



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ANÁLISE DE ATOS NORMATIVOS

PARECER Nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU

PROCESSO nº 00407.006409/2009-11

INTERESSADO: Consultoria-Geral da União.

ASSUNTO: União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Interpretação de dispositivos legais e constitucionais referente à matéria.

União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal como regra de inclusão e não de exclusão. Manifestações anteriores do Presidente da República e da AGU. Aplicação do postulado da coerência na Administração Pública. Incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, Igualdade, da liberdade, da não discriminação, da segurança jurídica e do pluralismo. Possibilidade de interpretação conforme dos diversos dispositivos legais que se referem a união estável. Lacuna aberta. Necessidade de complemento. Fundamentação teórica lastreada na hermenêutica constitucional e na hermenêutica jurídica clássica. O papel dos fatos para compreensão nas normas jurídicas. Precedentes judiciais. Posicionamento da doutrina majoritária. Interpretação no âmbito da Administração Pública Federal dos seguintes dispositivos legais: inciso I, do art. 16 e o seu § 3º; § 1º do art. 76 da Lei nº 8.213/91 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social), alínea "c" do inciso I do art. 217; e o § único do art. 241 "a" da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Regime Jurídico dos Servidores Civis); art. 67, § 1º, "e" "e"; art. 69-A; § 3º do art. 69-A; §1º do art. 70; inciso III do art. 82; § 4º do art. 137 da Lei 6.880, de nove de dezembro de

1980 (Dispõe sobre o Estatuto dos Militares) no que tange a possibilidade de se entender como união estável a união de pessoas do mesmo sexo.

Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União,

1. RELATÓRIO

1.1. Cuida-se de análise quanto à possibilidade jurídica de fixação de entendimento vinculante para a Administração Pública Federal, nos termos do § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, suscitada pelo Consultor-Geral da União, em face do qual ficariam os órgãos e entidades da Administração Pública Federal obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

1.2. A questão jurídica sub examine cinge-se ao debate concernente a saber se seria poderia entender como entidade familiar símile à prevista no § 3º do art. 226 da Carta Política, a união entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os mesmos requisitos para as uniões estáveis hoje tuteladas pelo ordenamento jurídico. Assim, a controvérsia circunscreve-se à possibilidade de se conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos constantes em diversos diplomas legais que simultaneamente tratam da união estável e tratam de diversas atividades da Administração Pública Federal, a exemplo, das seguintes leis: Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980; Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que fazem referencia a união estável como entidades familiares constantes do seu programa normativo.

1.3. Com efeito, no Despacho do Consultor-Geral da União nº 2.073/2009, além do sintético relato dos posicionamentos pretéritos desta Advocacia acerca da temática em questão, o Consultor-Geral da União, divergindo da proposta formulada na Nota Técnica nº 100/2008/AGU/CGU/DENOR (fls. 50/129), apontou para a possibilidade de que se reconhecessem os efeitos jurídicos das uniões entre pessoas do mesmo sexo, igualando-as as uniões estáveis constantes do diversos diplomas que regem a Administração Pública Federal, principalmente quanto ao sistema de previdenciário pública, com fito de aprovação, nos termos do artigo 41 c/c com artigo 40 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993¹, e daí a possibilidade de se estender o referido entendimento para todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

¹ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República

1.4. Em breve relato histórico, sintetizam-se os posicionamentos anteriormente apresentados acerca do tema em comento.

1.5. Consoante Memorando nº 044/ADJ-COM/PGF/AGU, a Adjunta de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal propõe ao Procurador-Geral Federal o cotejo do posicionamento adotado pelo Presidente da República, veiculado na manifestação produzida pela Consultoria-Geral da União nº. AGU/RM 01/2009, prestadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF com o manejo de recursos pela autarquia previdenciária no sentido da cassação da decisão de primeira instância proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0²:

a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91);

b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso;

c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei nº 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99).

1.6. Por sua vez, o Procurador-Geral Federal, às fls. 04/05, se reportou as conseqüências produzidas pelo desfecho do Recurso Especial nº 413.198, julgado extinto sem resolução de mérito, na forma do inciso VI do artigo 267 do CPC, face ao entendimento de que careceria de legitimidade ad causam o Ministério Público Federal para propor ação civil pública concernente à concessão de benefício previdenciário³. Destacando, assim, que o provimento do mencionado recurso especial ensejaria a cassação dos benefícios previdenciários preteritamente concedidos, bem como dos assemelhados à hipótese fática em tela⁴. Neste

² A mencionada demanda, após o manejo dos recursos pertinentes, foi autuada no Superior Tribunal de Justiça como.

³ Decisão do Ministro Og Fernandes no pedido de reconsideração no REsp nº 413.198/RS:“(…) O Superior Tribunal de Justiça formou a compreensão segundo a qual falece legitimidade ad causam ao Ministério Público Federal para propor ação civil pública, que tenha por objetivo a concessão de benefício previdenciário, na medida em que o direito postulado em ações dessa natureza não se subsume ao conceito de direito indisponível. Isso porque a

pretensão deduzida na exordial refere-se, na verdade, a direito passível de renúncia pelo respectivo titular. Por outro lado, não cuida a espécie de relação de consumo ou abrangida pelo estatuto da Criança e do Adolescente a ensejar a intervenção ministerial, nos moldes como a verificada nos autos. Em face do exposto, RECONSIDERO a decisão de fls. 270/279 e, ante a falta de legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal para propor a presente ação civil pública, EXTINGO o processo sem resolução de mérito, na forma das disposições contidas no art. 267, inc. VI, do CPC. Publique-se. Intimem-se. DJ: 18/08/2009”

⁴ Tendo em conta que o supedâneo jurídico da IN nº 25, de 07 de junho de 2000 era justamente a ação civil pública nº 2000.71.00.009347-0, extinta, como visto acima, por força da decisão veiculada no AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 413.198 - RS (2002/0013749-5)RE 413.198/RS supra mencionado.

contexto, propõe o encaminhamento à Consultoria-Geral da União quanto ao exame da edição de parecer normativo que, sem alteração legislativa, estendesse a exegese adotada nas Informações Presidenciais na Adin nº 4277/DF, na manifestação da Advocacia-Geral da União na ADPF nº 132, prestadas ao Supremo Tribunal Federal veiculadas pelo Parecer AGU/RM 01/2009 ao disposto no § 3º do artigo 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991;

1.7. O tema já foi objeto de várias manifestações no âmbito da Consultoria-Geral da União. Primeiramente, com a Nota Técnica nº 100/2008/AGU/CGU/DENOR, de 18 de julho de 2008, da lavra do Dr. Getúlio Velasco Moreira Filho, apreciando a inexistência de ato normativo que regulasse o reconhecimento de união homoafetiva em relação ao regime próprio de previdência dos servidores públicos federais (Dossiê 00448.000359/2008-93), ainda que inadmitisse o tratamento distinto dado às uniões homoafetivas, alertou para a eventual responsabilização do administrador pelo Tribunal de Contas da União, concluindo que:

“A Administração Pública Federal deve aquiescer com a concessão dos benefícios previdenciários aos companheiros (as) dos servidores (as) públicos (as) federais civis e militares nas relações homoafetivas. A providência pode ser tomada através da escolha de uma (01) de duas (02)) soluções abaixo expendidas:

1. Realizar uma Consulta no âmbito do Tribunal de Contas da União. Indagando sobre a possibilidade de concessão dos benefícios previdenciários aos companheiros (as) dos servidores (as) públicos (as) federais civis e militares no caso de casais homoafetivos. Caso a resposta seja positiva, que se submeta o parecer da Consultoria-Geral da União, ao presidente da República, e sendo aprovado, publicado juntamente com o despacho presidencial, transfigure num parecer normativo, vinculando a Administração Pública Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento, nos termos do § 1º do art. 40 c/c art. 41 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

2. Que o presidente da República edite uma medida provisória, alterando tanto a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), como a Lei n.º 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Dispõe sobre o Estatuto dos Militares), concedendo os benefícios 46 previdenciários aos companheiros (as) dos servidores (as) públicos (as) federais nos relacionamentos homoafetivos, sem olvidar de propor um projeto de lei revogando o art. 235 do Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar.

1.8. Às fls. 07/58 foi adunada a NOTA TÉCNICA AGU/CGU/DENOR Nº 165/2009 que, em síntese apertada, colaciona o histórico do encaminhamento dos autos, assevera os

comentários constantes da Nota Técnica nº 100/2008/AGU/CGU/DENOR (fls. 63/129), como também ressalta a construção argumentativa constante das Informações presidenciais constantes no Parecer AGU/RM 01/2009 (fls. 133/171) apresentada na ADI nº 4277. Na sequência, destaca a Dra. Sônia Regina Maul Moreira Alves Mury que: “Não há dúvida, portanto, acerca do entendimento da Advocacia-Geral da União e do próprio Excelentíssimo Senhor Presidente da República no que diz respeito à interpretação constitucional sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo, pelos fundamentos expostos nas peças juntadas em anexo a esta Nota”.

1.9. Porém, especificamente quanto à edição de parecer normativo decorrente da posição adotada pela Advocacia-Geral da União na esfera judicial, pontua a parecerista que: “Diante do exposto, parece-nos, salvo melhor juízo, não ser cabível o parecer normativo sugerido, até mesmo porque seu efeito vinculante restringe-se ao Poder Executivo Federal, não extensivo a outras questões previdenciárias, dentre as quais a analisada por este órgão (caso dos servidores públicos dos diversos entes da federação), que devem ter conferido o mesmo tratamento, uma vez que ele decorre da interpretação adequada da Carta Política”.

1.10 No mesmo sentido, o posicionamento veiculado na Nota Técnica AGU/CGU/DENOR nº 185/2009, de 25/09/2009, que abordou a questão da decisão judicial proferida no Resp. 413.198/RS, cassando a decisão judicial produzida na Ação Civil Pública, por ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para postular direito previdenciário, por entender que se trata de direito disponível, atraindo o óbice da ilegitimidade, que dava supedâneo a Instrução Normativa do INSS nº 25, concluiu no seguinte sentido:

“Não é demasiado lembrar que a manifestação da Advocacia-Geral da União na ADI 4277 aduz que a matéria ainda não foi objeto de significativo número de decisões judiciais, embora as existentes sejam de grande expressão, por seu conteúdo, o que inviabilizaria a edição de súmula e não recomendaria também a de parecer normativo.

Além disso, observa-se da jurisprudência acima citada que muitas vezes essa se vale da analogia para reconhecer o direito pleiteado, por entender ausente previsão legal para a concessão de benefício.

Nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Não bastasse isso, a interpretação que se pretende ver fixada administrativamente em face da adequada leitura constitucional conduz à necessidade de atuação muito mais ampla da Administração que, inclusive, estaria obstada de abranger todas as situações que deveriam ter o mesmo tratamento, em virtude de serem aplicáveis a diversos Poderes e entes da federação distintos. Senão vejamos da própria inicial da ADI 4277:

(..)

Diante do exposto, tendo em vista que ainda pende de aprovação a Nota Técnica nº 100, de 2008, cremos que o tema deva ser tratado em conjunto. A elaboração de parecer normativo, se assim opinar a autoridade superior, deverá se prestar para ambos os casos – previdência do servidor público federal e do Regime Geral de Previdência, porque fundados na mesma tese.”

1.11. Assim vêem os autos a este Departamento de Normas e análise de Atos Normativos, para: i) Posicionar-se quanto à possibilidade de edição de Parecer normativo vinculante, com espeque no quadro normativo insculpido na Lei Complementar nº 73/93; II) Estabelecer a extensão e o conteúdo normativo dos diversos dispositivos legais aplicáveis no seio da Administração Pública Federal no tocante a união estável, especialmente quanto aos efeitos estatutários e previdenciários, analisando, por conseguinte, a possibilidade de se entender como união estável à união de pessoas do mesmo sexo, se preenchidos os requisitos legais para tanto.

1.12. Eis o relatório, passa-se às considerações.

2. DA OPORTUNIDADE DO PARECER NORMATIVO: A NECESSIDADE DE COERÊNCIA DE ENTENDIMENTO ENTRE OS DIVERSOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

2.1. Por oportuno, cabe destacar que esta Advocacia-Geral da União já se manifestou sobre o tema em diversas oportunidades. A saber. Quando das informações presidenciais prestadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República. Na ocasião, a manifestação foi no sentido que há espaço interpretativo para se possa conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil Brasileiro⁵, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, declarando inconstitucional a interpretação que leve ao entendimento de que está vedada pelo ordenamento jurídico a extensão de direitos a união estável para as pessoas do mesmo sexo⁶. Por conseguinte, pugnou-se, pela procedência da referida ação.

2.2. Isto porque, tendo presente que a ordem jurídico-constitucional não autoriza que possa existir discriminação em razão da orientação sexual da pessoa, não restaria alternativa interpretativa senão a que entenda como inclusa dentro deste dispositivo também as chamadas uniões homoafetivas, posto que, interpretação contrária afrontaria irremediavelmente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito de liberdade, no conteúdo que diz respeito ao direito a orientação sexual e o direito a igual

⁵ “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”.

⁶ O debate jurídico estampado nesta Adin busca a interpretação conforme do dispositivo inquinado de inconstitucionalidade e assim, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação que esteja no sentido de excluir do âmbito da norma atacada, o art. 1.723 do Código Civil, a união de pessoas do mesmo sexo, no que poderá o STF se utilizar da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para excluir a interpretação que leve ao entendimento que há uma vedação constitucional a que se considere como união estável ou entidade familiar análoga a esta, a união de pessoas do mesmo sexo.

tratamento na e em face da lei, dentre outros princípios não menos nobres.

2.3. Destarte, de suma importância para desenlace desta primeira questão, - a possibilidade unificação de entendimento por via interpretativa dada em parecer vinculando - são estas manifestações produzidas quanto ao tema no âmbito desta Advocacia-Geral da União. Por conseguinte, em face do tema já ter sido agitado no STF em outras ocasiões, a Advocacia-Geral da União⁷, em todas as manifestações endereçadas ao Pretório Excelso, é importante que se diga, se pronunciou a favor do entendimento que permite, sob o atual quadro jurídico-constitucional a proteção legal, com os efeitos daí decorrentes, da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

2.4. Foi assim, por exemplo, na manifestação lançada na forma do § 2º do art. 5º da Lei nº 9.882/99, da lavra do Advogado da União Rodrigo de Sousa Aguiar, aprovada pelo então Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli⁸, na ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que pede que se conferida interpretação conforme dos dispositivos legais constantes do Estatuto dos Servidores Público Civis do Estado do Rio de Janeiro, para que se reconheça o direito de licença, previdência e assistência (incisos II e V dos art. 19 e 33 do Decreto-Lei nº 220/75 aos casais homossexuais), concluindo a manifestação da AGU sobre a possibilidade de conferir interpretação conforme aos dispositivos guerreados, aliando-se ao pedido de inconstitucionalidade de determinada interpretação deste dispositivo⁹.

2.5. Ademais, também se faz importante trazer à colação que esta manifestação se deu na esteira do novel entendimento encampando pela Corte Suprema quanto ao papel desempenhado pelo Advogado-Geral da União nas ações de controle abstrato de constitucionalidade¹⁰. Isto porque, a despeito da literalidade do dispositivo e de parte da doutrina sobre o tema, que defendem a tese de que não seria possível, tendo em vista a expressão literal da norma albergada no § 3º do art. 103 da CF, que o Advogado-Geral da União se afastasse da estrita defesa da constitucionalidade de qualquer dispositivo inquinado de inconstitucionalidade. Com efeito, desde já se mostra evidente que de que a interpretação,

⁷ Cf. manifestações do AGU na ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Ayres Brito e na ADIn 3.300, Rel. Min. Celso de Mello.

⁸ Alias, em recente decisão no RE 465688 / RN - Julg. 02/02/2010 o Min. Dias Toffoli asseverou que "(...) Não se ignora a relevância da matéria de fundo em discussão nestes autos (a pretendida atribuição do caráter de entidade familiar a uniões homoafetivas), mas, no caso presente, de todo ocioso mostra-se sua análise, porque ventilada em processo já definitivamente encerrado. A propósito, convém ressaltar que há em andamento nesta Suprema Corte, duas ADPF's com esse mesmo objeto (nº 132 e 178), sendo certo que por ocasião de seus julgamentos, esse importante tema será devidamente analisado pelo Supremo Tribunal Federal.(...)"

⁹ Cf. a conclusão: "Pelo exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pelo conhecimento parcial da presente arguição de preceito fundamental, nos termos da fundamentação mencionada, bem como para que, na parte em que conhecida, seja o pedido julgado procedente para que, sem pronúncia de nulidade e com interpretação conforme a Constituição, o art. 19, 11 e V, do Decreto-Lei nº 220/75, editado pelo Estado do Rio de Janeiro, contemple, nos conceitos de cônjuge e de família, os companheiros de uniões homoafetivas, bem como seja declarada a nulidade das decisões judiciais, no âmbito daquela unidade da Federação, que se orientam em sentido contrário, por flagrante violação de preceitos fundamentais."

¹⁰ § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

mormente a constitucional, não deve parar na literalidade do dispositivo, sob pena de desconsiderar e lançar por terra a própria idéia de ordenamento jurídico¹¹⁻¹².

2.6. E este fato é relevante para o desenlace da questão jurídica aqui debatida, posto que, em última análise, o que se discute, como se verá, é a possibilidade ou não de superar semelhante literalidade. Assim, até aqui parece que o óbice representado pela literalidade está sendo contornado, pelo menos no tocante a possibilidade do Advogado-Geral da União se manifestar pela inconstitucionalidade da norma impugnada, e não somente pela constitucionalidade, como faria supor se se desse total acatamento a interpretação literal do dispositivo constitucional, na esteira do entendimento da doutrina e jurisprudencial, principalmente quando houver posicionamento do STF sobre o tema, embora esta questão, ainda esteja ferida de controvérsias.

2.7. Avançando sobre a controvérsia, mesmo que não exista ainda um posicionamento definitivo em sede de controle abstrato no STF, tem-se notícias de diversas manifestações no Tribunal que conduzem ao entendimento de que possa considerar união estável o relacionamento travado entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da manifestação do Min. Marco Aurélio na Petição nº 1.984/RS, de 28.10.2003, objetivando a suspensão da decisão liminar na ACP nº 2000.71.00.009347-0¹³, onde se discutia justamente a extensão de

¹¹ ADIn 1616-4/PE e 2101-1/MS, ambas da relatoria do Maurício Correa e ADIn 2681/RJ, Rel. Min. Celso de Mello

¹² Na doutrina, por todos, Gilmar Ferreira Mendes: “Assinale-se, ainda, quanto à manifestação do Advogado-Geral da União, que, diferentemente do que decorre da literalidade do art. 103,§3º - citação para a defesa do ato impugnado -, não está ele obrigado a fazer defesa do ato questionado, especialmente se o Supremo Tribunal Federal já tiver manifestado em caso semelhante pela inconstitucionalidade.”. In MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 1176.

¹³ TRF 4ª Região. APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.71.00.009347-0/RS Rel. Des. Federal JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Possui legitimidade ativa o Ministério Público Federal em se tratando de ação civil pública que objetiva a proteção de interesses difusos e a defesa de direitos individuais homogêneos. 2. Às ações coletivas não se nega a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 3. A regra do art. 16 da Lei nº 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que os limites da competência territorial do órgão prolator, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas sim, aqueles previstos no art. 93 do CDC. 4. Tratando-se de dano de âmbito nacional, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. 5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de

benefícios previdenciários a companheiros homoafetivos. Nesta decisão, o Min. Marco Aurélio aponta no sentido de conferir uma interpretação conforme aos dispositivos da Lei de Benefícios e do Regulamento da Previdência Social¹⁴. Some-se a isso, uma outra decisão monocrática, esta exarada na ADIn nº 3.300¹⁵, da relatoria do Min. Celso de Mello, onde o

entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.

¹⁴ DECISÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA. (...) Na prática de todo e qualquer ato judicante, em relação ao qual é exigida fundamentação, considera-se certo quadro e a regência que lhe é própria, sob pena de grassar o subjetivismo, de predominar não o arcabouço normativo que norteia a atuação, mas a simples repercussão do que decidido. Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201. (...) 3. Indefiro a suspensão pretendida. 4. Publique-se. Brasília, 10 de fevereiro de 2003. Ministro MARCO AURÉLIO Presidente (grifamos).

