidade familiar e merecedoras da tutela jurídica, tal significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ainda que a constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual. Apesar da referência ao sexo dos partícipes da união estável, quer a referência à família, quer a menção ao casamento não identificam a identidade sexual de seus integrantes (DIAS, 2011b, p. 93).

Assim, o princípio da afetividade é fundamento para a existência da pluralidade das famílias. Nesse sentido:

Diante de todas as transformações da família, especialmente a partir da segunda metade do século XX, ela só faz sentido para o direito como estruturação psíquica e função, veículo para promoção da dignidade humana e da felicidade de seus membros, a qual é possível a partir da presença explícita ou implícita do afeto, responsável pelo elo e manutenção das relações familiares. Sendo o direito de família, ou melhor, das famílias, uma tentativa de regulamentação e organização de relações de afeto e das consequências patrimoniais daí decorrentes, que são também da ordem da sexualidade, o princípio da afetividade passou a ser fundamental e essencial, refletindo em todos os seus campos e servindo como base para os outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e responsabilidade. (PEREIRA, 2011, p. 197).

O afeto em casa, no seio das famílias, deve expandir-se como uma onda pela comunidade e sociedade, consubstanciando em fraternidade e solidariedade para com o próximo. Em verdade, a fundação e manutenção do Estado Democrático de Direito impõe que os cidadãos se tratem de maneira fraternal e solidária, mandamento constitucional (art. 3º, inciso I, da CR/1988), sob pena de o Estado não conseguir promover o bem de todos porque os próprios indivíduos não fazem sua parte. Deve haver cooperação entre todos e um genuíno espírito de irmandade.

Um outro valor jurídico que também está no berço do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica. A ausência de regulamentação de um fato da vida traz implicações às pessoas diretamente relacionadas e a toda a sociedade, gerando insegurança jurídica e instabilidade nas relações daí decorrentes. Barroso leciona que:

A segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social. Ao contrário dos princípios anteriores, este não incide diretamente para reger a hipótese, mas sim como vetor interpretativo do quadro normativo existente. O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores

como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário – que tem por fim precípua assegurar o primado da Constituição e das leis – e categorias como a anterioridade, a continuidade e a irretroatividade das leis, assim como mecanismos de tutela das expectativas legítimas e da preservação de efeitos de atos que venham a ser invalidados. A exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um outro regime específico aplicável, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica. (BARROSO, 2007, p. 22-23).

Em arremate, de se ver que a felicidade é direito fundamental de todo e qualquer ser humano, sem nenhuma distinção, porquanto a existência do Estado só se justifica na medida em que direciona todas as suas forças como instituição para alcançar a felicidade do grupo e de cada indivíduo separadamente considerado. A felicidade é verdadeiro corolário da efetiva implementação de todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta da República de 1988, tendo sede no dever estatal de promover o bem de todos. E ninguém questiona que não há bem maior que ser feliz.

Portanto, a análise dos valores e princípios trazidos no interior da Constituição Federal de 1988 revela que uma simples exegese constitucional é mais que suficiente para demonstrar que não há razão de ser no tratamento diferenciado dado às relações homoafetivas ligadas pelo afeto, restando qualquer discriminação e qualquer negativa de direitos uma afronta aos preceitos da Lei Maior, o que caracteriza patente inconstitucionalidade.

4. O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e o reconhecimento da possibilidade de casamento entre homossexuais: uma breve análise dos precedentes históricos no Supremo Tribunal Federal – STF – e no Superior Tribunal de Justiça – STJ

Inicialmente, é preciso fazer justiça e dizer que muitos têm sido os avanços na esfera administrativa em regulamentar e editar regras in-

clusivas das uniões estáveis homoafetivas a uma série de direitos. A título de exemplo, pode-se citar a inclusão do companheiro homossexual no rol de dependentes por morte no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, como também o reconhecimento do companheiro homossexual como dependente em planos de saúde de servidores públicos do STF, do STJ e do Superior Tribunal Militar – STM.

Muito embora os valores e princípios de matiz constitucional já resguardem a tutela jurídica das relações homoafetivas, a omissão do Estado-legislador em regulamentar de forma clara e precisa as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade atroz que assola nosso ordenamento jurídico, trazendo insegurança e dificuldades de ordem prática no reconhecimento dos direitos decorrentes de uniões homoafetivas.

Maria Berenice Dias então esclarece:

Já que se está vivenciando a era dos direitos humanos, o silêncio legal não pode significar inexistência de direito. Diante da lacuna da lei, e em face da proibição de omitir-se o juiz de julgar, diferentes, conflitantes e contraditórias foram as soluções ditas pelos tribunais até maio de 2011, ainda que invocando os mesmos princípios constitucionais. As decisões polarizavam-se entre as que negavam serem as uniões homoafetivas merecedoras de consideração pelo direito até as que aplicavam as normas referentes à sociedade de fato à união estável e ao casamento. Havia decisões para todos os gostos. (DIAS, 2011b, p. 81).