¹⁵ Por sua extrema relevância para a questão debatida, colacionamos a decisão: Homoafetividade - União entre pessoas do mesmo sexo - Qualificação como entidade familiar ADI 3300 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF. DECISÃO: (...). Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídica-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora

MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque: "A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)." (grifei) Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: "Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) "(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão." (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" - considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator * decisão pendente de publicação

Ministro, não obstante extinguir o processo em função de óbice “estritamente formal”, em razão do objeto da ADIN atacar norma derogada, fez diversas observações importantes sobre a questão, considerando-a de “extrema relevância”. Assim, mesmo com o valor de obiter dictum, sinaliza um sentido interpretativo a ser conferido ao § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

“Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso”

2.8. Doutro giro, se faz importante colacionar logo de plano, a decisão monocrática do Min. Eros Grau no RE nº 406837 / SP – Julg. Em 23/02/2005, onde o Ministro negou seguimento ao recurso extraordinário por falta do requisito do prequestionamento, contudo, sinalizou no sentido de que há óbice constitucional ao entendimento de que se poderia entender como união estável a união entre duas pessoas do mesmo sexo¹⁶.

2.9. Não obstante isso, em face das decisões judiciais anteriormente citadas, no STF, no TSE e STJ, e as manifestação da AGU lançadas no processo de controle concentrado em que se discute o tema e, também, as informações presidenciais, elaboradas pelo subscritor desta peça, todas no sentido de que se revela plenamente adequado o entendimento de que a Constituição não proíbe que se estendam as pessoas homossexuais, os mesmos direitos existentes as pessoas com orientação sexual heterossexual.

2.10. Destarte, por coerência, parece que as mesmas razões merecem prosperar no âmbito da Administração Pública Federal, em homenagem aos princípios constitucionais da eficiência, insculpido no art. 37, caput da Constituição e da segurança jurídica, presente no caput art. 5º. Ademais, não faria sentido postular uma interpretação jurídica de comandos normativos disciplinadores da ordem jurídica privada e não fazê-lo no âmbito da Administração Pública. Cumpre-nos fazer, primeiro, o dever de casa. Daí revelar-se, a todas as luzes, a pertinência e oportunidade de se chegar a uma conclusão uniforme no seio da Administração Pública Federal.

2.11. Com efeito, se assim entender, para que se possa conferir efeitos vinculantes à Administração Pública desta orientação, vinculando os órgão e entidades da Administração

¹⁶ Cf. enxerto do julgado “(...) Insubsistente, também, a pretensão de ver aplicada à hipótese destes autos --- pagamento de pensão estatutária em virtude de união homossexual --- o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição do Brasil. Este preceito, embora represente avanço na esfera do direito social, somente reconhece como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher, desde que entre esses não se verifique nenhum impedimento legal à conversão dessa união em casamento. Nesse sentido é a decisão proferida pelo Pleno desta Corte no julgamento do Mandado de Segurança n. 21.449, Relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ 17.11.95, cujo acórdão encontra-se assim ementado: “EMENTA: - Legalidade da decisão do Tribunal de Contas da União, que excluiu, do benefício de pensão, a companheira do servidor público falecido no estado de casado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 5º da Lei nº 4.069-62.(..)”

Pública Federal, pela voz do Presidente na República, principalmente, tendo em conta a coerência com encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal das informações presidenciais prestadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, defendendo posicionamento diverso dos órgãos do contencioso desta Advocacia-Geral.

2.12. Nesta esteira, note-se, então, o descompasso entre as posições defendidas nas ações do controle concentrado da constitucionalidade, ADPF nº 132, Adin nº 3.300 e ADIn nº 4277, e às posições levadas a efeito nos referidos órgãos de contencioso, especialmente os órgãos do contencioso previdenciário. Este descompasso, a evidência, não se compadece com as exigências de coerência e eficiência da Administração Pública, mormente quando há posicionamentos de diversos Ministros do próprio Pretório Excelso no sentido de admitir a tese sufragada pela Advocacia-Geral da União nas diversas ações do controle concentrado da constitucionalidade em que a temática é agitada.

2.13. Some-se a esta argumentação, o fato do Tribunal Superior Eleitoral, pela pena do Min. Gilmar Mendes, no Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, em acórdão publicado em 1.10.2004, ter se pronunciado pela adequação constitucional da tese de que, pelo menos para os efeitos restritivos da lei eleitoral, haveria sim entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo¹⁷. Também diversas decisões no Superior Tribunal de Justiça, não obstante outras em sentido de não reconhecer como união estável a união de pessoas do mesmo sexo - decisões nos dois sentidos estão elencadas no parágrafo 27.2, desta manifestação, em especial, a recente vazada no Recurso especial nº 1026981/ RJ, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, jul. 04/02/2010, publicada no DJe 23/02/2010, acórdão da 3ª Turma do Tribunal que endossou a tese de que o ordenamento jurídico, por aplicação direta dos princípios interpretativos e de colmatação de lacunas jurídicas, protege a união estável entre pessoas do mesmo sexo¹⁸,

¹⁷ TSE. REE nº 24.564/PA . EMENTA DO JULGADO : REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

¹⁸ Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo

muito embora a questão ainda não esteja pacificada e se encontrem no Tribunal decisões em sentido diverso.

2.14. Por conseguinte, o problema é que, uma vez fixada esta tese, ela tem efeitos em outros campos do ordenamento jurídico. Destarte, não se poderia operar validamente no sistema uma contradição que poderia daí surgir, consagrando uma antinomia que, cabe destacar, sempre deve o interprete procurar evitar, regra comezinha de hermenêutica jurídica.

2.15 Assim, o reconhecimento pelo Tribunal Superior Eleitoral e por diversos julgados do STJ e ainda, conteúdos de decisões emanadas do STF, ainda que decisões monocráticas, dando por jurídico a existência de união estável entre pessoas que estabelecem relacionamentos homoafetivos para os efeitos, tanto eleitorais, previdenciários, e benefício

sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. - “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”. - O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. - Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”. - Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal. - Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido.

de previdência privada, e a só possibilidade de não fazê-los para inúmeros outros casos com igual identidade, o mesmo suporte fático, qual seja, a união entre pessoas do mesmo sexo, a unificação de entendimento teria, em última análise, diversos efeitos, sendo que a adoção da excepcionalidade do Parecer normativo poderia contribuir para amenizar em grau significativo a diferença entre aqueles que conseguem por via judicial a equiparação com a união estável regulada expressamente no Código Civil brasileiro e aqueles que não conseguem fazer valer este direito, seja por via administrativa ou judicial, sendo que estas diferenças de entendimento, e por via de consequência, de tratamento justificaria a adoção deste instrumento unificador de entendimento no âmbito da Administração Pública Federal.

2.16. Tendo presente essa diferenciação, tanto das pessoas em razão de orientação sexual, tanto quanto dentro do mesmo grupo de pessoas com orientação sexual homoafetiva, ocasionando uma diferença de tratamento dependendo das circunstâncias, onde alguns conseguem a equiparação e outros não, temos que este quadro fático viola até não mais poder inúmeros princípios constitucionais, mormente o da isonomia e por assim, do igual tratamento jurídico dos que se encontram sobre o mesmo quadro fático.

2.17. Não bastasse isso, acresça-se que já existem inúmeras normas administrativas que disciplinam a questão ventilada nestes autos, de forma direta ou indireta. Com efeito, todas estas normas estão no sentido de conferir tratamento igualitário tanto a união estável entre pessoas de sexos diferentes e pessoas do mesmo sexo, e por assim, homenageiam o princípio da igualdade ou mesmo avançam no sentido de não mais considerarem a orientação sexual diferente de uma pessoa como doença ou problema psicológico sujeito à cura. Dentre estas normas, podem ser citadas: a resolução nº 1/99, do Conselho Federal de Psicologia, de 23.03.1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual, o seguro DPVAT, por intermédio da Circular nº 257/2004, da Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda, de 21.06.2004, que garante o recebimento do seguro por parceiros do mesmo sexo, o reconhecimento do nome social por escolas públicas, a Instrução Normativa do INSS nº 25/2000, que “ Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.”, a Resolução 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina de 06/11/2002, “ que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo”, a Resolução 39/2007, do Conselho Nacional de Justiça, de 14.08.2007, a Resolução Normativa nº 77/2008, do Conselho Nacional de Imigração, de 29.01.2008 e a Portaria nº 1.707/2008, do Ministério da Saúde, de 18.08.200¹⁹.

2.18. Se a existência destes atos infralegais se revela importante para o debate aqui travado, soma-se a estas normas, o novel conceito de entidade familiar trazida pela Lei Maria da Penha, constante no inciso II do art. 5º c/c o § único da Lei nº 11.340/2006²⁰, onde a Lei foi

¹⁹ Não obstante o entendimento contrário esposado na Nota Técnica nº 62/2009/COGES/DENOP/SRH/MP, de 1º de dezembro de 2009 no sentido da impossibilidade de concessão de pensão companheiro (a) do mesmo sexo.

²⁰ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:II -

expressa no sentido de que a proteção conferida por ela “ independe da orientação sexual”. Assim, com muito mais razão, por se tratar de dispositivo vindo ao mundo por força de lei formal, nos parece que a questão segue um caminho de se entender - seja por força dos fatos sociais, seja por força das normas jurídicas expressamente dirigida a regular a matéria, seja no âmbito desta manifestação, por força da interpretação jurídica - que não se possa fazer distinção entre pessoas por conta de sua orientação sexual²¹.

2.19 Assim, em face da existência de todo este conjunto normativo infra-legal, denotando o entendimento de inúmeros órgãos da Administração Pública no sentido de se conferir igual tratamento as uniões de pessoas do mesmo sexo, ou mesmo, alterando entendimento anteriores que se verificaram discriminatórios, e a positivação de um novel conceito de entidade familiar advindo da Lei nº 11.340/2006, é que se aponta para uma solução da unificação de entendimento na Administração Pública Federal.

2.20. Tendo em vista estes fatos, no ponto relacionado ao questionamento quanto a conferir efeitos vinculantes a tese que viesse a prevalecer quanto ao tema em debate, conclui-se pela oportunidade e pertinência de conferir efeitos vinculantes a toda Administração Pública Federal pela trilha oferecida pelo § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o que, por outro lado, afasta de plano os precedentes entendimentos sugeridos nas Notas Técnicas DENOR/CGU/AGU nº 100/2008 e DENOR/CGU/AGU nº 165 de 2009.

3. O MÉRITO DO DEBATE. O PONTO DE PARTIDA: A CONSTITUIÇÃO E O SISTEMA DE PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

3.1. Preliminarmente é interessante destacar que a questão estaria equacionada se

no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

²¹ A lei Maria da Penha é objeto de Ação Direta de Constitucionalidade, visando à confirmação da presunção de constitucionalidade dos art. 1º, 33 e 41 da referida Lei, proposta pelo Presidente da República, ADC nº 19, da rel. do Min. Marco Aurélio, que indeferiu a liminar para suspensão de dispositivos em 21.12.2007. O conteúdo dos dispositivos assim vazados: Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput. Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

no nosso ordenamento jurídico tivesse primazia somente a lei formal. Uma vez que, não existindo regra jurídica positivada para regular determinado fato da vida, não se poderia agitar questionamento até que a regra faltante viesse ao mundo jurídico - abstraindo-se, é claro, para os efeitos do raciocínio, as formas de colmatação de lacunas previstas na no próprio direito positivo²² - Contudo, em razão da supremacia constitucional, hoje indiscutível, e assim, a irradiação das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, vinculando os Poderes da República, impõe que se interprete, se compreenda e assim se concretize as normas do ordenamento jurídico a partir de princípios jurídicos da mais alta envergadura, o que equivale a dizer, no particular aspecto aqui analisado, que se faça uma leitura constitucional - que se dê uma interpretação conforme - das referidas normas que disciplinam a união estável no âmbito da Administração Pública Federal.

3.2. Assim, tem especial relevância para o deslinde da questão, a noção de constituição, seus princípios e, como consequência disso, o papel de verdadeira supremacia que exerce no sistema as normas de direito fundamental, posto que, a partir de uma melhor aproximação da compreensão do conceito e da teoria constitucional, e no particular, dos direitos fundamentais, pode-se compreender que não está a Lei Fundamental apta à tão somente a dirigir e fazer o desenho das estruturas e competências dos órgãos políticos constitucionais, mais que isso, a Constituição consagra valores vertidos em direitos fundamentais que devem sempre ser respeitados, posto que, não o fazendo, haveria uma verdadeira violação de direitos consagrados constitucionalmente, direitos que estão fora do jogo político por serem de observância obrigatória para os poderes e serem estes direitos a razão de ser mesmo do próprio princípio democrático, que encontra limites para sua própria permanência posto que sua legitimação não se dá apenas e tão somente pelo princípio da maioria, mas, também pelo respeito a determinados limites postos pelo poder constituinte originário. Daí revelar-se, em primeira mão, o problema da pré-compreensão sobre o que é a constituição, qual seu papel e as diversas classificações de suas normas²³.

3.3. Neste particular aspecto da análise empreendida, no tocante a classificação das constituições, sintéticas e analíticas, sendo estas últimas, pela voz da doutrina : “volumosas, detalhistas, inchadas, dificultariam os esforços de revisão” pode-se dizer, por outro lado, que a tarefa de atualização das normas constitucionais não só se dá por via da reforma do texto constitucional Esta atualização necessária se dá também por via da interpretação constitucional. E estão aí às mutações constitucionais operadas pela Suprema Corte a nos

²² Cf. a Lei de Introdução ao Código Civil, Lei nº Dec-Lei nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²³ Segundo Inocêncio Mártires Coelho: “Aplicando-se, também a essa temática, o instrumental antes referido, sobretudo a idéia de pré-compreensão, poderemos afirmar que qualquer noção, por mais elementar que seja, sobre o conceito e objeto da Constituição estará condicionada, até certo ponto, pelo que desde logo - a partir de uma posição, de uma visão e de uma concepção prévias - nós acharmos o que é ou deve ser, e o que, contém ou deve conter uma Constituição. Como, por outro lado, toda pré-compreensão possui algo de irracional porque, entre outros fatores que a determinam, ela se funda em pré-juízos, pré-suposições ou pré-conceitos - idéias-crenças ou evidências não refletidas, no sentido em que Ortega y Gasset as distinguia das idéias propriamente ditas, porque só estas resultam da nossa atividade intelectual -, em razão disso tornam-se necessário racionalizar, de alguma forma, a pré-compreensão, o que se obterá pela reflexão crítica levada a cabo pela teoria da Constituição.”

dizer isso, tendo em vistas as mudanças com relação aos valores sociais encampados como definidores de uma dada interpretação e o relevante papel dos fatos na compreensão das mesmas normas²⁴.

3.4. Assim, se é possível, e mais ainda, se se revela aceitável e constitucionalmente adequado um determinado resultado interpretativo, então não se pode falar que as constituições analíticas impedem algumas mudanças, posto que estas somente poderiam ser levadas a efeito pela via da revisão constitucional. Dizer isso seria duplamente errado, posto que minimiza e desdenha a tarefa do intérprete, e ao mesmo tempo, desconsideraria por completo o decisivo papel hoje exercido pelo conteúdo aberto de determinadas normas, em especial, quando sujeitas a aplicação a novos fatos. Daí que a abertura propiciada pelas normas constitucionais que veiculam princípios servem justamente para a atualização da Lei fundamental frente à realidade mutante e hipercomplexa da contemporaneidade.

3.5 E isto porque, na lição de Inocêncio Mártires Coelho, entre louvores e censuras a parte com relação às constituições sintéticas e analíticas:

“as constituições - assim como o direito, em geral, e as demais coisas do espírito - refletem as crenças e as tradições de cada povo, valores que não podem ser trocados por modelos alienígenas. Nesse sentido,

²⁴ Depositário Infiel - Prisão Civil - Inadmissibilidade HC 98893 MC/SP. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO E M E N T A: “HABEAS CORPUS”. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA (...) “A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”. -Cf. da mesma forma, na jurisprudência do STF, o decido no RE 466.343, inf. 498/STF: “O Min. Celso de Mello observou, ainda, que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda a prisão civil por dívida poderia sofrer mutações, decorrentes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, ou ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado, salientando, nessa parte, o papel de fundamental importância que a interpretação judicial desempenha, notadamente na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos da sociedade contemporânea. Reconheceu, por fim, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive os que versam o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) impliquem supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pela própria Constituição. Em seguida, após as manifestações dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, mantendo os respectivos votos, pediu vista dos autos o Min. Menezes Direito. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343)”

relembremos, com Peter Habermas, que “Constituição não é apenas um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas também a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um veículo de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos.” (*Teoría de La Constitución como ciência de La cultura, Madrid, Tecnos, 2000, p.34.*)²⁵. (grifamos).

3.6. Insiste-se nisso pelo motivo de que, se a constituição expressa um certo grau de desenvolvimento cultural, deve-se a este fato a necessidade de lermos o texto constitucional com os olhos postos neste desenvolvimento. Daí que, as exigências próprias do círculo hermenêutico, ao nos chamar a atenção para lançarmos o olhar sobre a lei e também nos voltarmos para os fatos. Posto isso, temos que, sob pena de irrecusável dissintonia com a realidade, admitir, ainda que neste momento do debate, no mundo dos fatos, ser irrecusável a existência de relações homoafetivas no corpo social. Um certo paralelo com a decisão que inaugurou formalmente o controle de constitucionalidade nos parece permitido, é que, em casos que tais, lembremos o dilema solucionado por Marshall em 1803, no julgamento do caso Marbury v. Madison, onde, na lição de Inocêncio Mártires Coelho, pode-se dizer:

“Pois bem, já no ano de 1803, quando do julgamento do caso Marbury v. Madison, John Marshall começara o seu voto dizendo que a questão de saber-se se uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição pode tornar-se lei do país era uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas felizmente não apresentava nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude e, para resolvê-la, bastaria o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos.”²⁶ (grifamos).

3.7. Com efeito, o paralelo se mostra possível. É evidente que não sob a ótica histórica, mas sob a suposta dificuldade dos temas versados. Senão, vejamos. Se a questão de saber se duas pessoas do mesmo sexo que mantêm uma relação estável podem receber a proteção do Estado se revela “ uma questão profundamente interessante”, da mesma forma “felizmente, não apresenta nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude”, embora aqui se reconheça que a aparente dificuldade se dá em razão da norma contida no § 3º do art. 226 - repetida como mantra por aqueles que não enxergam nem os fatos e muito menos as demais normas da própria Constituição que estão a interpretar, que esta aparente dificuldade pode ser afastada uma vez que “para resolvê-la, bastaria o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos”, qual seja, os princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação, da segurança jurídica e dentre outros.

²⁵ In COELHO, Inocêncio Mártires. , BRANCO, Paulo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 16.

²⁶ Idem, ibidem.

3.8. Por aí logo se vê que, além de questões relacionadas às pré-compreensões do interprete em face de tema bastante de sensível, a sexualidade humana, o debate sobre a matéria traz a tona o confronto de concepções sobre normas constitucionais. Dentre elas, um que não concede, ou da pouca primazia, a normatividade dos chamados princípios jurídico-constitucionais, apegados que estão ao estado da arte da teoria constitucional ainda sediados temporalmente no auge da teoria do positivismo jurídico, que procurava disciplinar a vida social a partir de regras estritas insculpidas pelo legislador ordinários em seus códigos.

3.9. A segunda, fruto dos ganhos da teoria constitucional nos últimos tempos, cuja doutrina nos adverte que existem dois tipos de normas, as que veiculam princípios e as que veiculam regras, não obstante isso, mesmo a doutrina não sendo unânime no que realmente diferencia as regras de princípios, e, por conseguintes, ainda grasse certa controvérsia sobre as diferenciações possíveis entre estas, todos são unânimes em afirmar a plena normatividade dos princípios²⁷, posto que estes possuem a qualidade da injuntividade das normas jurídicas

4. HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL. OS PRESSUPOSTOS DE ENTENDIMENTO DO PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO CONTITUCIONAL.

4.1. Em sede de hermenêutica constitucional, cabe desde logo deixar claro os pressupostos hermenêuticos em que nos apoiamos para o deslinde da questão. Com efeito, uma vez que estes pressupostos presidem a inteligência normativa, a leitura do texto e facilitam o entendimento do percurso hermenêutico empreendido pelo intérprete, revela-se de todo importante elencá-los desde já.

4.2. Daí que, para chegarmos ao resultado interpretativo concernente a interpretação-aplicação das disposições normativas concernentes ao problema da união estável entre pessoas do mesmo sexo, verificamos a existência de diversos caminhos hermenêuticos, possibilitando todos condições de possibilidade para um mesmo resultado interpretativo, como se verá.

4.3 Por conseguinte, a abordagem será feita tendo em conta estas diversas sendas hermenêuticas, uma vez que possibilitam ao interprete chegar a um resultado interpretativo que, tanto por via de interpretação extensiva, quanto analógica das disposições legais aplicáveis - considerando desta forma o substrato teórico fornecido pela hermenêutica jurídica clássica -, como pela aplicação direta dos princípios constitucionais, poder-se-ia chegar ao mesmo resultado interpretativo, qual seja, o que abriga a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar legitimamente protegida pelo ordenamento constitucional, assim, uma interpretação aceitável do ponto de vista da razão e, mais ainda, endossada, em grande medida, tanto por um número expressivo de doutrinadores que se

²⁷ Dworkin, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

debruçaram atentamente sobre o problema, oriundos tanto da doutrina constitucional quanto da doutrina civilista²⁸ sendo, ainda, da mesma forma, esta conclusão corroborada por um número também expressiva de decisões judiciais, colacionadas ao final da manifestação.

4.4. Dessarte, colacionamos os posicionamentos tanto a favor, quanto contrários, e assim, tanto dos que advogam a tese da impossibilidade de uma interpretação extensiva ou analógica das disposições, cujos entendimentos estão na linha de que em terra brasilis não é possível este entendimento, posto não se revelar constitucionalmente adequado que se amplie o conceito de união estável tutelado para abarcar aí as pessoas do mesmo sexo em função do óbice expresso na Constituição, a referencia a homem e mulher constante do § 3º do art. 226, uma vez que isso violaria a letra do Texto constitucional de forma flagrante.

4.5. Diversamente, outro setor da doutrina e da jurisprudência afirma que, na verdade, entender desta forma - que é vedado à tutela estatal dessas uniões - é que se revela constitucionalmente inadequado. Portanto, seria justamente este entendimento que afrontaria a Constituição. E isto se pode observar tanto em face de interpretações que se fundam exclusivamente em pressupostos pós-positivistas, vazadas, em grande medida, na normatividade direta dos princípios constitucionais ou, - ainda que assim não se compreenda, tendo em vista, principalmente, a dificuldade verificada tendo presente o primado do princípio majoritário, - mesmo teorias da interpretação, cujo estilo e conteúdo se filiam intimamente a hermenêutica jurídica clássica.

4.6. Resulta do que se disse, não somente tendo como ponto de partida uma interpretação fundada em uma doutrina que tem como característica o destaque do papel desempenhado pelo caráter aberto das normas plasmadas numa Constituição, por ser esta um documento que reflete uma sociedade plural e complexa (Konrad Hesse, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, J.J. Canotilho, e entre nós L. Roberto Barroso, Inocêncio Mártires Coelho, Plauto Faraco, dentre inúmeros outros), mas, da mesma forma, enfatize-se, poder-se-ia chegar-se a mesma conclusão e, portanto, ao mesmo resultado interpretativo, com a utilização de princípios interpretativos da hermenêutica clássica. (Karl Larenz, Miguel Reale, Carlos Maximiliano).

4.7. E, além destes, consigne-se a existência de todo um setor da doutrina que defende, no âmbito da interpretação jurídica, o sincretismo metodológico, asseverando, assim, que os métodos da hermenêutica clássica e da hermenêutica constitucional, por exemplo, não andam em paralelo ou se encontram no infinito, eles são, no fundo, em grande parte, pelo menos, os mesmos princípios, com nomes de batismos apenas diferentes, conforme lição esposada por Virgílio Afonso da Silva. Por conseguinte, feitas estas considerações, já se revela possível alinhar alguns desses supostos:

a) a abertura material da constituição, teorizada ou recolhida sua teorização por

²⁸ Nas palavras de Konrad Hesse “O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente “ correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.” In HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p.103.

inúmeros autores nacionais e estrangeiros (P. Haberle, Canotilho; J. Afonso da Silva).

b) a utilização dos postulados interpretativos, exclusivos ou não, da hermenêutica constitucional. Assim, pois, sejam eles específicos do direito constitucional (K. Hesse, J.J. Canotilho), sejam eles meros desenvolvimento de postulados da hermenêutica clássica, dentro da proposta de sincretismo metodológico em sede de princípios interpretativos (Virgílio Afonso da Silva²⁹), dentre os quais, principalmente, os princípios da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade das normas constitucionais;

c) A utilização de ferramentas hermenêuticas postas pela teoria crítica do direito, que procura afastar os excessos do positivismo consubstanciados num normativismo que não se preocupa, e assim, não se incomoda com a criação de verdadeiras injustiças quando da aplicação da norma geral e abstrata aos casos concretos. Recusando-se a enveredar por uma seara extremamente positivista, que se filia, e assim, somente permite uma interpretação limitada, fundada tão-somente na literalidade do preceito normativo. (Plauto Faraco de Azevedo)³⁰;

d) A necessidade da hermenêutica dos direitos fundamentais buscar a inclusão do outro (J. Habermas, Menelick de Carvalho Netto³¹. E, a par disso, se procurar distinguir os discursos de produção e aplicação do direito, recuperando a proposta de direito como integridade (Dworkin).

e) a utilização mesma dos métodos hermenêuticos clássicos, (Carlos Maximiliano), principalmente a problematização do resultado interpretativo e do princípio da sistematicidade da interpretação.

4.8. Estes supostos, verdadeiros pontos de apoio hermenêuticos, são como uma alavanca arquimediana³² para a perfeita compreensão do problema aqui agitado. Principalmente, em face da primeira percepção que se apresenta, que pode se revelar extremamente fácil, e por isso bastante atraente, constituída no entendimento (*In claris cessat interpretatio*³³), que conduza, em face da literalidade do § 3º do art. 226, com as

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In Interpretação Constitucional. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007.

³⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco. Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 19

³¹ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Passim.

³² Entenda-se a metáfora *cum granis salis*, uma vez que não se desconhece a advertência de K. Hesse “ O interprete não pode captar o conteúdo da norma de um ponto de vista quase arquimediano, situado fora da experiência histórica, mas apenas desde a concreta situação histórica em que se encontra, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos.” Ob. Cit.p.109.

³³ Na lição de Carlos Maximiliano sobre o tema “ Disposições claras não comportam interpretação – Lei clara não

expressões “homem” e “mulher”, a um resultado interpretativo que bloqueasse qualquer outro entendimento, que não o de que, “sempre”, seria requisito para a configuração da união estável, a existência da diversidade de sexo, e assim, pelo menos dentro do atual marco constitucional, embora, exclusivo e literal, gize-se, por importante, se poderia estender a proteção desta entidade familiar as pessoas que tivessem orientação sexual diferente, posto que, interpretação contrária, na linha do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo afrontaria irremediavelmente a letra da Constituição, cujos limites interpretativos estariam sendo rompidos³⁴.

4.9. No entanto, no mínimo, toda essa “facilidade” com que se chega a um certo resultado interpretativo incomoda. E incomoda parcela doutrina de forma particular, como se terá oportunidade de ver em alguns posicionamentos doutrinários que, não obstante se filiar a tese da impossibilidade da união estável de pessoas do mesmo sexo, por entenderem faltar um supedâneo constitucional, tendo em conta o requisito necessário da “diversidade” de sexos, certos autores se sentem pouco a vontade com este resultado interpretativo, postulando, assim, uma outra forma de solver o problema, uma vez que não fecham os olhos³⁵ ao resultado flagrantemente injusto desta “vedação” interpretativa, contudo, ao se filiar a uma certa proposta dogmática, a uma certa teoria do direito, são incapazes de avançarem no seu entendimento, pelo menos, de forma direta.

4.10. E isto se dá, no mínimo, por dois motivos que deixam o interprete em dúvida:

a) Não obstante existir uma norma específica, há que se interpretá-la com o conjunto da Constituição, posto que, como sabido: “não se interpreta o direito em tiras”, (Eros Grau) e, mesmo na hermenêutica clássica, sempre se afirmou a necessidade de uma “interpretação sistemática” do direito, (Carlos Maximiliano³⁶) e, a fortiori, uma a exigência da interpretação sistemática do texto da Constituição. E, além disso, especificamente no tocante à hermenêutica constitucional, a grande valia para os efeitos deste debate, dos

carece de interpretação – Em sendo claro o texto, não se admite pesquisa d vontade – famoso dogma axiomático, dominador absoluto dos pretórios há meio século; a afirmativa sem nenhum valor científico, ante as idéias triunfantes na atualidade. O brocardo – *In claris cessat interpretatio*, embora expresso em latim, não tem origem romana. Ulpiano ensinou o contrário: *quamvis sit manifestissimum edictum proetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus* – “ embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva.” O mal de argumentar somente com adágios muitas vezes redundando nisto: tomam-nos a esmo, isolados dos repositório em que regiam muitas vezes casos particulares, e, descuidadamente, generalizam disposições especial. Quem abra o Digesto, logo observa que a máxima de Paulo só se refere a testamentos, revela um respeito, talvez exagerado, pela última vontade; evita que lhe modifiquem a essência, a parêmia de Ulpiano refere-se à exegese do que teve força de lei, ao Direito subsidiário, aos editos pretórios.” Ob. Cit.p.27.

³⁴ Sobre os limites da interpretação quanto à questão debatida, tendo como intransponíveis os obstáculos semânticos presente na Constituição, texto a seis mãos por Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira : Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte, in www.jus.com.br.

³⁵ Confira-se, a respeito, de que não se pode fechar os olhos a este problema, a decisão do Min. Celso de Mello na ADI 3.3300.

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

princípios ou postulados interpretativos como o da unidade da constituição, da eficácia integrativa, dentre outros (Konrad Hesse);

b) Porque transparece nítido, muito forte, o sentimento de que este resultado interpretativo é iníquo e não realiza o desiderato constitucional concernente ao princípio da igualdade; não materializa um projeto de comunidade integrativa, solidária, fraternal e igualitária³⁷, que, para citar as palavras do Min. Carlos Ayres Brito: “ressaem das pranchetas da Assembléia Constituinte.”³⁸

4.11. Por esta compreensão, este background interpretativo, de que nos fala Canotilho, por exemplo, que iniciamos o desvelamento das normas constitucionais. Assim, esta primeira parte da manifestação procura se desincumbir e, assim, dar resposta uma pergunta: quais os pressupostos teóricos-interpretativos de que se funda a compreensão das normas constitucionais aqui utilizados, e a partir deles, buscar a melhor inteligência das normas constitucionais aplicáveis ao problema da união estável das pessoas do mesmo sexo.

4.2. A PRIMEIRA ABORDAGEM: A VISÃO DO PROBLEMA A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO - A DOGMÁTICA JURÍDICA E O NORMATIVISMO

4.2.1. Sob o ângulo da teoria crítica do direito, lançamos mão dos ensinamentos de Plauto Faraco de Azevedo que faz uma crítica as interpretações da norma jurídica desvinculadas dos fatores histórico-sociais e, principalmente, quando o primeiro resultado interpretativo encontrado não condiz com os valores maiores encampados pelo próprio ordenamento jurídico, posto que a restrição interpretativa à norma posta diretamente “nem esgota as virtualidades de expressão normativa” e “nem alcança o significado global do direito”. Assim, pela proposta hermenêutica da teoria crítica, o papel dos fatos subjacentes as normas é destacado, e, por conseguinte, a leitura das normas jurídicas que se propõe é feita também a partir de um melhor posicionamento do real(mundo do ser) frente a estas mesmas normas (mundo do dever ser) .

4.2.2. Com efeito, se o que estamos a discutir é um problema que a todos parece evidente e, assim, “não se pode fechar os olhos”, posto que não se está diante de uma situação passageira, de um modismo social, mas, uma um dado da realidade que pode ser

³⁷ Nas palavras de Menelick Carvalho Netto “ Esses direitos fundamentais que são direitos civis, políticos e sociais a um só tempo, que importam, sim, exatamente na superação, ou melhor, na compreensão desse processo de aprendizado de construção de uma identidade como povo, como cidadãos **que reciprocamente se respeitam em suas diferenças**, que foi a própria trajetória do constitucionalismo, como exigência universal de liberdade e de igualdade de todos”. (grifamos) Op.cit.p.155.

³⁸ Voto na ADPF nº 130 “(...) Por isso que, em nosso País, a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, porquanto o que quer que seja pode ser dito por quem quer que seja. 10. Ora bem, a atual Lei de Imprensa -- Lei nº 5.250/67 --, diploma normativo que se põe na alça de mira desta ADPF, não parece mesmo serviente do padrão de democracia e de imprensa que ressaíu das pranchetas da nossa Assembléia Constituinte de 1987/1988”

observado em todas as camadas sociais, parece fora de dúvidas, então, por esta perspectiva, que as normas jurídicas não poderiam mesmo serem lidas, interpretadas e compreendidas, com único e exclusivo manancial teórico desvinculado do substrato fático que pretendem normatizar. Daí a crítica empreendida por Plauto Faraco e sua proposta de extrair, também a partir dos fatos, e não tão somente das normas, o resultado interpretativo que melhor se ajusta a situação objeto de questionamento jurídico. Ouçamos, então:

“Habituo-nos, em consequência, a pensar o direito como o conjunto de normas prepostas a diferentes situações consideradas relevantes pela ordem jurídica. É, todavia, certo que essa concepção nem esgota as virtualidades de expressão da normatividade jurídica nem alcança o significado global do direito.”³⁹

4.2.3. Esta forma de pensar o direito, fiando tão somente na leitura da norma desvinculado do mundo real que pretende disciplinar, é objeto da crítica do autor no seguinte sentido:

“Revela-se, ademais, sua insuficiência, por fazer convergir a atenção para a norma já elaborada e integrada ao sistema jurídico, descurando da múltipla gama de fatores, de variada ordem, tradutores das forças sociais, da luta de interesses e do confronto de valores que presidem sua criação. O resultado é essa concepção, centrada na norma, considera a ordem jurídica de modo asséptico e estático. Por essa forma, menospreza e falseia seu aspecto dinâmico, ao falar do processo interpretativo é necessário dizer a partir de que se fala, isto é, quais os pressupostos que orientam e condicionam esse processo. O processo interpretativo pressupõe uma posição previamente assumida em relação ao direito e à vida, que nele vai refletir-se inelutavelmente. Por outras palavras, a questão da interpretação guarda indissociável vinculação com a idéia que se tem do direito, em certo contexto histórico-cultural, bem como do modo por que se liga essa idéia à vida, às necessidades e finalidades humanas. “

Razão mesma de sua existência, que tão somente se desvela no momento em que suas normas são aplicadas. Antes disto, por mais bem elaboradas e assentadas na ordem jurídica, não deixam de ser as normas jurídicas algo de teórico, que precisa ser experimentado e avaliado, em conformidade com os resultados que produzam no meio social.⁴⁰

³⁹ Idem, ibidem.

⁴⁰ Op cit.p.12.

4.2.4. Relevante notar, assim, que o sentido da norma somente se obtém quando da sua aplicação, onde se constitui o teste definitivo e dotado da garantia da publicidade, por que passam as normas jurídicas ao sair dos diplomas legais e penetrar na realidade social para resolver conflitos de interesses da vida intersubjetiva. E adverte sobre as necessidades de considerações prévia do entendimento do direito:

“Querendo-se tratar, com alguma valia, da aplicação do direito e do processo interpretativo que necessariamente a precede, é preciso colocar-se algumas questões preliminares, freqüentemente deixadas na sombra, mas nem por isso menos importantes ou menos decisivas.

4.2.5. E, nos mesmo passo, fundando-se na lição Eherlich, procura deixar claro que a sociedade é o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico:

“De certo modo tudo no direito se refere à interpretação. Elaboraram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação. E a interpretação, que não é só das leis em sentido amplo, mas também dos fatos, sofre decisiva influencia dos pressupostos em que se apóia.

Buscando-se clarificá-los, a primeira providencia a tomar consiste em ver o direito dentro do processo histórico global, se não se quiser perder de vista a sociedade, onde, como proclamava Eherlich, hoje como em qualquer tempo, situa-se o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico.”⁴¹ (grifamos)

4.2.6. É justamente este “não perder de vista a sociedade” que é preciso deixar em destaque neste debate sobre união estável, que nos remete ao debate sobre “entidade familiar” ou “ entidades familiares” constitucionalmente protegidas, senão assistiremos, em última análise, ao que Gaston Morin assinalou como a “revolta dos fatos contra os Códigos” , expressão citada Inocêncio Mártires Coelho⁴², explicando que, “geralmente, esta revolta não se faz à luz do dia, faz-se de maneira camuflada, em obediência a uma curiosa lei sociológica segunda a qual a vida jurídica não se desenvolve a céu aberto, mas escondida debaixo de noções técnica, que se conservam formalmente embora esvaziada em seu conteúdo.”, posto

⁴¹ Op.cit. p.14.

⁴² Sua lição está assim vazada: “ Na seara do direito privado, mais especificamente no direito civil francês, em frase que se tornou célebre – a “ revolta dos fatos contra os Códigos” -, Gaston Morim assinalou, criticamente, que a nova ordem jurídica surgida daquela revolta não se implantou à luz do dia, nem alterou fórmulas ou conceitos; ao contrário, fez-se de maneira camuflada, em obediência a uma curiosa lei sociológica segunda a qual a vida jurídica não se desenvolve a céu aberto, mas escondida debaixo de noções técnicas, que se conservam formalmente intactas, embora esvaziadas em seu conteúdo: ‘ Em faisant survivres lès mots aux réalités qu’ils recouvrent – arrematou, com ironia, o famoso civilista – l’on évite à la masse des hommes La conscience des transformations sociales” In COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p.40-41.

que, antes de 1988, como todos sabemos, havia um grande fosso, um enorme descompasso entre as vidas vividas por aqueles que se uniam fora do matrimônio e a normatização dada Código Civil de 1916 que não previa tal espécie de entidade familiar, sob a forma, justamente, de uniões estáveis, como a nos querer a dizer que havia, neste caso, uma clara revolta contra uma única e determinada forma de entidade familiar, de vida em comum, o casamento, plasmada nas normas jurídicas que não correspondia a realidade de vivenciada por milhares de pessoas. Assim, foi preciso vir a Constituição de 1988 para dizer em uníssono tom que estas uniões, por representarem também formas de afeto e consideração, não estavam, e não podiam mesmo estarem fora da proteção do Direito, e mais ainda, estavam, dentro do direito e, no seu ápice, na Lei Fundamental.

4.2.7. Com efeito, na esteira da lição colacionada, cabe trazer a tona o que aparentemente está as escondidas, a união entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de ver a lição de Gaston Morim concretizada e, assim, ver-se a “revolta dos fatos contra os códigos” e os códigos aqui, serão, por assim dizer, nada menos que um certo e determinado resultado interpretativo que teima “ conservar-se formalmente” mas fica “ esvaziado em seu conteúdo”, que inadmita algo que está presente no cotidiano de muitas pessoas, posto que, deixam as normas distante dessa realidade “porque longe dos dramas reais da vida”. Esta mesma sensibilidade foi colhida por Plauto Faraco:

“Esse é o ponto de partida para a adequada colocação do processo hermenêutico como de todo e qualquer problema jurídico. É preciso encarar de frente os fatos sociais, sem esquecer o que tem a linguagem de conceitual, mas advertindo que “ a vida não existe para os conceitos, mas os conceitos para a vida”.

É preciso evitar o vício persistente de apresentar as doutrinas e teorias jurídicas desligadas de suas condicionantes sociais e políticas, para que não apareçam como puras construções do espírito entre as quais é difícil escolher.”⁴³ (grifamos).

4.2.8. Esta observação é importante porque nos adverte sobre os condicionamentos da pré-compreensão que se tem sobre o problema da união de pessoas do mesmo sexo. E este tema é deveras sensível, particularmente, em assunto que, até mesmo os vocábulos devem ser utilizados com cautela, por revelarem um grau significativo de preconceito e discriminação manifestados de inúmeras formas:

“Toda e qualquer concepção do direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance.

É preciso ver o processo hermenêutico por inteiro, isto é, reclamando

⁴³ Op.cit. p.15.

“uma palavra (escrita ou oral) ou uma prática, que constitui seu objeto; um autor, o intérprete; métodos destinados a atingir o objetivo buscado; e, ademais, a consideração do contexto histórico-social no qual esta operação se realiza.”

A consideração do contexto histórico-social, em que se insere e se realiza o processo interpretativo, é indispensável para perceber-se (eventualmente para modificar-se) o substrato teórico a orientar o raciocínio na aplicação das normas jurídicas, o papel ideológico da formação jurídica e os efeitos satisfatórios ou insatisfatório desse processo.

Ainda, a consideração das coordenadas histórico-sociais da atividade interpretativa agirá como seguro anteparo contra a inclinação mecanicista e o simplismo silogístico que muitos autores enganada ou enganosamente teimam em conferir-lhe.”