Assim – diante da histórica omissão do Estado-legislador, nos dias 5 e 6 de maio de 2011, em sessão antológica, a Suprema Corte brasileira de Justiça (STF) julgou, conjuntamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, colmatando lacuna na legislação.

Vejamos os trechos mais relevantes do acórdão:

[...] UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. [...] Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir 'interpretação conforme a 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. [...] 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-REDUACIONISTA. [...] 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'. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. [...] 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 autoaplicabilidade 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 a Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça

o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011a).

Os Ministros do STF, desde o Relator das ações até o Presidente da Casa, proferiram votos longos e bem fundamentados, oportunidade em que discorreram acerca da lacuna na legislação e concluíram que o guardião da Constituição Federal, enquanto órgão supremo da Justiça brasileira a quem a Carta Cidadã atribuiu o dever de assegurar a aplicação efetiva e o resguardo dos direitos e garantias fundamentais ali pormenorizados, não pode coadunar com a omissão do braço legislativo do Estado e fechar os olhos a uma realidade fenomênica há muito existente em nossa sociedade para deixar de tutelar os direitos decorrentes de uma união estável homoafetiva.

O Ministro Ayres Britto, na qualidade de relator, emitiu o primeiro voto e o fundamentou nos valores e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Na ocasião, o relator conheceu da ADPF como ADI e julgou procedentes ambas as ações para dar ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição a fim de excluir dele qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sendo esta entendida como sinônimo perfeito de família. Ao final, o relator ressaltou que o reconhecimento da união estável homoafetiva deve ser feito de acordo com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

No mesmo passo, embora amarrando os argumentos de modo diferente, os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e César Peluso, nessa ordem, acompanharam o relator.

O reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar representou a sedimentação de uma série de direitos aos membros dessa modalidade de família. Entre esses direitos, destacam-se a competência das varas de família para julgar suas demandas, o desaparecimento da denominação de sociedade de fato para

designar as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo, a adoção, benefícios previdenciários, partilha de bens, direito de herança, financiamento conjunto, a condição de dependente em plano de saúde e para fins de imposto de renda.

De se ver, portanto, que o STF não se furtou ao seu papel constitucional e soube, com maestria ímpar, apreciar a questão e dar-lhe a melhor solução à luz dos preceitos constitucionais. A decisão foi digna de aplausos porque enfrentou um tema carregado de tanto preconceito e discriminação que há muito tempo demandava tutela jurídica, conseguindo decidir com base nos valores e princípios tão caros ao Estado Democrático de Direito. Os ministros mostraram que, dentro do Estado construído para proteger a dignidade da pessoa humana e acolher a diversidade, não há lugar para preconceitos e discriminações fundados em concepções particulares que não possuem amparo científico-racional, sejam religiosas (dogmas e crenças), políticas ou morais.

Em verdade, a Suprema Corte da Justiça brasileira deu grande lição de cidadania e conclamou o Congresso Nacional a legislar sobre os direitos da população de orientação homoafetiva (DIAS, 2011b).

Por fim, registre-se que a decisão histórica trouxe consigo eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Isso porque se tratou de julgamento de mérito em ADI (DIAS, 2011b).

Seguindo a mesma trilha, e atento ao novo tratamento jurídico dado às uniões estáveis homoafetivas, em 25 de outubro de 2011, o STJ proferiu precedente igualmente importante no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS. No julgamento do mencionado recurso, que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, a 4.^a Turma do STJ, por maioria de votos (4 a 1), reconheceu que é possível a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo diretamente no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, sem precisar requerer judicialmente a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

A seguir destacam-se alguns trechos do julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam ‘de costas’ para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. [...] 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’, recebendo todos eles a ‘especial proteção do Estado’. [...] Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição – explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF – impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. [...] 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os ‘arranjos’ familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação

sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. [...] 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo 'democraticamente' decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, tendo sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é 'democrático' formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. [...]. (BRASIL, 2012).

A 4ª Turma do STJ, por maioria de votos, entendeu que não pode fazer uma interpretação da legislação infraconstitucional em desconformidade com os valores e princípios previstos no Texto Magno, sob pena de entregar aos jurisdicionados um direito desatualizado e em desarmonia com a Lei Maior. Assim, partindo do pressuposto de que a Corte Suprema da Justiça brasileira já decidiu que é inconstitucional qualquer interpretação que se faça para afastar a proteção do Estado às uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar, uma vez que afrontaria os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, do pluralismo e livre planejamento familiar, e não havendo nenhuma vedação expressa na legislação infraconstitucional, não há porque não reconhecer a possibilidade de que os pares homoafetivos se habilitem para o casamento diretamente na serventia cartorária responsável.

O relator, seguido por mais três ministros, ajuizou que, sendo o matrimônio civil a melhor maneira de o Estado proteger os interesses e direitos das famílias, não há razão para afastar a possibilidade de casais homossexuais também optarem livremente por essa modalidade de entidade familiar.