Por isso que Miguel Reale, em função da possível distancia entre fatos e normas, a partir da escola da exegese aduz:

“A distinção entre interpretação extensiva e interpretação estrita, esta de maior alcance no campo do Direito Penal e na aplicação das regras de caráter excepcional (no impropriamente chamado do “ Direito Excepcional”, serviu, na realidade, de instrumento técnico que permitia a adequação das normas às relações sociais, em função da tábua de valores dominantes. Entendendo-se de estrita interpretação, coarctava-se a incidência de uma lei superada pelos fatos; interpretando-se extensivamente uma outra, preenchia-se uma falhá da legislação.”⁴⁴

4.2.9. Notadamente, a partir da consideração do contexto histórico-social é que se pode verificar os diversos resultados interpretativos, pondo-se a nu pré-compreensões vazadas em argumentos que não se podem levantar em um debate travado na esfera pública sobre a questão da homossexualidade humana. Uma vez que, numa sociedade que se diz e ser quer plural, o esteio normativo dos princípios da liberdade e da igualdade imuniza desse debate concepções fundadas em preconceitos de toda ordem, tendo em conta que determinadas condutas discriminatórias, até mesmo no recesso privado, se encontram mitigadas de uma forma ou de outra, em razão da possibilidade de aplicação direta das normas de veiculadoras de direitos fundamentais às próprias relações privadas, quanto mais nas relações aqui discutidas, relações que envolvem o Estado, previdenciárias, estatutárias,

⁴⁴ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.282-283. Isso sem antes asseverar, ainda com relação a escola da exegese que “ É claro que, logo após a elaboração e a promulgação do Código, uma concepção rígida como essa podia prevalecer sem maiores contrastes, dada a correspondência que, durante algumas décadas, exitiu entre as estruturas sociais e o conteúdo das normas. Em linhas gerais, enquanto não houve mudanças sensíveis nas relações sociais, a suposta intenção do legislador coincidia com a intenção do juiz, isto é, com o que este considerava ser justo no ato de aplicar a regra em função de seus estritos valores gramáticas e lógicos.” op.cit. p.282.

dentre outras, onde se encontram fora dúvidas a aplicação dos princípios encontrados nas normas definidoras de direitos fundamentais. Plauto Faraco encontra na lição de Recaséns Siches, o teórico da lógica do razoável, um caminho a ser seguido para dificuldades desse jaez:

“Contrariamente a essa tendência, pondera lucidamente Recásen Siches que o problema de decidir se uma norma é ou não aplicável a determinado caso concreto não se pode resolver através de processos de lógica dedutiva. Não se trata de” extrair, por via de inferência, conclusões de determinados conceitos jurídicos. Pelo contrário, o problema só encontra solução ponderando, compreendendo e estimando os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações reais.”

4.2.10. É justamente isto que os autores que advogam a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo argumentam. Não se pode admitir uma interpretação rasa, literal, sem maior análise das conseqüências hermenêuticas deste normativismo, uma vez que o resultado interpretativo que exclui uma grande quantidade de pessoas dos benefícios estatais ou mesmo, das possibilidades de solução de conflitos intersubjetivos considerando o afeto entre duas pessoas como fato social juridicizado pelo direito de família e, portanto, como união estável, revela-se iníquo, e não pode ser tolerado pela ordem jurídica, uma vez que esta ordem jurídica que abraça em seu interior princípios da mais alta relevância como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da segurança jurídica, todos, portadores de valores caros ao processo civilizatório. Nesta senda, continua, ainda, com arrimo nas lições de Ricasen Siches:

“É fundamental sublinhar-se, até para contrabalançar e afastar a redução lógico-mecanicista sempre persistente em amplos setores da doutrina e do ensino jurídicos, algumas asserções que podem ter como axiomáticas no raciocínio orientador do processo hermenêutico no deslinde das questões práticas.

A primeira delas consiste em lembrar que “o conteúdo de uma norma legislativa não é uma proposição válida em si e por si, como sucede, por exemplo, com as proposições da lógica ou da matemática... Um princípio matemático é válido sejam quais forem as conseqüências que venham a produzir sobre a realidade.” Já aos preceitos jurídicos não se pode atribuir validade imanente, independentemente dos casos a que se apliquem. “A índole do direito positivo não está em constituir um reino de idéias puras, válidas por si sós, abstraindo-se toda aplicação real a situações concretas da vida....” E “a validade das normas jurídicas positivas está necessariamente condicionada pelo contexto situacional em que e para que se produziram.”

4.2.11. Ora, ao dizer que não se pode abstrair de toda aplicação real as situações

concretas da vida, a análise empreendida aponta no sentido de reafirma-se a necessidades de verificar o resultado interpretativo, uma vez que não se pode “abstrair” as situações concretas de vida, porque corre-se o risco de, ao fazê-lo, criar-se verdadeiras iniquidades, comuns e irrelevantes para um setor da doutrina, (dura Lex sed Lex), mas, de uma importância fundamental para os que tem presente que o direito deve ser - ou pelo menos procurar ser- justo, daí a preocupação de que deve-se ter em mira tanto quanto possível, não somente o ideal de segurança jurídica possibilitado pelas normatizações, mas, concomitante a isto, o ideal de justiça.⁴⁵ Além disso, estas situações concretas da vida não se dão somente no aspecto de modificação do sentido das normas jurídicas, atuam mesmo como constitutivas de significados destas normas, na atualíssima e consentânea lição encontrada no texto de Inocêncio Mártires Coelho:

“Mas não é apenas, genericamente, sob o aspecto da modificação do sentido das normas, que os fatos atuam sobre os modelos jurídicos. Rigorosamente, as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos.”

Por isso alguns juristas, como Pères Luño, chegam a dizer que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo, enquanto outros asseveram - a afirmação categórica é feita, com frequência, por Miguel Reale - que o Direito é norma e situação normada e que uma norma é a sua interpretação.

Daí, também Karl Larenz acentuar que a aplicação ou a aplicabilidade das normas aos casos concretos constitui aspecto imanente da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade do afazer hermenêutico, que não se pode desenvolver abstratamente, antes exige um ir-e-vir ou um balançar de olhos entre a norma e o fato ou entre a possível interpretação e o seu resultado.

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a constante adequação das normas aos fatos apresenta-se como requisito sine qua non da própria efetividade do direito, que só funciona na medida em que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua. Encaradas sob essa ótica, as transformações sociais, usualmente apontadas como fenômenos externos e alheios à vida dos enunciados jurídicos - afinal de contas, como diria Kelsen, a distinção entre ser e

⁴⁵ Lembramos aqui um dos decálogos de Eduardo Couture: “Teu dever é luta pelo direito; porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça” Em outros termos “ (...) Porém, a luta pelo direito suscita, a cada dia, o problema do fim e dos meios. O direito não é um fim, mas um meio. Na escala dos valores, não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça, que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio para atingi-la. A luta deve ser, pois, a luta pela justiça.” COUTURE, Eduardo. Os Mandamentos do Advogado. Trad. Ovídio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987.

dever ser é um dado imediato da nossa consciência – deixam de ser encaradas como as corrosivas “ revoltas dos fatos contra os códigos” para serem compreendidas como fatores de atualização daqueles enunciados e, por essa forma, de regeneração da sua força normativa.”⁴⁶ (grifamos).

4.2.12. Sim, porque somente quando da aplicação literal do § 3º do art. 226 da Constituição que se pôde verificar a extensão da lacuna decorrente da aplicação literal daquele preceito. Lacuna esta que, a toda evidencia, não pode ser considerada como um silêncio eloqüente⁴⁷, discussão que será retomada à frente, já ferindo um tema caro para a aplicação das normas jurídicas, que a doutrina chama de separação dos discursos jurídicos, entre discurso de justificação do direito e discurso de aplicação, asseverando que:

“De onde se segue que a aplicação das normas jurídicas, nascidas como respostas ao estímulo produzido por certos fatos, não se pode compadecer com o conceptualismo e o dedutivismo que insistem em convertê-las em “ princípios a priori, com validade absoluta, isto é universal e necessária.” É ao que têm levado a “ mania logicista” e as “ jurisprudência conceituais” , no esquecimento de que “ uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, que, enquanto esteja vigente, é revestida de modo atual pelas pessoas que a cumprem ou aplicam, e que, ao ser revivida, deve experimentar modificações para ajustar-se-as novas realidades em que e para que é revivida.”⁴⁸

4.2.12. Ao pontuar que a norma jurídica “é um pedaço da vida humana objetivada” e, ainda, que a norma jurídica “ ao ser revivida, deve experimentar modificações para ajustar-se as novas realidades em que e para que é revivida, bem nos lembra o longo caminho e, assim, toda dificuldade que passou o reconhecimento da união estável entre nós. E estamos a falar da união estável de pessoas de sexo diferente. Cujo percurso de dignidade jurídica percorreu desde o enfrentamento da sua igual “invisibilidade”, reinante no discurso dos que “ enganada ou enganosamente” não viam este fato social, passando pelo reconhecimento tímido, como meras “sociedades de fato”, até a sua valorosa positivação na Constituição de 1988, o que, por si só, como veremos, não foi o bastante para que fosse, num primeiro momento, ao menos, discutidos os conflitos intersubjetivos nas varas de família, posto que, mesmos pós 1988 alguns juízes ainda remetiam processos que tinham como fundamento a união estável

⁴⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 40- 41.

⁴⁷ Contudo, desde já, antecipa-se uma lição importante de Luis Roberto Barroso sobre o tema “É certo que a Constituição de 1988 faz menção apenas à união estável entre homem e mulher, no que foi seguida pela legislação ordinária. Em capítulo subsequente será examinado este ponto, onde procurará demonstrar que o constituinte não exercitou um silêncio eloqüente, mas deixou o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Por ora cuidou-se apenas de destacar que as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida.” (grifamos). BARROSO, Luis Roberto, op. Cit.p. 127.

⁴⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco.

para as varas civis uma vez que “ não havia ainda legislação a respeito”, não obstante todo o vigor do mandamento constitucional sobre o assunto.

4.2.13. Veja-se, então, que nem o ajuste do direito positivo no seu mais alto grau, como se deu com a positivação da união estável na Constituição Federal, foi o bastante para, logo após a promulgação da Constituição, alterar a percepção de alguns operadores do direito sobre a união estável, uma vez que parte dos que faziam a jurisprudência ainda relutavam, mesmo diante deste novo fato jurídico e se dessem conta que este fato social da mais alta relevância estava ligado muito mais ao direito de família e não ao direito obrigacional, fazendo, assim, uma interpretação conhecida como “retrospectiva” da norma constitucional.

4.2.14. Aqui, releva notar a sempre lembrada lição de Kruger, citada por J.J. Canotilho, sobre giro copernicano da eficácia das normas constitucionais concernente aos direitos fundamentais, vazada na afirmação de que “não são os direitos fundamentais que giram em torno da lei, mas a lei que gira em torno dos direitos fundamentais” que deve ser trazida à colação, para se reafirmar que as normas definidoras de direitos fundamentais não estão a disposição do legislador, que, se assim, fosse, lhes infundiria o conteúdo que lhe aprouvesse, e além disso, possuem esta eficácia imediata, por expressa determinação constitucional. Por conseguinte, tais normas independem de interposição legislativa para produzirem efeitos no mundo jurídico, sob pena de, não sendo assim, sua constitucionalização de nada valer, principalmente se o legislador se quedar inerte por um longuíssimo tempo, como ocorre ainda hoje com várias normas ainda carentes de complementação legislativa para obterem a eficácia desejada pelo legislador constituinte. No mesmo passo, continua:

Estas considerações, tecidas por Recaséns Siches, ao tratar “da nova perspectiva da equidade”, constituem sólido fundamento em que há de assentar a atividade do intérprete na realização do trabalho hermenêutico, impedindo-lo de ceder ao automatismo, em que bem se acomodam a deficiência de formação e a docilidade acrítica, na aplicação das normas jurídicas, sejam elas quais forem. Também permitirão que se considere a função do juiz, revelando que o seu desempenho importa sempre em “uma atividade estimativa e, portanto, na realização implícita ou explícita de uma série de valorações.”⁴⁹

4.2.15. À frente, o mesmo doutrinador discute sobre a limitação positivista e assim, a cisão no discurso jurídico, das dimensões normativas e axiológicas levados a efeito pelo positivismo jurídico, e seus reflexos na concepção do direito e no processo hermenêutico, tal qual se dá, na sua visão, pela utilização de um pensar “positivista tecnocrático” que só tende a ocasionar a morte da cultura jurídica:

“sucede que, precisamente nessa revivescência vigentes para ajustar-se às realidades em que e para que são revividas, é que pode por-se ao juiz a questão da lei injusta.

⁴⁹ 17.

A simples colocação desse problema só pode ser feita superando-se a cisão artificialmente operada no discurso jurídico, em nome da “ciência jurídica” de onde derivam profundas conseqüências para a concepção do direito, o raciocínio jurídico e, em conseqüência, para o processo hermenêutico.

Essa cisão deriva de uma redução gnosiológica acanhada e insustentável, em absoluto descompasso com os dados da moderna investigação científica voltada ao campo social.

Consistem ela em compartimentar o conhecimento do direito, dividindo-o em duas partes estanques, uma lógica, ocupando-se da “ciência das normas”, e outra, axiológica, a que incumbiria o trato dos valores tanto subjacentes quanto buscados pela ordem jurídica.

(..)

Destas duas partes, em que assim se fraciona o direito, ressalta, ademais, a importância primordial da primeira, figurando a segunda como seus ornamentos, a ser especulado por quem tiver o lazer para cultivar os “jogos do espírito”.

Todavia, esta cisão pretensamente científica não se pode sustentar sendo desmentida até mesmo pela estrutura das regras jurídicas de conduta, em cuja hipótese legal não se enunciam simples juízos de natureza hipotética, eis que nesses juízos estão implícitos valores a serem resguardados.

O discurso jurídico só pode articular-se convenientemente na medida em que haja um permanente “transito” lógico-axiológico a dirigi-lo. Sem o que será impossível compreender e valorizar o direito ou sobre ele validade raciocinar.

Essa redução gnosiológica contraria, ademais, a normal inclinação do espírito que, descrevendo ou analisando, valoriza, e para valorizar, necessita descrever ou analisar. Não se pode pedir aos juristas que abram mão de parte de suas faculdades racionais em presença das instituições e conceitos jurídicos.

(...)

Essa redução gnosiológica, levada a efeito pela via da “na cientificidade” dos juízos valorativos sobre o direito, reflete-se sobre a solução do problema ontológico do direito. Direito, nesta perspectiva, não será senão o direito positivo, posto pelo Estado, abstraídos o juízo que dele se faça e as condições relativas às forças sociais, à sua origem

e àquelas relativas aos resultados que produz no meio social. Afasta-se do campo jurídico tudo o que não diga respeito à análise formal e à dinâmica interna das normas produzidas e garantidas pelo aparelho estatal. Se de sua efetiva aplicação advêm bem-estar ou malefícios sociais, é uma questão considerada fora dos limites do pensamento e da ação dos jurísticas.”⁵⁰ (grifamos).

4.2.16. Destarte, a par destas considerações, de que ao verificar que o resultado interpretativo que chegou o interprete contaria determinados valores jurídicos (axiologia) positivados em texto normativos (dogmática), deve o intérprete procurar o resultado interpretativo que melhor se adéque às pretensões de correção e justiça do ordenamento jurídico, como forma de manter a coerência deste ordenamento, esta é uma atitude gnosiológica consentânea com os avanços alcançados pela ciência jurídica, tendo em vista que o direito já não se compadece com formulações teóricas advindas do simples interpretar normas postas, distantes da operação de aplicação do direito, e por assim, sem se comprometer com o melhor resultado possível dessa interpretação/aplicação da norma jurídica.

4.2.17. Nesse sentido, o que Plauto Faraco propõe, e bem se acomoda ao que estamos a falar, é que não é possível esta cisão operada pelo positivismo entre uma ciência das normas e a axiologia, sendo que esta última seria uma ciência voltada apenas aos que se interessam por filosofia, e não por juristas, o que para estes seria tão somente um verdadeiro ornamento para o pensamento jurídico. Longe disso, posto que no atual estado da arte do Direito e, particularmente dos avanços e conquistas no campo da interpretação jurídica, deve ser esta cisão evitada tanto quanto possível, pelo motivo, como supra referido, de não se andar em caminhos diferentes a justiça e a segurança jurídica. Por conseguinte, é perfeitamente tanto possível quanto desejável, se perquirir sobre o conteúdo do resultado interpretativo alcançado *prima facie*, e com isso, verificar se correspondem este primeiro resultado interpretativo, geralmente literal, ao sistema de valores positivados nas normas jurídicas constitucionais, mormente os princípios constitucionais, com sua força ao mesmo tempo de normas de condutas e possibilitadoras de correções interpretativas.

4.2.18. O mesmo faz uma advertência no sentido de que o juristas não se afastem do drama humano, e para isso utilizem os óculos de “um aparato conceitual que lhes garante um confortável afastamento do campo da luta”.

“Em nome da autonomia da “ciência do direito”, assim construída e limitada, aferram-se os jurista àquilo que é” puramente” jurídico. Às teimosas investidas de um mundo em vertiginosa mutação, às crises sociais sucessivas, ao clamor da vida que reclama nova configuração política-jurídica, inspirada pela ética da solidariedade em um universo cada vez mais interdependente, os juristas respondem com o refinamento de suas técnicas analítico-descritivas, encarando o drama

⁵⁰ Op.cit.p.17-18.

humano com o óculos de um aparato conceitual que lhes garante um confortável afastamento do campo de luta”⁵¹.

4.2.19. Assim, o jurista nos lembra que, além disso, que é justamente no campo da interpretação que o entendimento positivista do direito se mostra mais insuficiente para a solução de problemas que carecem de um entendimento dos fatos sociais subjacentes as normas de conduta. Isso é de todo verificado quando, por uma interpretação que não vai além da literalidade, se propõe o impedimento jurídico de uma realidade que se impõe como inconteste no corpo social, como são as uniões de pessoas do mesmo sexo. Que, pela via interpretativa operada pelo positivismo clássico não passariam estas uniões de fatos sem relevo jurídico, ou, quando muito, fatos regulados pelo direito obrigacional, como que se “fossem um simples contrato”, uma vez que, pelo menos dentro do direito de família, não encontrariam previstas em nenhum “norma” jurídica da qual se pudesse “subsumir” a norma ao fato, revelando com esta interpretação que a vida afetiva de milhares de pessoas seria mais que nada jurídico, por “procurar desconhecer” o direito estas relações de afeto:

“Pois, não há lugar onde a concepção positivista do direito se mostre mais insuficiente do que na interpretação das normas jurídicas, que, já se disse, é inseparável da interpretação dos fatos sociais. É que a atividade do interprete, especialmente a atividade judicante, tem que ser efetivamente e essencialmente valorativa. Só por isto já contraria, na prática, a afirmativa teórica, ideologicamente veiculada pelo positivismo, de que a consideração valorativa do direito, por não ser científica, deve ser expungida do raciocínio jurídico”⁵².

E, numa crítica ao exegetismo:

“(...) O positivismo torna-se, por esta forma, um obstáculo, que tolhe e complica a evolução e superação do direito e, em consequência, a evolução e superação dos dados histórico-sociais.”⁵³

4.2.20. Não é difícil de verificar que isto se mostra de todo evidente, particularmente quanto a evolução das normas ligadas ao direito de família. Posto que, numa rápida análise, a historicidade destas normas permite que se afirme que desde a evolução das normas preconizando a igualdade entre filhos, isto é, principalmente com a Constituição de 1988, que proibiu o fim das classificações execráveis como de “filhos bastardos”, “adulterinos”, “incestuosos”⁵⁴, “ilegítimos”, onde a culpa pelas escolhas realizadas pela mãe e o

⁵¹ Op.cit.p.21.

⁵² Op.cit.p.23.

⁵³ Op.ci.p.24.

⁵⁴ Edson Fachin na sua nota 299 leciona: “ Após a vigência da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 7.841, revogou

pai ficava como um fardo perpétuo para o filho,⁵⁵ passando pela proteção constitucional na união estável, tudo isso aponta no sentido de que não é mais possível ao intérprete da norma extrair significados contrários aos princípios da igualdade e do respeito a dignidade da pessoa humana, , em especial, em sede de direito de família, cuja alteração de rumo dada pela Constituição de 1988 foi “copernicana”.

4.2.21. Na mesma senda, nesta linha da evolução das normas jurídicas, e exemplo da mais alta relevância é a luta por igualdade gênero, onde a mulher, outrora considerada semicapaz após o casamento, atinge hoje um patamar de igualdade impensável dentro do desenho institucional proposto no Código Civil de 1916⁵⁶ e consolidada - pelo menos juridicamente -, nos novos marcos políticos-jurídicos advindos da vigência da Magna Carta de 1988, inclusive com legislação específica protetiva de violência doméstica, “independentemente de sua orientação sexual”, tema que será retomado à frente, posto que, sinaliza que a orientação sexual deixou de ser considerada, ou por outro modo, passou a ser considerada de forma a não excluir da sua proteção a pessoa por causa de sua orientação sexual, para efeito da proteção estatal, e aqui, singularmente, a proteção estatal no seu maior nível, transformando em bem jurídico penalmente tutelado.

4.2.22. Some-se a isso, ainda, o fato de que a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal somente foi possível entre nós a partir em 1977, quando se constitucionalizou-se o divórcio. O que não se fez sem antes verificar um total descompasso entre as normas jurídicas e a realidade vivenciada por milhares de pessoas que, rompendo relações que terminaram por motivos infundáveis, não podiam casar-se novamente por causa de uma ordem jurídica que teimava em “fechar os olhos” para uma realidade óbvia. Com isso, tendo presente a constatação de que sociedade não “ruiu” com o divórcio, como vaticinavam aqueles que o inadmitiam, longe disso, está hoje o instituto do divórcio bem assentado na nossa cultura social e jurídica, possibilitando até mesmo que seja realizado, preenchidos os requisitos legais, em cartório extrajudicial, a teor da alteração produzida pela Lei nº 11.441/2007⁵⁷.

expressamente em 1989 o artigo 358 do Código Civil que proibia o reconhecimento de filhos adulterinos ou incestuosos, já revogado tacitamente pelo texto constitucional. Em 90, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei n. 8.069 derrubando as limitações ao reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, secundada em 1992, pela Lei da Averiguação Oficiosa da Paternidade (Lei n. 8560 de 1992). Op. Cit. 224.

⁵⁵ Vide o capítulo IV – Do Reconhecimento dos Filhos Illegítimos”, arts. 355 a 368 do Código Civil de 1916.

⁵⁶ Por todos, relembremos algumas disposições neste sentido, em especial o antigo art. 233 e seus incisos do antigo CC de 1916. “ O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (art. 240,247 e 251).Compete-lhe :I-A representação legal da família;II- A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (art. 178, §9º;I,c,274,289,I e 311); III- O direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudiquem;IV-Prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

⁵⁷ Art. 3o A Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.§ 1o A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.§

4.2.23. Neste passo, por ilustrar bem o supra referido, trazemos à colação um enxerto de Edson Fachin, que após nominar o casamento como a metáfora do “alcançando voo sob o mesmo jugo”, complementa lição com a metáfora sobre o divórcio:

“O POUSO: LIBERDADE DE NÃO PERMANECER CASADO” Tanto é que, com relação ao divórcio, que é o modo mais completo, definitivo e radical no sentido de atingir a própria raiz da sociedade conjugal, fortes resistências, principalmente de cunho religioso, durante muitos anos, frearam o ingresso da medida no ordenamento jurídico.

Arrostando a concepção segunda a qual o vínculo é indissolúvel, tem-se como admissível a presença jurídica do divórcio. Os fatos aqui também se impuseram. Originariamente provindo de emenda constitucional, depois vertido na lei (Lei nº 6.515/77), o divórcio passa a ser admitido por uma só vez. Mais tarde, com a Constituição Federal de 1988, o divórcio não tem mais essa limitação. Completa-se aí a dissolução matrimonial.”⁵⁸

4.2.24. Destarte, vê se pois, que não é possível deter o fluxo histórico, e não poderia ser diferente, uma vez que as normas existem para a vida, e não a vida existe para as normas, pois, na bem lançada lição de Luis Edson Fachin sobre a família “ é um corpo que se reconhece no tempo”⁵⁹. E nem se diga que esse fluxo histórico, em sede de direito de família deixou a sociedade pior, apenas se acomodou aos novos fatos sociais, cujas bases, sem sombra de dúvidas estão, principalmente, no princípio da igualdade e, como a dizer, no respeito ao próximo, seja este próximo o(a) filho(a), o (a) cônjuge, e o próprio homem⁶⁰. Se fosse resumir, despatrimonializou-se a família e constitucionalizou-se o afeto.

“Do ponto de vista da interpretação, identificando-se direito e lei, tudo

2o O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3o A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.”

⁵⁸ Op.cit. p.196.

⁵⁹ Op.cit.p.2.

⁶⁰ Cabe aqui a metáfora do senhor e do escravo de Hegel. Esta é retrabalhada pelo prof. Menelick nos seguintes termos” o risco, no entanto, é o da armadilha da relação entre o senhor e o escravo tão bem descrito por Hegel. Eu preciso exatamente do espelho do outro para me afirmar como indivíduo e, uma vez que preciso e busco desesperadamente esse reconhecimento, tendo a alcançá-lo da forma mais fácil, apossando-me do outro, por meio de um processo de reificação, de escravização, mediante o qual consigo o reconhecimento do outro exatamente por ser mais forte. Aliás, essa é a história da humanidade, não é,,,. Quando se tornou possível, quando a riqueza socialmente produzida possibilitou que alguns deixassem de trabalhar, a escravidão, de imediato, surgiu. No entanto, essa relação entre o senhor e o escravo é tremendamente perversa, alerta-nos Hegel. É uma relação alienante para ambos, pois, por um lado, o escravo não é o senhor de seu trabalho, no sentido de determinar as finalidades que vai buscar realizar, é o senhor, que as determina para o escravo; por outro lado, ao ficar livre de ter de trabalhar, do lado duro da natureza, para se apropriar do lado macio dela, dos frutos do trabalho alheio, nada aprende com o processo de fazer realizado apenas pelo escravo, tornando-se, assim, ao cabo, escravo do escravo, ou seja, inteiramente dependente do trabalho deste último.” (grifamos). Op. Cit.p. 152-153.

se torna singelo e qualquer reflexão ulterior termina mesmo por mostrar-se não só irrelevante como desnecessária. Que a lei seja injusta ou inadequada, eis uma questão considerada não jurídica e, portanto, impertinente ao mundo dos juristas. Se injusta no seu nascedouro, ou se injusta ou inadequada no caso concreto, deverá de todo modo, ser mecanicamente aplicada. O aplicador (não é à toa que se quer assim denominar o juiz) exime-se de toda e qualquer responsabilidade no estrito e estreito cumprimento do seu dever.

Tal modo de proceder e pensar poderá até ser, em certa medida, apaziguante para o intérprete. Evitará, quem sabe, o desconforto da dúvida ou da má consciência, quando a decisão a que chegar mostrar-se insatisfatória. Mas os destinatários da interpretação ver-se-ão frustrados nas suas expectativas e a decisão poderá ser não só a negação da hermenêutica como da função judicial.”⁶¹. (grifamos).

4.2.25. Esta lição é importante porque, como teremos oportunidade de ver, vários doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, mesmo optando pelo resultado interpretativo de que não se revela constitucionalmente adequado o entendimento que espousa a tese de que se entenda como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo, posto que, não encontra amparo na letra do texto constitucional, que requer, na sua literalidade, a diversidade de sexo, não obstante isso, verificam o alto grau de injustiça desta conclusão, uma vez que viola às evidentemente princípios como o da igualdade e da liberdade.

4.2.26. Assim, por este modo de compreensão do direito, não dão um passo à frente em razão de estarem apegados tão somente a literalidade do preceito normativo, e por conseguinte, não conferem a valia necessária a interpretação sistemática, as regras intrasistêmicas, aos princípios interpretativos constitucionais da unidade e da força normativa da constituição, além de recusarem o papel de normas jurídicas aos princípios constitucionais e, assim, tantos outros esquemas interpretativos que, por um lado, minimizam o indesejado voluntarismo interpretativo presente em qualquer ato humano e, de outro, contribuem para reduzir as injustiças determinadas interpretações jurídicas.

4.2.27. Como bem disse Plauto Faraco, “acomodam-se” em suas posições, mas esse acomodar causa um verdadeiro “desconforto” e, por conseguinte, “não deixa a consciência em paz”. E, para tentar solucionar este problema, propõe uma interpretação que tenha diante de si a idéia do direito como complementaridade das diferentes perspectivas de investigação jurídica, uma complementaridade entre a teoria geral do direito, a dogmática jurídica, a filosofia e a sociologia jurídica, todas contribuindo para o alcance do melhor resultado interpretativo possível:

“Para evitar esses indesejáveis efeitos, há que situar-se o direito, a função judicial e o processo hermenêutico no processo histórico global,

⁶¹ Op.cit.p.25,

em que normalmente se inserem, liberando-os de limitações ideologicamente concebidas que os falseiam.

Como toda e qualquer maneira de conceber o processo hermenêutico sofre influencia decisiva de uma idéia prévia que se faça do direito, é indispensável buscar recuperar o sentido do discurso jurídico, de modo a ver o direito como um ingrediente essencial da vida sócio-cultural, ligado às lutas e forças sociais, influenciando e sofrendo a influencia de todos os fatores em jogo no quadro histórico.”⁶²

4.2.28. Com efeito, tanto isso é verdade que, de forma preliminar esclarecemos os supostos que partimos (conceito e objeto de constituição, por exemplo) para chegar às conclusões a que chegamos. Assim, a idéia prévia do que é direito e, por conseguinte, do que é interpretação. Alinhavando tudo isso o autor aduz:

Essa recuperação do sentido do discurso jurídico, capaz de situá-lo dentro do processo histórico global e de permitir a apreensão de todas as suas manifestações, e não apenas de algumas previamente eleitas e determinadas, supõe a utilização de todos os dados propiciados pelo estudo e investigação do direito sob múltiplos ângulos.

É necessário romper com a visão atomizada do jurídico, o que implica em não absolutizar ou discriminar nenhuma de suas abordagens, mas, ao revés, conhecendo-se e respeitando-se a índole de cada uma, admiti-las como complementares. Por esta forma, poder-se-á conceber o Direito de modo integrado e tratar-se do processo hermenêutico de modo conseqüente⁶³.

4.2.29. Aqui se pode ver que, não obstante a centralidade que exerce em nosso sistema a dogmática jurídica, esta não é a única a presidir o entendimento das normas jurídicas. Porque, tanto a teoria geral do direito, quanto a filosofia do direito, a sociologia jurídica devem ter sua hora e sua vez no processo intelectual, sob pena de não se ver

⁶² Op.cit.p.26.

⁶³ Op.cit.p. 26, Cf. “No trato das questões jurídicas, notadamente na aplicação do direito, há que se utilizar a contribuição da Teoria Geral do Direito enquanto via de acesso ao conhecimento do direito, na medida em que permite a apreensão das estruturas ou conceitos jurídicos fundamentais, sem os quais o sistema jurídico-positivo não pode ser coerentemente pensado; da “ciência jurídica positiva” ou dogmática jurídica”, que “consiste na descrição das regras jurídicas em vigor”, tendo por “objeto a regra positiva, considerada como um dado real”, cuja existência constata, buscando, a seguir, seu sentido, através de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, para estabelecer seu significado atual e incluí-la “em um sistema tão coerente quando possível, de modo a orientar a solução dos novos casos que venham a apresentar-se”; da “normologia geral” que se enquadra na “ciência jurídica positiva ou dogmática jurídica”, na medida em que constitui “a teoria das regras gerais ou, antes, das diretivas que orientam uma determinada ordem jurídica”, chegando à determinação dos princípios gerais em que se assenta e, por isso, aplicáveis à solução de cada um e de todos os casos” P. 26-27.

problema por completo a ser resolvido. Afinal, nos só vemos os objetos pela frente. Sabendo disso, temos a clareza de que, para chegarmos a um resultado justo e constitucionalmente adequado da questão da união entre pessoas do mesmo sexo, teremos que nos auxiliar dos dados possíveis e disponíveis, e estes também são oferecidos por outras ciências que não a dogmática e a teoria geral.

4.2.30. Nesta senda, feito todo um esforço no sentido de utilizar na resolução do problema não somente a dogmática jurídica, com seu método lógico-dedutivo, mas, e não menos importante, se torna necessário ampliar o campo da investigação jurídica e, por conseguinte, não se pode, assim, sem comprometimento da ciência do direito, enveredar por um reducionismo do objeto, comprometendo irremediavelmente o resultado interpretativo a ser alcançado:

“Não se pretende negar que a investigação levada a efeito pela Dogmática Jurídica deva ser predominantemente lógico-descritiva. O que é inaceitável é que essa linha precípua de estudo e de raciocínio dê, ainda que implicitamente, por inexistente, irrelevante, ou situe fora do âmbito de investigação propriamente jurídica tudo o que se refira à dimensão crítico-valorativa ou às proposições sociais das normas jurídicas. Admiti-lo seria aceitar que tanto a contribuição da Filosofia quanto da Sociologia do Direito, por maior que fosse a importância ou valia que se lhes creditasse rigorosamente falando não pertenceriam ao âmbito jurídico, eis que situadas fora dos seus limites.

Esse pressuposto é capaz de obscurecer o tanto das questões jurídicas, notadamente a aplicação e interpretação do direito. Nessa trilha o pensar dogmático desenvolvido em circuito fechado, tratando das normas e dos conceitos jurídicos, de seu arranjo e funcionalidade internos, de suas inter-relações e de sua sistematização na ordem jurídica positiva, termina por esvair-se em considerações intra-sistêmicas, esquecendo ou deixando de lado a circunstância por certo não negligenciável de que o direito existe para satisfazer necessidades e interesses individuais e sociais. Desemboca-se, por essa forma, no reducionismo logicista e formalista pelo qual se quer construir uma ciência jurídica tão perfeita que termina por não dever satisfação à vida e aos dramas humanos.⁶⁴

4.2.31. Valendo-se dos ensinamentos de Elíaz Dias sobre o atual estágio da dogmática jurídica, no seu Sociologia y filosofía del derecho, Plauto Faraco afirma que este “ tece lúcidas considerações capazes de auxiliar a superação do reducionismo logicista em que se acha imersa”:

“Ninguém porá em dúvida que aquilo que “ especifica a ciência jurídica é a circunstância de trabalhar sempre com normas positivas, constituindo-se como teoria do direito positivo.”. Tem por objeto dados

⁶⁴ Op. cit .p. 29.

empíricos “ que, para ela, são basicamente normas.” O trabalho do jurista percorre um longo caminho, situando-se entre a criação (momento inicial) e a aplicação das normas jurídicas (momento final). Cabe-lhe, no seu desdobramento, localizar as normas válidas, interpretá-las, aferir suas conexões com outras normas, estabelecer os conceitos jurídicos fundamentais, sistematizar aquelas e estes em um todo coerente e ordenado, orientando toda essa atividade no sentido da aplicação do direito a uma realidade social. Tendo-se em vista esse liame e essa destinação, o trabalho do jurista “ não consiste (dir-se-ia melhor – não pode consistir) simplesmente em um trabalho de análise formal das normas, visto que reconduz a uma compreensão de fundo dessa mesma realidade social a que o direito vai aplicar-se, bem como à análise das vias de comunicação que se estabelecem entre a norma e a realidade social através dessa aplicação.”.

Recusando-se a circunscrever a tarefa do jurista e da Dogmática Jurídica à análise lógico-formal das normas, porquanto toda atividade teórica-prática de uma e de outra “ centra-se em um trabalho de investigação orientado no sentido da aplicação de uma normatividade positiva, buscando dar solução a determinados problemas e conflitos que podem surgir em uma sociedade”, pode Elías Días conceber a Ciência do Direito como ciência social. É que, se o direito “ é para o jurista algo que lhe vem dado, positum, posto... tão somente em certa medida se encontra feito”. A sociedade e o poder legislativo são os criadores do direito. Colaborando com estes, a função própria do jurista revela-se na determinação do significado do direito, a fim de aplicá-lo corretamente à realidade social. E “ essa aplicação-realização do direito... é algo profundamente diverso de um simples trabalho mecânico de repetição do que é dado na legislação.”

A índole do trabalho necessário a aplicação do direito, consistindo “ em uma tarefa de investigação-interpretação e de construção-reelaboração (da norma e da realidade), constitui a dimensão mais radical e profunda em que se situa a função do jurista e da ciência jurídica na sociedade de nosso tempo”.

4.2.32. Esta particularidade é especialmente sentida no debate que estamos a travar. Uma vez que, como já o dissemos, facilmente se poderia chegar a conclusão de um bloqueio interpretativo, de uma falta completa de condições de possibilidade hermenêutica quando se atém de forma única e exclusiva a um único exclusivo comando constitucional.

4.2.33. Ademais, além disso, é preciso ter presente que a interpretação constitucional deve ser realizada por completo, sob pena desconsiderar o substrato fático e a normatividade de outros dispositivos também constitucionais que incidem e atraem a outra resposta possível para a questão da união estável, ou simplesmente, como entidade familiar, como se queira dizer, constituída entre duas pessoas do mesmo sexo. Esta é lição que se extrai do texto colacionado:

Assim, “a tarefa de investigação-interpretação e de construção reelaboração”, que nos fala Elías Dias somente pode ser feito

considerando o todo normativo e não somente um setor do texto constitucional, aliado, ainda, as consequências sociais da interpretação da norma. Com efeito, “se o Direito destina-se a projetar-se no meio social” em hipótese alguma pode ignorar este social, “ sob pena de tornar-se mero jogo do espírito, e não um “ investigador do direito”:

Nesse trabalho impõe-se, decerto, o respeito às normas jurídicas positivas e o aperfeiçoamento de todo o instrumental necessário à sua investigação e reconstrução, tendo em vista a sua aplicação e realização sociais. Mas não deve a Dogmática Jurídica ser vista, sequer preferencialmente, em seu aspecto negativo de obstáculo ou limite que o jurista não pode ultrapassar no seu trabalho de aplicação do direito positivo.

Se é indubitosa a importância das normas jurídicas positivas para a construção de uma ciência do direito que ofereça **subsídios à adequada solução das controvérsias emergentes da vida social.** **Há que estabelecer-se que não** pode o pensar dogmático converter-se em um pensar necessariamente anti-investigador do direito, isto é, não reelaborador do direito, cingindo-se à repetição de fórmulas (normas) mecanicamente aplicadas através de meras “ subsunções” silogísticas-dedutivas. “ O que é válido no pensamento dogmático-jurídico não reside na sacralização da norma ou em sua mecânica aplicação à realidade, mas em sua constante reconstrução e, em sua efetiva realização nas situações sociais concretas, sempre cambiantes e historicamente configuradas”.

4.2.34. Por essa forma se há de ver a contribuição da Dogmática Jurídica à formação da idéia do direito, dado fundamental à aplicação do direito, que não se realiza sem passar necessariamente pelo processo hermenêutico. Por isso, sem esta contribuição da teoria crítica, muito provavelmente este debate não fosse possível tempo atrás, não obstante os mesmos princípios constitucionais - igualdade, liberdade, segurança jurídica -, estarem desde sempre insculpidos nas diversas Cartas da República. Sem sombra de dúvidas, então, problemas como o das relações homossexuais, das uniões homoafetivas ficavam, por certo, “invisíveis” aos olhos dos juristas. Assim, cabe ao nosso tempo, retirar a máscara de hipocrisia que recobre este fato social e, com isso, dar visibilidade àqueles que merecem uma cidadania plena. Outrossim, a ciência jurídica, longe de esconder debaixo do tapete algumas candentes questões sociais, deve procurar “dar solução a problemas emergentes do inter-relacionamento humano” uma vez que “não pode a Dogmática perder de vista a perspectiva social a que se destina, exaurindo-se no logicismo ou formalismo conceitual”.

“O que, a esse respeito se postula, é tão-só o reconhecimento da dimensão social deste trabalho, orientado para a reconstrução das normas e conceitos jurídicos em função das necessidades historicamente configuradas. Vale dizer, não pode ele ser um estudo de estática jurídica, das leis pelas leis, dos conceitos jurídicos pelos conceitos jurídicos, de filigranas relativas ao arranjo interno das instituições, tudo impregnados por sutil sistematização lógico-formal. Destinando-se a projetar-se no meio social, não poderá ignorá-lo, sob

pena de tornar-se um mero jogo do espírito, destinado a desenfastiar juristas mais interessados em sutilezas analíticas do que nos problemas deste mundo.

Em suma, no desdobramento de sua “ tarefa de investigação- interpretação e de construção-reelaboração da norma e da realidade”, visando dar solução a problemas emergentes do inter-relacionamento humano, não pode a Dogmática perder de vista a perspectiva social a que se destina, exaurindo-se no logicismo ou formalismo conceitual.⁶⁵”

É necessário advertir uma vez mais que “Dogmática Jurídica deve atentar para a moldura social em que se realiza, para as necessidades, reclamos e objetivos humanos em função de que precisamente deve cumprir-se sua tarefa.”, além do mais, o mal vezo de estudarmos instituições jurídicas como se fossem eternas, as dando a perfeita compreensão do problema, “ justificando as instituições do passado” em “ detrimento do direito presente, as necessidades e contornos do presente.