Logo, é de se notar que, muito embora o julgado do STJ não tenha efeito contra todos, e efeito vinculante, como a decisão prolatada pelo STF – em virtude do princípio do livre convencimento dos magistrados –, ele inaugurou precedente na jurisprudência pátria que certamente é sinal de que um novo paradigma foi estabelecido no Direito das Famílias, não sendo mais viável o retrocesso.

5. Conclusão

O presente estudo pôde demonstrar satisfatoriamente que a força normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito tiveram importância essencial no reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo Poder Judiciário pátrio.

Inicialmente, releva destacar que qualquer compreensão do Direito deve começar seu caminho pela Constituição uma vez que é dela que emana e nasce todo o ordenamento jurídico, o qual precisa estar em consonância com seus valores e princípios, sob pena de inconstitucionalidade. Compreender os institutos criados pelo ordenamento jurídico para salvaguardar os direitos é tarefa que se faz a partir da Constituição, utilizando os seus valores e princípios como lentes e indicadores na busca do melhor direito.

Em uma leitura sistêmica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, percebe-se que ela trouxe a obrigação de se criar uma sociedade livre de preconceitos e discriminação e que promova o bem-estar de todos, encampando uma série de normas de inclusão.

O Texto Constitucional consagrou a família como “comunidade de afeto”, fazendo da afetividade o elemento central do novo paradigma, em vez de consanguinidade e de antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. Assim, a

constitucionalização do Direito deslocou a ênfase do instituto da família, agora compreendido pelo seu viés plural como entidades familiares, para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais.

Mais importante, ainda, é o entendimento que se deu, a partir de então, de que a família é o meio de promoção (ambiente privilegiado) para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição (BARROSO, 2007). E é esse ambiente adequado que abarca a busca pela felicidade das pessoas, razão maior da existência do Estado.

Noutro giro, a homossexualidade é um fato da vida, um fato lícito, e que merece, portanto, tutela jurídica, não podendo o Estado laico deixar de promover aos cidadãos que ostentam essa orientação as condições para o pleno desenvolvimento de suas personalidades e para a concreção da felicidade.

É cediço que não existem lacunas no Direito, mas tão somente na lei. No entanto, no caso em tela, o estudo dos valores e princípios constitucionais revelou que não existem lacunas na legislação no que concerne à proteção das relações homoafetivas.

A Constituição brasileira em vigor traz como viga mestra o princípio da dignidade da pessoa humana – do qual decorrem os demais valores e princípios como a promoção do bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou de quaisquer outras formas de discriminação –, a solidariedade, a igualdade, a liberdade, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, a punição legal para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Traz ainda a certificação de ser a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível – aplicável por analogia à homofobia –, o afeto como núcleo estruturador das famílias e sua pluralidade, dentre outros como a laicidade do Estado e a segurança jurídica. Dessa forma, à luz da Constituição, a Suprema Corte brasileira reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando-lhe tutela jurídica idêntica à união estável heteroafetiva.

Logo após, seguindo os mesmos parâmetros, o STJ julgou Recurso Especial conferindo às pessoas do mesmo sexo a possibilidade de se habilitarem para o casamento diretamente no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, sem a necessidade de ajuizamento de ações para tanto.

Por todo o exposto, é nítida a noção de que – ante a ausência de regulamentação das relações homoafetivas pelo Estado-legislador –, em afronta direta ao Texto Constitucional, coube ao Poder Judiciário, enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais enraizados na Constituição Federal de 1988, a missão de salvaguardar os direitos daqueles que desejam unir-se em razão do afeto para formar uma família que será o abrigo para o desenvolvimento de suas personalidades e para a busca da felicidade. As decisões judiciais representam a iluminação trazida pela Magna Carta a um dos ramos do Direito de suma importância para uma minoria que há tanto tempo vinha sendo aviltada em seus direitos fundamentais.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 5, 2007. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/uniao/artigo_prof_luis_roberto_barroso_diferentes_mas_iguais.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012.

_____. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *MPMG Jurídico*: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano III, Edição Especial, p. 65-68, jan./mar. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Brasília, DF, 25 de outubro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=casamento+homoafetivo&b=ACOR>. Acesso em: 7 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, Brasília, DF, 5 e 6 de maio de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, p. 292-314, jan./jun. 2008.

_____. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

HORSTH, Lidianne Duarte. Uniões homoafetivas: uma nova modalidade de família? *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 220-242, jul./dez. 2007.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOREA, Roberto Arriada. Intolerância religiosa e casamento gay. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva Civil-Constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade*: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. União Homoafetiva: novo modelo de entidade familiar. *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 10, n. 17, p. 236-255, jul./dez. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAGAZZI, Jorge Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da modernidade. In: FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Porto Alegre, 2001.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Artigo recebido em: 06/05/2012.

Artigo aprovado em: 24/10/2012.

DOI: 10.5935/1809.848720140009