“É a tendência a olhar e justificar instituições do passado, em detrimento do direito do presente –e, acresça-se, às necessidades e contornos do presente – que conduz ao conceptualismo.”

“Nunca será demais insistir, face à tendência obstinada e insidiosamente contrária tantas vezes e por tantas formas historicamente perceptível no pensamento jurídico, que a Dogmática Jurídica deve atentar para a moldura social em que se realiza, para as necessidades, reclamos e objetivos humanos em função de que precisamente deve cumprir-se sua tarefa. Há que se lutar sem tréguas contra os excessos logicistas que desembocam no formalismo jurídico, que pode ser caro aos juristas formados em sua viciosa atmosfera, mas desservem ao povo – destinatário desse trabalho – que não compreende, não se interessa e nada leva desse sutil exercício intelectual que teima em ignorá-lo.”⁶⁶

4.2.35. Com efeito, o que se busca e não a preponderância de uma análise sobre outra, mas, uma complementaridade destas perspectivas de investigação jurídicas, que desemboca numa concepção totalizadora do direito, posto que, somente ela é capaz de lançar luzes que iluminem um caminho seguro para a interpretação jurídica, e mais ainda, principalmente na análise dos hard cases:

“Todavia, não basta direcionar apropriadamente a Dogmática jurídica. É preciso proclamar enfaticamente que não exprime ela, como quer o positivismo jurídico, todas as dimensões do direito, não podendo, por conseguinte, afastar ou excluir outras abordagens complementares à apreensão de seu ser.

⁶⁵ Ob.cit.p.30-32

⁶⁶ Op.cit.p.35.

Para que se possa chegar a uma concepção totalizadora do direito são também indispensáveis as perspectivas propiciadas pela Filosofia e Sociologia do Direito.

Sem a indagação crítico-valorativa da Filosofia do Direito, não pode o jurista validamente questionar as instituições. Essa indagação de raiz sobre os fundamentos e potencialidades da ordem jurídica é condição de sua atualização e aperfeiçoamento, de modo a poder o direito atender às demandas sociais histórica e progressivamente configuradas.

A percepção da inserção social do direito sob os mais variados ângulos, dentre os quais avultam a aferição do direito eficaz, a adequação ou não a ordem jurídica aos valores socialmente aceitos e os efeitos efetivamente produzidos pelas leis, não pode realizar-se satisfatoriamente sem a contribuição da sociologia do Direito⁶⁷⁻⁶⁸.

4.2.36. Diante disso, não se revela possível “lavar-de-mãos diante de sua eventual iniquidade”, assim, particularmente neste tema, tendo em conta que um outro resultado da interpretação é possível, e sendo possível, é hermeneuticamente aceitável, se filiar a corrente que entende que não há uma vedação, um silêncio eloquente da norma, posto que, se se entender assim, desconsiderar-se-ia por completo outras normas do ordenamento constitucional, e ainda, seria “termina por esquecer o social e as contingências humanas, em função de que, afinal, existem a forma jurídica” e, tendo isso presente, não se revela razoável simplesmente deixar de lado “os aspectos diversos da projeção humana no mundo e, com isso perder-se de vista a sociedade” Estas lições estão muito bem postas pelo autor no seguinte trecho:

“A pretendida neutralidade diante dos valores e das circunstância em que a lei é elaborada resulta num lavar-de-mãos diante de sua eventual iniquidade e num dizer-amém à legalidade, seja ela qual for. **Por essa forma, prepara-se o jurista a assimilar qualquer quadro histórico de onde advenham as leis.**

⁶⁷ Ob.cit.p.36.

⁶⁸ O autor ainda complementa seu raciocínio a respeito da complementaridade nos seguintes termos, fundado nas lições de Elías Díaz: “Nessa linha de pensamento situa-se claramente Elías Días, observando que “ não se entendem plenamente o mundo jurídico se o sistema normativo (Ciência do Direito) se insula e separa da realidade em que nasce e à que se aplica (Sociologia do Direito) e do sistema de legitimidade que o inspira e que deve sempre possibilitar e favorecer sua própria crítica racional (Filosofia do Direito). Uma compreensão totalizadora da realidade jurídica exige a complementaridade, ou melhor, a recíproca e mútua interdependência e integração dessas três perspectivas ou dimensões que cabe diferenciar ao falar do Direito: perspectiva científica-normativa, sociológica e filosófica. (...)Essa compreensão integrada do direito e do discurso jurídico que o exprime permite evitar-se a injustificável cisão entre teoria e prática jurídica ou entre Ciência e Filosofia ou Sociologia do Direito, que tão comumente o ensino jurídico monótona e acriticamente reproduz, alimentando um autêntico diálogo de surdos entre os cultores dessas três perspectivas complementares da realidade jurídica. A não aceitação dessa complementaridade gera, ademais, problemas embaraçosos, muito mais perceptíveis no dia-a-dia do Direito, particularmente na cotidiana rotina dos tribunais, do que na sua reflexão levada a efeito no âmbito acadêmico. P.36-37

É no que dá a construção de uma ciência que, para erigir-se, privilegia a tal ponto as normas, em sua organização escalonada na ordem jurídica, que termina por esquecer o social e as contingências humanas, em função de que, afinal, existem a forma jurídica. Em consequência, se essa ciência pura de normas voltar-se contra os homens, pouco importa, pois o de que ela cuida primacial e ciosamente é de sua cientificidade.⁶⁹

4.2.37. É importante destacar que, mesmo fora dos quadrantes da teoria crítica, esta lição também é alimentada pela teoria clássica da interpretação jurídica, para tanto confira-se este trecho de Carlos Maximiliano quando trata do problema do resultado interpretativo:

“O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das consequências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla ou na estreita, como preceito comum, ou especial.”⁷⁰

4.2.38. Esta é a mesma conclusão que chega Plauto Faraco:

“Isolando o estudo na norma, enquanto norma, ao nível do ordenamento jurídico, confere um foco fixo ao olhar do jurista. Quando dele se desvia, alçando a vista além ou aquém das leis e dos códigos, buscando seus fins, resultados ou determinantes, embaça-lhe a vista, nada vendo além do que lhe permite sua formação tradicional. A invariabilidade de seu foco de visão o impede de contemplar a realidade normativa de modo integrado. Por essa forma, o positivismo não só afasta as dimensões social e filosófica do direito como rejeita o concurso de outros setores do conhecimento para estudar, compreender e valorizar os diversos aspectos da regulação jurídica.

Resulta impossível ver o direito dentro do processo histórico global, perdendo-se de vista a sociedade e, em consequência, seu centro de gravidade.

Os resultados desse enfoque dissociado dos dados sociais concretos são sentidos pelos leigos que, sofrendo seus resultados, não sabem exprimir sua perplexidade em termos de “jurídica cientificidade”, de modo a serem ouvidos e considerados pelos juristas.”.

“Se quiserem atentar ao clamor da vida, os juristas, precisam desviar-se dos pressupostos positivistas, compreendendo que seu trabalho sobre o

⁶⁹ Ob.cit.p.54

⁷⁰

ordenamento jurídico há de ser crítico e abrangente dos diferentes aspectos de sua inserção social, que exprimem aspectos diversos da projeção humana no mundo”⁷¹.

4.2.39. Sob a perspectiva da teoria crítica, cabe incluir, conjuntamente com a dogmática jurídica, as perspectivas do direito que consideram na sua aplicação os interesses pessoais e sociais em questão. Como destacado por Plauto Faraco, não há que se ter uma insensibilidade crítica com relação a estes fatores, que contribuem para a aplicação do direito:

“Cabe evitar a todo preço a injustificável cisão do discurso jurídico que o positivismo alimenta, pretendendo fundamentá-la em razões de ordem científica, mas de fato oriunda de exigências ideológicas que buscam camuflar os interesses efetivamente tutelados pelo direito.

Faz-se necessário mudar o ângulo de visualização dos problemas jurídicos, notadamente daqueles relativos à aplicação do Direito, reconhecendo que sua solução demanda, além do conhecimento e domínio analítico-descritivo do sistema jurídico, capacidade de valorizar os interesses pessoais e sociais em questão, uma forma, em suma, de sensibilidade crítica que a formação jurídica positivista tolhe, na medida em que limita o conhecimento do jurista à lei, ao código, ao sistema jurídico, separando-os da vida.”⁷²

“é tempo que se diga, alto e bom som, que o trabalho dos juristas, no trato das questões jurídicas de modo geral e na solução judicial em particular, deve ter preocupação e engajamento social, buscando a realização da justiça no inter-relacionamento entre os homens, mediante o resgate e a constante afirmação de sua dignidade.

Ao contrário do que comumente se proclama, a luta pelo reconhecimento e afirmação dos valores e direitos necessários à realização das potencialidades humanas, tanto do ponto de vista formal quanto material ou econômico, não constitui descaminho da profissão jurídica ou heresia a ser escondida dos censores de uma cientificidade funcionalmente comprometida com a manutenção do status quo, a girar consciente ou inconscientemente em torno do próprio eixo, indiferente ao drama humano.

(...)

Se resulta impossível deter o fluxo histórico, verdade é que essa forma inadequada de contemplá-lo, fechando-se nos códigos e nas leis e no seu trato lógico-descritivo, pode converter-se em um fator impeditivo de correção de seu rumo, hoje desviado das melhores finalidades

⁷¹ Op.cit.55

⁷² Op.cit.p.58.

humanas.⁷³

4.2.40. Assim, assentadas estas premissas, no sentido de que é não somente possível, mas necessário que para uma abordagem razoável dos problemas jurídicos devemos recorrer não somente a norma, (dogmática jurídica) mas apreender a importância do contexto social, dos fatos (sociologia jurídica) e empreender uma atividade valorativa, (axiologia, filosofia jurídica), num horizonte de complementaridade que permita que a atividade gnosiológica do direito se dê em compasso com o máximo de contato com a realidade vivida, e não, tão somente, um setor da realidade jurídica, por sinal, comprometedor do resultado interpretativo a que deve chegar o interprete. Interessante notar, ainda, como estamos a afirmar esta questão poderia mesmo ser resolvida no âmbito da dogmática tradicional com a utilização, por exemplo, com o arts 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil na linha do decido na - AC 70021637145, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, julgada 13.12.2007.⁷⁴

4.3. SEGUNDA ABORDAGEM: OS DESAFIOS POSTOS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL.

4.3.1. Este outro pressuposto da interpretação se funda nas lições do prof. Menelick de Carvalho Netto, que, ao estudar as relações entre a hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais aponta algumas diretrizes para esta interpretação, lançando luzes na direção a ser seguida, e ainda, o ponto de partida e, mais importante que isso, o ponto de chegada do

⁷³ Op.cit.70.

⁷⁴ Rio Grande do Sul - Apelação Cível. União homossexual. Reconhecimento de união estável. Separação de fato do convivente casado. Partilha de bens. Alimentos. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da LICC. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo geram as mesmas consequências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. Deram parcial provimento ao apelo. (TJRS - AC 70021637145, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j.13.12.2007).

percurso hermenêutico, quando se está a falar de direitos fundamentais, mormente os direitos de liberdade e igualdade.

4.3.2. Nesta trilha, o professor Menelick, aponta a pluralidade, a necessidade de convivências dos contrários, a expansão permanente dos direitos fundamentais, e a diversidade, dentre outros, como elementos necessários que devem fazer parte dos pressupostos interpretativos dos direitos fundamentais.

4.3.3. Assim, logo de início, sua lição aborda uma questão muito cara ao tema aqui debatido, qual seja, questão da pretensão de superioridade de um determinado modo de vida sobre outro. Para isso, traz uma rápida passagem de uma obra de Levi-Strauss questionando a pretensão superioridade da sociedade moderna quando contraposta à sociedade indígena, concluindo que a sociedade moderna não leva em consideração que produz infelicidades, está sempre insatisfeita, afora seu caráter predatório e inadequado – esta lição é colacionada por trazer um ensinamento importante, posto está vazada no sentido de se procurar a compreensão do outro e, com isso, do respeito à diferença:

“O antropólogo Levi-Strauss, na segunda década do século XX, já questionava a pretensa superioridade dessa sociedade, colocando em xeque a idéia mesma de desenvolvimento, ao afirmar que ela produz infelicidades não somente para os seus membros, mas a sua móvel estrutura relacional predatória estende-se também ao seu entorno ambiental, pois é sempre insatisfeita, inadequada, e daí a sua permanente mutabilidade. Levi-Strauss contrapunha essa nossa sociedade moderna à sociedade dita primitiva, às sociedades tribais. E foi assim que, ao estudar tribos indígenas amazônicas, Levi-Strauss questionou a postura tradicionalmente assumida pelos antropólogos diante das sociedades tribais, pois, ao estudar o que eles próprios denominavam “sociedades primitivas”, pressupunham a inferioridade tanto da mente daquelas pessoas quanto daquela cultura, bem como, é claro, a superioridade de sua própria mente e de sua cultura ocidental, tornando-se absolutamente incapazes de aprender o alto grau de complexidade sempre presente na mente humana e nas distintas experiências culturais. Eles não viam, por exemplo, que, ao contrário da nossa sociedade, aquelas eram sociedades bem adaptadas ao entorno, capazes de produzir estabilidade e inclusão sociais e, dessa sorte, a felicidade de seus membros. Em qual sentido nós poderíamos legitimamente nos considerar uma sociedade superior, desenvolvida? Na capacidade de produzir rádios de pilha, computadores, produtos de consumo de toda a ordem? E qual seria o nosso desenvolvimento em termos do que chamamos inclusão social? Uma sociedade indígena, diz Levi Strauss, em termos de integração social de seus membros, possibilita algo muito maior, muito mais desenvolvido – a satisfação do reconhecimento do papel social desempenhado por cada um na comunidade.”⁷⁵ (grifamos).

⁷⁵ Ob.cit.p.142-143.

4.3.4. Esta crítica de Levi Strauss bem se amolda ao questionamento que devemos fazer em relação as uniões homoafetivas, pois, não estariam os contrários a idéia de pessoas do mesmo sexo se unirem fazendo uma leitura deste comportamento a partir de uma visão de mundo totalmente voltada para seus próprios padrões e, assim, tornando-se incapazes de perceber que o outro pode ter visões de mundo diferentes e com, ou por isso, serem felizes ? Daí a necessidade dos direitos fundamentais, que muito contribuem para produzir inclusões sociais de grupo marginalizados. Os direitos fundamentais existem, assim, para que a maioria não imprima um comportamento que viole determinadas pautas axiológicas e, por conseguinte, que se respeite as formas de vida que não conduzam a um mal a outras pessoa:

“Aqui eu gostaria de começar a tratar explicitamente da questão dos desafios postos hoje aos direitos fundamentais. O primeiro e grande desafio, a meu ver, é sabermos que, se por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais. A qualquer afirmação de direitos corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos. A nossa história constitucional não somente comprova isso, como possibilita que repostulemos a questão da identidade constitucional como um processo permanente em que se verifica uma constante tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e a exclusão e que, ao dar visibilidade à exclusão, permite a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e da liberdade de todos. Este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; tomá-los como algo permanentemente mutável, de afirmação da cidadania.”⁷⁶

4.3.5. Esta afirmação de Menelick, no sentido de que é preciso dar visibilidade à exclusão, nos conduz ao entendimento de que, ao aplicar um determinado dispositivo, seja constitucional, seja contido no Código Civil, concernentes à união estável, e verificarmos que aplicação literal produz uma exclusão que, ao fim e ao cabo infirma as conquistas alcançadas pelos princípios da liberdades e igualdade, tem-se que esta interpretação não pode subsistir, posto que, nessa ótica, o resultado interpretativo não se mostraria constitucionalmente adequado:

“(...) E a comparação dessas leis nas distintas tradições constitucionais dos dois países recoloca a necessidade de refletirmos acerca da importância que a formalidade constitucional deve assumir ao lado e concomitantemente com a exigência de materialidade, de concretude, dos direitos constitucionais na vida cotidiana de todos nós. Ou seja, também aqui coloca-se mais uma vez a imperatividade de uma reabordagem teórica que supere o enfoque dicotômico simplista e antinômico típico da ótica moderna clássica – Constituição formal x Constituição material. Já tivemos ocasião de oferecer um enfoque mais complexo das dicotomias ciência e filosofia, público e privado, e agora

também temos de ver a relação de complementaridade e de interdependência recíproca que entre si guardam esses dois opostos, forma e matéria em termos constitucionais. Precisamos pensar essas relações de forma mais complexa do que a redução ao antagonismo procedida pela modernidade desde o seu início até a década de 1960-1970.”⁷⁷

4.3.6. Para melhor explicar seu ponto de vista, o prof. Menelick utiliza-se da imagem do senhor e do escravo oferecida por Hegel para colocar em relevo a idéia de reconhecimento pelo e no outro para que se exercite os direitos de igualdade e liberdade. Assim, determinados direitos somente podem ser eficácia na medida em que se reconhece no outro uma pessoa, um igual participante da comunidade com iguais direitos:

“Nesse sentido, é claro que a visão schmittiniana do fechamento da identidade constitucional, da idéia orgânica e concreta do povo como um dado histórico naturalizado e ontologizado, é um problema, e não uma solução. No processo de construção da identidade constitucional, a contraposição ao outro, à alteridade, é um momento necessário e, sem dúvida imprescindível, tal como o é no processo de formação da identidade individual. No entanto, não é suficiente o senhor e o escravo tão bem descrito por Hegel. O espelho do outro é necessário para que eu me afirme como indivíduo; preciso de que o outro me reconheça como um igual; o risco, no entanto, é o da armadilha da relação entre o senhor e o escravo. Eu preciso exatamente do espelho do outro para me afirmar como indivíduo e, uma vez que preciso e busco desesperadamente esse reconhecimento, tendo a alcançá-lo da forma mais fácil, apossando-me do outro, por meio de um processo de retificação, de escravização, mediante o qual consigo o reconhecimento do outro exatamente por ser mais forte”⁷⁸.

(...)

⁷⁷ Op.cit. p.145-146

⁷⁸ A o enxerto completo: “ Aliás essa é a história da humanidade, não é? Quando se tornou possível, quando a riqueza socialmente produzida possibilitou que alguns deixasse de trabalhar, a escravidão, de imediato, surgiu. No entanto, essa relação entre o senhor e o escravo é tremendamente perversa, alerta-nos Hegel. É uma relação alienante para ambos, pois, por um lado, o escravo não é o senhor de seu trabalho, no sentido de determinar as finalidades que vai buscar realizar, é o senhor, que as determina para o escravo; por um lado, ao ficar livre de ter de trabalhar, do lado duro da natureza, para se apropriar apenas do lado macio dela, dos frutos do trabalho alheio, nada aprende com o processo de fazer realizado apenas pelo escravo, tornando-se, assim, ao cabo, escravo do escravo, ou seja, inteiramente dependente do trabalho deste último. O escravo aprende a fazer, ele sabe fazer, o senhor não sabe fazer, aliás, por isso é que estamos aqui, não é? Nós, que gozamos deste lado macio da natureza, ainda hoje sofremos de outro modo, diz Hegel, o calvário do estudo, do esforço intelectual para a apreensão daquilo que foi produzido, de um saber que foi produzido. Quando, por exemplo, este prédio foi construído, as pessoas que efetivamente estiveram aqui, que o ergueram com o seu trabalho braçal, nunca mais entraram aqui, não estão aqui assistindo a esta conferência. De alguma forma, no entanto, geraram um saber ou, para dizer em termos mais atuais, uma linguagem, um plano de comunicação do qual eles mesmos se encontravam excluídos.” O reconhecimento alcançado pela vitória e a dominação do outro transforma-o em coisa dominada e, de imediato, o reconhecimento obtido perde qualquer valor, posto que equivalente ao reconhecimento que se busca por intermédio da posse das coisas, da demonstração externa de status. O vazio interior permanece e se agrava no interior do sujeito, levando-a desejar possuir mais e mais coisas, e, assim, nunca será preenchido, o seu objeto do desejo nunca poderá ser satisfeito pela apropriação das coisas

Somente reconhecendo os outros como iguais, como pessoas iguais a mim, posso reconhecer a mim mesmo como sujeito de um processo de vida individual que só se dá na interação complexa da vida coletiva e aprender com esse processo, tornando-me sujeito portador de uma identidade própria. Como carência, a incompletude do sujeito constitucional, tal como ocorre conosco no nível individual, só pode ser superada no âmbito de uma comunidade de cidadãos que se assume como um projeto inclusivo, em que essa carência seja transformada na disponibilidade para aprender com as próprias vivências e na abertura para sempre novas inclusões. A identidade constitucional não pode se fechar, a não ser ao preço de trair o próprio constitucionalismo como mostra Michel Rosenfeld.

4.3.7. Deste modo, a busca de sentido da interpretação em sede de direitos fundamentais deve ser a inclusão, mesmo sabendo que toda inclusão pode gerar uma exclusão. Assim, se estamos num processo contínuo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais, sejam estes meros alargamentos da tábua de direitos anterior, sejam mesmos novos direitos fundamentais, ou “na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz de novas concepções dos direitos fundamentais”. Estamos muito provavelmente a falar em elastecimento dos direitos de igualdade e liberdade para todas aquelas pessoas para quem este direito ainda não chegou, dando continuidade a evolução histórica plasmadas nas conquistas civilizatórias.

4.3.8. Não é demais aqui sempre lembrar que mesmo aqueles que desfraldaram a bandeira da liberdade, a exemplo da revolução francesa, tiveram enorme dificuldade de incluir certos setores sociais, ou trabalhar com toda a potencialidade que esta noção teórica poderia levar, como exemplo, a igualdade de gênero, para ficar somente neste aspecto, onde as conquistas dessa igualdade se dão a passos pouco largos, até hoje, como prova de que, se falar em direitos fundamentais, em direito a igualdade, estar-se a se falar diretamente no problema da inclusão do outro, que, na lição de Menelick, deve, assim, presidir a interpretação das normas de direitos fundamentais:

O constitucionalismo, ao lançar na história a afirmação implausível de que somos e devemos ser uma comunidade de homens, mulheres e crianças livres e iguais, lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda inclusão é também uma nova exclusão. E os direitos fundamentais só poderão continuar como tais se a própria Constituição, como a nossa expressamente afirma no § 2º do art. 5º se apresentar como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais. Aquisições que não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz de novas concepções dos direitos

fundamentais.⁷⁹ _

4.3.9. E, talvez estas novas leituras, inclusivas de novos sujeitos na identidade constitucional seria condição mesma para a efetividade da constituição como intui Konrad Hesse:

“(...) Quanto mais conecte o Direito Constitucional com tais circunstancias, quanto melhor assuma as forças e tendências de cada época, melhor poderá exhibir os seus efeitos. Quando tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente.”⁸⁰ (grifamos).

4.3.10. Neste passo, pode-se extrair a importante compreensão de que, se já se concretizaram diversas maneiras de afirmação da liberdade humana - principalmente, por seu teor polemico, ainda hoje problemáticas, como as luta pela consolidação das liberdades de pensamento e de imprensa, o direito de liberdade assume hodiernamente o conteúdo também de um direito a orientação sexual, como esfera privada intransponível, do qual, nem o Estado e nem a sociedade devem interferir, sob pena de grave violação deste direito fundamental.

4.3.11. Ainda, na esteira dessa lição, sob esta perspectiva, nossa identidade constitucional deve permitir uma abertura, pronta para, se necessário for, receber uma “redensificação”, posto que não poderá jamais se fechar material e concretamente, sob pena de, se o fizer, negar o próprio constitucionalismo e de tal modo, não se realizar como liberdade, mas como exclusão:

“Assim, são nossas práticas sociais cotidianas que possibilitam um pano de fundo de silêncio, um horizonte de compreensão, por intermédio do qual lemos a Constituição e a nós mesmos, quer individualmente, quer como membros de grupos categoriais, quer como cidadãos, ou seja, membros dessa identidade constitucional fluida, abstrata e aberta, que, embora requeira redensificação, jamais poderá se fechar material e concretamente, sob pena de negar o constitucionalismo e de ser realizar como ditadura e exclusão.”⁸¹

4.4. TERCEIRA ABORDAGEM. O MESMO PROBLEMA POR OUTRO OLHAR: A HERMENÊUTICA JURÍDICA CLÁSSICA

⁷⁹

⁸⁰ Op.cit. p.12.

⁸¹ Op.cit.p.153-155

4.4.1. Se a teoria crítica propicia um instrumental argumentativo para o entendimento do problema, e também, se se devem compreender os direitos fundamentais a partir de um sentido que vise à inclusão do outro, e a partir destas duas abordagens teóricas se mostra constitucionalmente adequado a possibilidade de se compreender como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo, também isso se mostra tranquilo dentro dos parâmetros interpretativos fornecidos pela hermenêutica clássica, para tanto, colhe-se o aporte dos ensinamentos de Carlos Maximiliano:

“178 - Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entram em função de exegese os dados da Sociologia, como resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quando possível evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às idéias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direitos sujeitas a exame.”⁸²

4.4.2. Ora, as idéias vitoriosas do nosso tempo são em grande parte consequências diretas das lutas por liberdade e igualdade, assumindo-se que cada tempo e lugar têm suas próprias lutas, seus próprios objetivos de liberdade e igualdade, transformada em busca contínua, na justa expressão consagrada em Ihering na sua “Luta pelo Direito” deflui daí que cada tempo tem como espaço de conquista outros direitos de liberdade que não os direitos a liberdade religiosa, de culto, de manifestação, por exemplo, já consolidados e fazendo parte do nosso patrimônio jurídico. Faz-se necessário a conquista de outros direitos, para outras pessoas.

4.4.3. Assim, tem o nosso tempo a possibilidade impar de ampliar os espaços de liberdade da pessoa, é esse “o desejo vitorioso entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direitos sujeitas a exame” de que nos fala Carlos Maximiliano.” O Desejo sempre presente de respeito as suas opções, sejam elas, como no passado, opções religiosas ou políticas, ou, como no presente, opções vertidas na orientação sexual .

4.4.4. Doutro lado, se o que se questiona aqui é justamente a correção de determinado resultado interpretativo que inapelavelmente cria uma injustiça e afasta do gozo de direitos todo um grupo de pessoas, a lição da hermenêutica clássica também nos auxilia a superar este problema. Destarte, como regras de boa hermenêutica a controlar este resultado interpretativo, o mestre da hermenêutica clássica nacional bem nos auxilia, uma vez que traz algumas regras para a um bom entendimento sobre como interpretar:

“Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável (2), que melhor corresponda às necessidades da prática (3), e seja mais humano, benigno, suave (4).

⁸² Op.cit.p.135.

É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequando à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade (5)⁸³.

4.4.5. Essas regras da hermenêutica clássica bem se acomodam também às lições da hermenêutica hodierna. Assim, se pode ver isso na distinção operada pela doutrina entre os discursos de justificação e de aplicação do direito, que justamente operam num campo de diferenciação entre a produção do direito e a sua aplicação.

4.4.6. Confira-se, por exemplo, a lição de Menelick sobre a diferença entre os discursos de elaboração e aplicação do direito, ao dizer que “Normas gerais nem sempre são aplicáveis a todos os casos, mas apenas àqueles casos que sejam capazes de reger sem resíduos de injustiça”⁸⁴, assim, a lição de Carlos Maximiliano de que, “ dentro da letra expressa, procure-se a melhor conseqüência para a coletividade”, se pode extrair a afirmação de que a coletividade ficará enriquecida com a ampliação de seus direitos. A interpretação contrária a extensão da tutela da união estável às pessoas homoafetivas consagra, neste ponto, justamente este resíduo de injustiça, que não pode se ter como normal dentro de uma sociedade que se preocupa em dar sentido aos direitos de igualdade e liberdade entre seus membros.

4.4.7. Com efeito, bem se vê que as óticas interpretativas conduzem ao mesmo resultado, posto que diferentes métodos de interpretação, seja na concepção e no tempo, garantem a efetividade das normas constitucionais e postulam uma interpretação que não fique atrelada exclusivamente a literalidade das disposições normativas. Da mesma forma, prossegue a lição, numa citação que se tornou absolutamente corrente entre nós:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente; não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusão inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.”⁸⁵ (grifamos).

4.4.8. Assim, poder-se-ia, perguntar, ao considerar sem efeitos no campo do direito de família as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, se não estaria esse resultado interpretativo tornando sem efeito, inócua e juridicamente nulo, um ato consciente, público, duradouro, portanto, preenchidos todos os requisitos da união estável como que os diplomas legais que tratam da matéria.

4.4.9. Considerar estas uniões apenas como sociedades de fato contraria o

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ Op. Cit.p. 160.

⁸⁵ Op.cit.p.179.

ensinamento clássico de que o “deve o Direito ser interpretado inteligentemente; não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniência...”, visto esta inconveniência como incoerência de sentido com o restante do ordenamento constitucional, por não levar em consideração os efeitos normativos de disposições jurídicas positivadas em princípios outros estampados na Constituição.

4.4.10. E fechando sua lição acerca do que estamos a chamar de “apreciação do resultado”, conclui no sentido de que este resultado não pode levar a uma injustiça flagrante, como transparece de forma clara quando o resultado é o impedimento de que inúmeras pessoas, titulares dos direitos de personalidade, capazes, livres, restaram, em grande parte, impedidas de exercerem sua sexualidade, mormente em razão de sua orientação sexual e, par disso, extraírem todas as consequências para suas vidas, inclusive a possibilidade de estabelecerem união estável.

4.4.11. Assim, o resultado não pode levar a conclusão que contraste com outros dispositivos igualmente constitucionais e promova incoerências do legislador. E isto se verifica quando o resultado interpretativo caminha no sentido de que, tanto no argumento dos que advogam a existência de uma vedação presente no texto constitucional a união estável de pessoas do mesmo sexo, na linha daqueles que defendem a necessidade de uma emenda constitucional para que se possa compreender como autorizado pela Constituição este fato, quanto daqueles que argumentam que somente seria possível conferir este direito a pessoas homoafetivas por via edição de uma específica legislação sobre o tema, posto que já há no ordenamento jurídico uma regulamentação, conformando este direito, embora não de forma direta, daí a necessidade de utilização dos recursos, se se assim entender, de colmatação de lacunas como o são a analogia, a interpretação extensiva e, por outro lado, num viés mais constitucionais, a técnica da interpretação conforme a Constituição dos dispositivos referentes a união estável.

4.4.12. Se o resultado interpretativo deve procurar um sentido equitativo, lógico e de acordo com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade devemos estar de acordo que os direitos por acaso conferido as pessoas homoafetivas contribuem para este bem estar, e esta contribuição se dá por inúmeras formas, primeira por conferir segurança jurídica a estas relações, não mais dependendo de uma visão mais ou menos discriminadora, segundo porque, com arrimo na lição de Menelick, os direitos fundamentais estão aí para serem ampliados, e não, lidos estaticamente. De sorte que toda sociedade ganha com a ampliação dos direitos de liberdade da pessoa frente às imposições e restrições estatais, seja de atos materiais, seja de atos legislativos. E não menos importante, ganha também em face de um passo a mais na luta contra o preconceito e a discriminação. Conducente com isto Carlos Maximiliano leciona:

“Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade (4).

O interprete não traduz em clara linguagem só o que o autor disse explícita e conscientemente; esforçar-se por entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu, ou é de presumir ter querido instituir ou regular, e não haver feito nos devidos termos, por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocábulos, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante. (5). ”⁸⁶

4.4.13. O fato é que, o instituto da união estável, até 1988 era, na verdade, juridicamente inexistente⁸⁷. Não obstante isso, o constituinte de 1988 consolidou um processo que se iniciou muito tempo antes, que passou desde a negativa de reconhecimento destas uniões estáveis até sua final constitucionalização da Carta Cidadã de 1988⁸⁸. Assim, o instituto que serviu para afastar as inomináveis violações aos direitos de pessoas que se uniam, mas não o faziam estritamente conforme a Lei, deve hoje ser utilizado para proteger também outras pessoas, e isto se revela possível em função de que não se pode permitir que a mesma desigualdade que se procurou sanar à da promulgação da Constituição, se perpetue na forma de outra discriminação.

4.4.14. Deve-se, assim, Interpretar os termos e expressões, em consonância com a historicidade do dispositivo, a sua interação lógica com outros dispositivos da Constituição Federal, daí extraindo um sentido que seja conformador de uma realidade sempre atual e não simplesmente voltado a reger situações do passado.

4.4.15. Se o aporte da hermenêutica clássica nos auxilia a melhor compreensão do problema, faz-se necessário trazer à baila que existem doutrinadores que afirmam não existir uma diferença ontológica entre hermenêutica clássica e hermenêutica constitucional. Nessa linha de raciocínio, teorizando sobre o sincretismo dos métodos de interpretação, após uma crítica a importação das doutrinas germânicas sem um maior grau de verificação de sua compatibilidade ao ordenamento jurídico doméstico, Virgílio Afonso da Silva aduz que:

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ Sobre a expressão, união estável, vale trazer à baila a lição de José Afonso da Silva “É bem verdade que do art. 226, em comentário, sai a compreensão de que, reconhecida como família (entidade familiar), a união estável também é concebida como base da sociedade, que deverá igualmente ter a proteção especial do Estado. Tivemos oportunidade de ver nascer essa verdadeira revolução familiar e de imediatamente apoiá-la, quando a fórmula foi sugerida. Estávamos no Plenário da Comissão Afonso Arinos, procurando um meio de reconhecimento constitucional das uniões familiares de fato, tidas de modo pejorativo como “ concubinato”. Foi aí que – imaginem! – a luz brilhou, talvez como inspiração divina, quando o padre Fernando Barroso D’Ávila sugeriu “ Uniões Estáveis”. O Padre D’Ávila – uma das vozes mais progressistas da nova Igreja Católica – já Havia demonstrado suas idéias avançadas durante todas as discussões dos temas chamados sensíveis ou polêmicos, mas a concepção das uniões estáveis foi, certamente, a mais extraordinária por vir de um padre. In SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 854.

⁸⁸ Toda esta trajetória é exposta por Luis Roberto Barroso terminando por consignar que “Por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício entre tais uniões e o casamento.” In BARROSO, Luis Roberto. Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Professor Jorge Miranda. Coord. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e, Samantha Ribeiro Pflug-Meyer. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127.

“Como se vê – e era esse o propósito dessas três transcrições⁸⁹ –, o chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem chamando de” interpretação sistemática”. Isso pode não o invalidar como idéia-guia para a interpretação constitucional, mas acaba com a pretensão de exclusividade e, mais além, com a pretensão de rompimento com a chamada interpretação jurídica clássica. O chamado princípio da unidade da constituição é, ao contrário, uma reafirmação de um dos cânones clássicos de interpretação e a confirmação de que ele também vale no âmbito constitucional. No fim, acaba valendo também para a interpretação constitucional a antiga lição de Celsus: é contrário ao direito julgar ou decidir com base em alguma parte da lei sem ter examinado a lei por inteiro” (Digesto, I,3,24)⁹⁰. (grifos no original).

4.4.16. Destarte, mesmo que se queira problematizar sua tese central, qual seja, a não exclusividade do princípio da unidade para a interpretação de normas de direito constitucional, o fato é que, para os efeitos aqui sugeridos, tanto considerando este princípio como específico da hermenêutica constitucional, e assim da metódica da interpretação constitucional, como, ao revés, na leitura que faz o autor, como apenas e tão somente a antiga interpretação sistemática, como pode nos dizer o autor, desde Celsus, passando por Savigny, Larenz e Engisch, a lição que se extrair é mesma, não se pode interpretar de forma isolada um dispositivo seja, legal, seja constitucional, como no nosso caso.

4.4.17. E essa é a lição da doutrina clássica da chamada interpretação sistemática:

“Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito ao exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Em toda ciência, o resultado do exame, de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, contrastado pelo estudo de

⁸⁹ O autor refere-se às citações de Savigny “ O elemento sistemático (...) refere-se à conexão interna que congrega todos os institutos e regras jurídicas em uma grande unidade.” System..., p. 214. E a lição de Karl Larenz “ As normas jurídicas (...) não pairam umas ao lado das outras de forma desvinculada, mas estão em uma múltipla conexão entre si. Assim, as regras que forma o direito de compra e venda, o direito de locação ou o direito hipotecário fazem parte de um regramento coordenado, que se baseia em determinados pontos de vista diretivos. Esse regramento, por sua vez, é parte de um regramento ainda mais abrangente – por exemplo, aquele do direito obrigacional ou do direito das garantias reais, e ambos, por sua vez, do direito privado. Desse modo, a interpretação de uma norma deve (...) levar em consideração a conexão de sentidos, o contexto, a localização sistemática da norma e sua função no contexto geral do regramento em questão” Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6ª ed. p.437, por último, a lição de Engisch “ O nexo lógico-sistemático não abarca somente o significado dos conceitos jurídicos em cada contexto concreto de idéias (...) Ele diz respeito sobretudo à totalidade do pensamento jurídico latente na proposição jurídica-individual em suas múltiplas relações com outras partes constitutivas do sistema jurídico como um todo” Einführung in das juristische Denken, PP.94-95”

⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In Interpretação Constitucional. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1ª ed. 2ª tir. 2007, p. 127.

outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até a verdade geral."⁹¹ (grifamos).

4.4.18. Assim, se é verdade que a Constituição protege a união estável entre pessoas de sexos diferentes, atendendo-se ao seu comando literal de diversidade de sexos, pode-se também dizer, com fundamento no mesmo dispositivo, que ela não vedou a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Também acrescentaríamos que ela, pelos seus princípios, protege também a união estável sem diversidade de sexo, porque o resultado diverso disso não pode ser confirmado pela Constituição, uma vez esta Constituição adota um modelo jurídico de organização da sociedade plural, democrático, laico e requer, acima de tudo, o respeito aos direitos fundamentais nela positivados.

4.4.19. Ademais, a verdade particular que o autor cita, que é, neste específico aspecto, a união com diversidade de sexo, soma-se a outra verdade, qual seja, a proteção da intimidade, da vida privada, do direito de liberdade, e assim, outra verdade particular, tendo, então, possibilidade de chegarmos ao entendimento da proteção constitucional em todos os aspectos do direito a liberdade, no particular aspecto da orientação sexual, respeitando-se, por obvio, os limites de que todo e qualquer direito deve ter - e nem precisaria falar - os limites fundados nos direitos de terceiros.

4.4.20. Bem se vê, que esta plêiade de métodos aqui colacionados tem uma função e um objetivo. A função de auxiliar a compreensão do caminho percorrido e o objetivo de afastar o argumento de que se trata de arroubos interpretativos fundados tão somente na doutrina do neoconstitucionalismo para se chegar no resultado interpretativo consubstanciado na possibilidade de casais homoafetivos constituírem união estável;

4.4.21. Assim, posta à questão nos quadrantes da interpretação sistemática, existente desde há muito tempo, tem-se que, no mínimo, se revela razoavelmente, a tese de que não se estar a legislar, por via interpretativa, onde o legislador expressamente vedou, mas, ao revés, em retirar dos comandos constitucionais e legais aquelas potencialidades normativas latentes. Possibilidade esta não vista num primeiro lance de olhos, assim, não explicita para o intérprete, advinda tão somente se o intérprete se empenhar em realizar a interpretação sistemática. E isso se torna claro na seguinte passagem da obra de Maximiliano:

“ Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos, constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. **De princípios mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem, embora se**

⁹¹ Op.cit.p.105.

desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.”⁹² (grifamos).

4.4.22. Dessarte, se não se encontra um princípio isolado, se cada norma deve ser interpretada em conexão íntima com outras, e se o direito não é um conglomerado caótico de preceitos, então, certamente, devemos ler a Constituição por completo, e não tão-somente ler tendo em conta somente um dos seus dispositivos. Da obra de Carlos Maximiliano se extrai também esta frase capital:

“Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto bastante luz para o caso em apreço. Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido”⁹³.

4.4.22. Aqui, os esclarecimentos do autor são precisos, principalmente quando adverte que o preceito adquire um “realce maior, talvez inesperado”, e muito provavelmente o resultado aqui seja mesmo inesperado para boa parte da doutrina, que não empreende “um trabalho de síntese”, posto que, assim fazendo, poderia apreender está “melhor compreensão”.

“O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla ou na estreita, como preceito comum, ou especial”⁹⁴.

4.5. QUARTA ABORDAGEM. O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ADOTADO E A ABERTURA MATERIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

4.5.1. Além da doutrina clássica da teoria crítica, hermenêutica jurídica clássica, a resolução do problema que se apresenta passa necessariamente pela definição de alguns

⁹² Op.cit.p.105.

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ Op.cit.p.107.

pressupostos interpretativos. Pois bem, estes são, primeiramente, qual a definição de constituição⁹⁵ que se adota, qual o problema que se pretende resolver com este conceito, e também qual o papel dos princípios na interpretação constitucional. Daí que, reconhecendo que cabe à Constituição um papel maior no programa normativo dirigente da sociedade, sabe-se, de antemão, que serão maiores os limites postos ao legislador ordinário. E, estes limites estão postos principalmente pelas normas definidoras de direitos fundamentais e pelas normas principiológicas da Constituição.

4.5.2. Então, desde já se faz necessário definir os pressuposto de que partimos, como por exemplo, qual a idéia de Constituição, aqui adotada a doutrina de K. Hesse, para quem, constituição é uma ordem jurídica fundamental, material e aberta, de determinada comunidade:

“A constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido é um ordenamento aberto.

Essa abertura é sempre limitada. Porém, na medida em que seja suficiente, concede – o que dá sobretudo um sentido e conteúdo essenciais ao ordenamento democrático – margem de atuação necessária a um processo político livre, tratando de garanti-lo⁹⁶.

4.5.3. Desta lição de Hesse se intui a reverencia ao processo democrático, contudo, não menos verdadeiro, é possível extrair também que deve o processo democrático respeitar “os elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade”, e sem dúvidas, princípios como da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana devem ser respeitados nas decisões legislativas, executivas, e com igual razão, nos resultados interpretativos operados pelo Judiciário. Embora aberta, esta ordem deve respeitar estas balizas constitucionais.

“Parte-se do reconhecimento de que a constituição de uma comunidade política concreta, seu conteúdo, a singularidade de suas normas e seus problemas há de ser compreendidos de uma perspectiva histórica. Só a consciência dessa historicidade permite a compreensão total e o juízo acertado das questões jurídico-político-constitucionais. Isso é algo que não pode oferecer uma teoria geral e abstrata insensível, que não

⁹⁵ Cf sua lição “ Posta a questão em termos de pré-compreensão constitucional, o primeiro e radical problema, cuja solução condicionará tudo o mais, consiste em sabermos como há de ser concebida a Lei Fundamental, se devemos considerá-la apenas como Constituição jurídica, simples estatuto organizatório ou mero instrumento de governo, no qual se regulam processos e se definem competências; ou, pelo contrário, se devemos admiti-la mais amplamente, como Constituição política, capaz de se converter num plano normativo-material, que eleja fins, estabeleça programas e determine tarefas” Curso de Direito Constitucional. p.4.

⁹⁶ HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva 2009, p. 9

enquadre a constituição na realidade político-social e nas peculiaridades históricas. Tampouco a compreensão histórica pode prescindir, sem mais, da justificação teórica.⁹⁷”

4.5.4. Resulta da lição de Hesse a necessidade da compreensão das normas constitucionais sob a perspectiva histórica. Importante porque o debate público, aberto sobre o homossexualismo é muito recente. Alguns outros debates sobre grupos minoritários ou sem força política bem antes já tiveram conquistas normativas, a exemplo como indígenas, negros, mulheres, crianças e idosos, dessa forma em termo de história dos direitos das minorias é possível que dizer que o direito das pessoas do mesmo sexo se encontra na ordem do dia.

4.5.5. Tanto isso é verdade que decisões importantes nos tribunais internacionais de direitos humanos foram recentemente tomadas. O debate se tornou público e desta publicidade pôde-se extrair as teses que estão em confronto. Assim, no tocante a homossexualidade é nítido que remanesce um viés de discriminação que não se compadece com a atual evolução da sociedade em sede de direitos humanos, portanto, em sede de aceitação da pluralidade, do outro, do diferente.

4.5.6. Daí que esta historicidade deve ser considerada quando da interpretação das normas que se aplicam ao problema esgrimado. Some-se, ainda, o conceito de constituição como processo político de que nos fala Peter Haberle, colacionada sua lição pela pena de Inocêncio Mártires Coelho:

“Nesta perspectiva, para utilizarmos as palavras do próprio Haberle, longe de ser um simples estampido ou detonação originária que começa na hora zero, a Constituição escrita é, como ordem-quadro da República, uma lei necessária, mas fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação, do que decorre, por outro lado, que a verdadeira Constituição será o resultado – sempre temporário e historicamente condicionado – de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade.

Mais ainda, a Constituição é ela mesma, um processo, donde Haberle insistir nessa expressão e em outras do mesmo sentido, tais como compreensão pluralista normativo-processual, alternativas, pluralização da legislação constitucional, pluralidade de interpretes e força

⁹⁷ Op. Cit. p. 2.

normativa da publicidade.⁹⁸

4.5.7. Sabendo que este conceito de constituição tem sua tônica no caráter fragmanetário e indeterminado, e que para se superar esta fragmentariedade e esta indeterminação deve se lançar mão da interpretação constitucional, isto com certeza não socorre os que, a despeito, manejarem uma regra específica da Constituição no tocante a união estável, com a exigência de diversidade de sexos, não compreendem que a Constituição não é um Código que, sob o positivismo, procurava enquadrar a vida humana nas suas disposições. Na expressão de “a revolta dos fatos contra os códigos” lembrada pelo prof. Inocêncio Coelho.

4.5.8. Por conseguinte, na seara interpretativa, a exemplo do que ocorre com o conceito de constituição, os pressupostos de que parte o interprete são decisivos para os resultados hermenêuticos perseguidos. Sim, porque uma vez adotados determinadas posturas hermenêuticas o resultado será diverso, talvez outra resposta frente ao objeto que se pretende interpretar.

4.5.9. Decorre daí que o interprete pode chegar a um resultado interpretativo, constitucionalmente inadequado, pensamos, qual seja, a impossibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, se se adotar uma postura fechada frente ao objeto que se esta a interpretar, a norma constitucional. Ademais quando o mesmo objeto é visto sob uma compreensão inicial a partir de uma metódica da hermenêutica constitucional, esta metódica pode interferir decisivamente no resultado interpretativo.

4.5.10. Assim, a postura aberta quanto as significações e ressignicaões das expressões contidas no texto constitucional, como exemplo maior, as lições vazadas no opúsculo de Peter Haberle⁹⁹, decisivas na definição do conteúdo dos dispositivos que se pretende interpretar. Com efeito, somente a partir daí é possível compreende o porquê de se chegar a resultados diferentes quando da interpretação constitucional. E, no particular aspecto da interpretação dos dispositivos constitucionais aplicáveis a união estável de pessoas do mesmo sexo isso se mostra bastante evidente. Sobre esta sociedade aberta, plural e complexa normatizada pela Constituição, colaciona-se este texto de Canotilho:

“Numa sociedade plural e complexa, a constituição é sempre um produto do” pacto” entre forças políticas e sociais. Através de “ barganha” e de “ argumentação”, de “ convergências” e “ diferenças”, de cooperação da deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferimos, a vários “ compromissos constitucionais”. O caráter compromissório da Constituição de 1976 representa uma força e não uma debilidade. Mesmo quando se tratava

⁹⁸ Op.cit.p. 7.

⁹⁹ HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002,

de “ conflitos profundos” (deep conflict), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis¹⁰⁰.

4.5.11. Assim, mesmo que se visse na base do § 3º do art. 226 da Constituição uma divergência insuperável entre os que admitiam e ou que não admitiam a união estável entre pessoas do mesmo sexo, o certo é que o caráter de compromisso com os direitos fundamentais impede hoje que se faça uma leitura do texto que seja discriminadora, uma vez que foi o próprio legislador constituinte que ali positivou princípios tão importantes como a não discriminação. Estudando especificamente os conflitos entre normas constitucionais em decorrência do caráter aberto das normas constitucionais, afirma Emerson Garcia:

“A primeira questão volta-se à compreensão das disposições constitucionais. Ao assumirem uma textura essencialmente aberta e realizarem incursões nos objetivos a serem alcançados pelo Estado, tem-se um nítido distanciamento dos padrões estruturais tradicionalmente preenchidos pelas regras de conduta, vale dizer: enunciação normativa e, quando o suporte fático nela se subsuma, consequência jurídica.

A premissa de que a Constituição deve projetar-se sobre determinada realidade conduzirá à conclusão de que às suas disposições deve ser atribuído um contorno permeável, de modo a serem preenchidos pelos valores existentes no momento de sua aplicação. A Constituição deve manter-se aberta, assumindo distintas configurações, que variarão em intensidade semelhante às vicissitudes verificadas no meio social desde a sua promulgação.

A força normativa da Constituição, assim, longe de se desenvolver numa dimensão atemporal, imune aos influxos sociais, projeta-se nas singularidades do presente, tendo o seu conteúdo por ele informado. Dissociando-se da realidade, a Constituição encontrará os seus limites e, por via refelexa, se distanciará da pretensão de efetividade de suas normas, comprometendo a sua finalidade regulatória.¹⁰¹

4.5.12. Decorre desta lição que o presente deve influir no desenho que se queira imprimir as normas constitucionais. Se se no passado não era ou não se fazia importante a configuração de uniões entre pessoas do mesmo sexo para efeito da proteção estatal, hoje, pelo contrário, se pode observar claramente os influxos sociais, isto se mostra evidente,

¹⁰⁰ Op.cit. 218.

¹⁰¹ GARCIA, Emerson. Conflito entre Normas Constitucionais. Esboço de uma Teoria Geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 39.

tendo em conta uma realidade que se apresenta em face da patente diminuição do preconceito e da intolerância frente ao diferente.

4.6. QUINTA ABORDAGEM HERMENEUTICA: AS TESES INTERPRETAVISTAS E NÃO INTERPRETATIVISTAS NO DEBATE HERMENEUTICO-CONSTITUCIONAL E SEUS DESDOBRAMENTOS FRENTE AO PROBLEMA DA HOMOAFETIVIDADE

4.6.1. Assumindo que a pré-compreensão, seja da constituição, seja do processo interpretativo é de fundamental importância para os resultados interpretativos, essa é uma constatação, que, dentre outros, é encontrada na advertência de Canotilho quando leciona sobre o que ele chamada de “contexto teórico-Político da Interpretação Constitucional”:

“Antes de proceder ao estudo do problema de interpretação, aplicação e concretização do direito constitucional, convém tornar transparente o contexto teórico-político subjacente aos vários métodos de interpretação da constituição. Se lançarmos os olhos pelas discussões que, há anos, se travam nos Estados Unidos da América em torno dos problemas da interpretação constitucional, verificar-se-á, desde logo, uma bipolarização fundamental entre as direcções chamadas interpretativistas (interpretivism) e as correntes designadas por não-interpretativistas (non interpretativism).”¹⁰²

4.6.2. Nesse debate, toma partido Emerson Garcia, advertindo sobre a necessidade de atualização da norma constitucional:

“Entrando em vigor, a Constituição assume individualidade própria e desprende-se da vontade constituinte: o conteúdo da ordem constitucional é encontrado a partir do seu texto, não do elemento anímico que influenciou o poder responsável pela sua elaboração.

Longe de ser um instrumento de regulação meramente sazonal, a Constituição é vocacionada à continuidade, devendo acompanhar o Estado em todas as suas vicissitudes históricas, sociais e culturais. No entanto, se o texto (programa da norma) é o mesmo, como assegurar a sobrevivência da ordem constitucional em realidade (âmbito da norma) distinta daquela contemporânea à sua entrada em vigor? Como regular situações futuras, desconhecidas quando do surgimento da Constituição? Em uma palavra, com a sua interpretação.

A Constituição, ainda que estática no texto é dinâmica no conteúdo, estando o seu evoluir dependente de uma interpretação prospectiva, vale dizer, de uma identificação de sentido contemporânea à sua

¹⁰² Op.cit.p.1195.

aplicação. Fosse prestigiado o seu sentido originário, ignorando-se todo o processo evolutivo da sociedade, o dever ser se distanciaria de tal modo do ser que terminaria por transmutar-se em algo impossível de ser. Tal ocorrendo, a Constituição não mais poderia subsistir acarretando a ruptura da ordem constitucional, efeito inevitável na medida em que as alterações na vida social são mais céleres que as alterações promovidas nas disposições constitucionais.”¹⁰³

4.6.3. Com efeito, somente a partir deste background teórico é possível, então, poder discutir a possibilidade de atribuir um outro sentido, uma significação diferente ao que parece manso e tranqüilo, e assim, num primeiro momento, muito fácil de resolver, posto que a norma constante do § 3º da Lei Fundamental é expressa e seu conteúdo literal não deixar dúvidas sobre a quem e como, inicialmente, o comando normativo abrigaria em seu programa normativo, na expressão utilizada por Friedrich Muller¹⁰⁴.

4.6.4. Daí, primeiramente, as diferenças teóricas entre as posições interpretativistas e não interpretativistas. Para os interpretativistas, guardadas as peculiaridades internas de posicionamentos, pode-se ia resumir que os limites traçados em que poderiam operar o interprete seriam muito menores, no limite, o interprete tenderia a verificar o que “quis” o constituinte originário, muito próximo do nosso debate sobre a mens legislatoris¹⁰⁵.

4.6.5. Este debate tem sua importância aqui porque parte da doutrina considera que o

¹⁰³ Op.cit.p. 67-68.

¹⁰⁴ Muller, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

¹⁰⁵ “ As correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o literalismo – a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite-, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Estes limites são postulados pelo princípio democrático- a [decisão pelo judicial] não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática-, isto é, o papel da rule of Law não pode transmutar-se ou ser substituída pela Law of judges. O controlo judicial dos actos legislativos tem dois limites claros: o da própria constituição escrita e o da vontade do poder político democrático. Articulado as várias dimensões salientadas pelos autores interpretativistas (Blac, R. Berger, Robert Bork, W. Rehnquist), pode fazer-se uma síntese centrada nos tópicos seguintes. A constituição, na qualidade de {Supreme Law of the Land} constitui e limita o poder político estatal, que, desta forma, não é um poder incondicionado mas um poder constitucionalmente conformado. De qualquer forma, o poder político democrático é o ‘valor’ fundamental da constituição, pelo que o poder de fiscalização dos actos do legislativo pelo judicial deve ser sempre considerado como um mecanismo excepcional. Consequentemente, o controlo judicial em relação a decisão de órgãos politicamente responsáveis só é admissível (e possível) quando o texto, o elemento genético da interpretação (“vontade dos pais fundamntes”) e a delimitação constitucional de competência permitam deduzir uma “ regra” jurídica, a competência decisória e decisiva para a disciplina jurídica dos problemas pertence aos órgãos democraticamente eleitos (e também democraticamente substituídos) por sufrágio. Isto radica ainda na ideia de a função de uma Constituição ser, a titulo primário, institucional e procedimental: compete-lhe estabelecer procedimentos e competências de órgãos (dimensão institucional-procedimental) e não fixar teleologicamente fins ou conteúdos substantivos, como, por ex. liberdade e justiça (dimensão substantiva). Neste sentido, a Constituição tem uma estrita função de instrumento de governo. Limitar a constituição a um “ instrument of government” baseia-se em duas premissas fundamentais de uma ordem democrática e libera: (a) a tese do pluralismo, que aponta para a necessidade de confiar a órgãos politicamente responsáveis a concretização dos conteúdos de liberdade e de justiça agitados e defendidos com acentuações substantivas diversas pelos vários grupos e correntes (políticos, religiosos, culturais); (b) a tese do relativismo de valores (skepticism) que obriga a rejeitar uma visão “ fundamentalista” de valores e a dar mais apelo (relativo) aos valores defendidos por uma maioria democrática do que às posições de uma minoria ou de um órgão judicial.

constituente originário, ao estabelecer a disciplina da união estável, teve em mira tão somente afastar a possibilidade de uma união homossexual no país, utilizando-se assim de um subterfúgio, posto que, por uma norma inclusiva, que abrangeu as uniões não matrimonializadas, para afastar, no futuro qualquer interpretação que viesse a consagrar a possibilidade de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo.

4.6.6. Esta interpretação não pode prevalecer uma vez que a norma do § 3º do art. 226 na verdade buscou resolver um problema que não podia ser mais desconhecido, o problema das uniões entre pessoas sem a chancela do instituto do casamento, das pessoas que desejam estabelecer uma vida em comum, mas não desejavam se casar. Note-se que, assim, para os que aderem à tese interpretativista como solução exclusiva para os problemas constitucionais, não se mostra possível chegar a um resultado interpretativo diferente daquele que advoga a impossibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

4.6.7. Por outro lado, no tocante as posições não-interpretativistas¹⁰⁶, que preconiza a possibilidade e a necessidade se aplicarem “valores e princípios substantivos” – princípios como da liberdade e da justiça, e da mesma forma possibilidade de se invalidarem atos legislativos que estiverem em conflito “projecto” da constituição. Nesse sentido substancial da constituição tem especial peso interpretativo os valores, chamados aqui *substantive values* – justiça, igualdade, liberdade. E “e não apenas e prevalecentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa”

4.6.8. Com efeito, esta possibilidade interpretativa contribui para que não se petrifique a Constituição, uma vez que esta deve, ao fim e ao cabo, no dizer de Gustavo Zagrebowski, ser dúctil, justamente para ser capaz de se aperfeiçoar, acompanhando o projeto de sociedade que esta em constante mutação. Procurando demarcar os principais pontos destas duas teorias, Canotilho as resume da seguinte maneira:

“Da enunciação das premissas básicas, alicerçadoras de posições interpretativistas e não interpretativistas, *intui-se uma diferença fundamental quanto à compreensão da constituição e da interpretação*

¹⁰⁶ “De um modo geral, as posições não interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem “ valores e princípios substantivos” – princípios da liberdade e da justiça – contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o “ projecto” da constituição. Para os defensores do sentido substancial da constituição deve apelar-se para os substantive values – justiça, igualdade, liberdade – e não apenas e prevalecentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa. Na performativa formulação de um dos autores mais representativos de “ significado substancial da constituição” – R. Dworkin-, os pontos de partida são os seguintes: (1) a soberania da constituição, pois o direito da maioria é limitado pela constituição, quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentam sob a forma de “ standards” (conceitos vagos);(2) a objectividade interpretativa não é perturbada pelo facto de os juízes recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, ou até a outros conceitos (religião, liberdade de imprensa) ancorados num determinado ethos social, pois a interpretação da constituição faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma actividade interpretativa dotada de tendencial objectividade; (3) de resto, a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativas: o direito não é apenas “ conteúdo” de regras jurídicas concretas, é também formado constitucionalmente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes.

das normas constitucionais. Essa diferença radica, por sua vez, em pré-compreensões substancialmente diversas de democracia, direito, maiorias; minorias, teorias morais. Uma interpretação objectiva, prevível, democrática, vinculada às regras precisas da constituição é o tema do interpretativismo; **uma interpretação - dizem os não interpretativistas- de uma constituição concebida como projecto de ordenação inteligível e susceptível de consenso, dirigida ao futuro, formada por regras concretas e princípios abertos e valorativos, dotada de lacunas incompletudes, é necessariamente um processo de argumentação principal e objectivamente, juridicamente concretizador, a cargo de uma instância jurisdicional.** Como se irá ver, embora o interpretativismo aponte para dimensões indispensáveis de qualquer metódica jurídico-constitucional - objectividade, operacionalidade, rigor, respeito pelo princípio democrático, humildade perante o conflito de valores -, ela baseia-se em postulados teórico-políticos claudicantes: (1) o direito constitucional como simples “ instrumento de governo” (concepção instrumento); (2) a constituição como produto de uma “ vontade” constituinte historicamente situada; (3) o direito como um sistema fechado de regras precisas, susceptíveis de aplicação;(4) um relativismo de valores aparentemente cego a questões substanciais de justiça; (5) antidemocraticidade do controle judicial dos actos normativos.”

4.6.9. E, ao final, perfilha o caminho tracejado pelo não-interpretativistas, por estarem mais próximos de uma teoria constitucionalmente adequada, não obstante algumas restrições postas:

“Estes postulados não estão em sintonia com a estrutura sistêmica desenvolvida no capítulo anterior, ou seja, com a constituição entendida como sistema aberto de regras; princípios; procedimentos. Conseqüentemente, o background teórico-político das teorias substancialistas e dos princípios de constituição está mais próximo do Leitmotiv informador da concepção defendida no presente capítulo, mas com uma objeção fundamental: não se defende uma concepção exclusivamente” principal” nem se adere a um fundamentalismo valorativo (“ordem de valores”, “ melhor teoria”), postulador de uma” leitura ética” (moral reading) da constituição¹⁰⁷.

4.6.10. Destarte, como se esta a dizer, operando-se com um conceito de constituição que encampe uma pluralidade de modos de viva, uma doutrina da interpretação constitucional também não poderia levar a outro resultado, sob pena de conflito entre o conceito adotado e os resultados interpretativos conseguidos. Assim, aproximando dos postulados da teoria não interpretativista, podemos dizer que o resultado interpretativo que permite que se verifique como plenamente aceitável a união estável de pessoas do mesmo sexo é possível chegar por

¹⁰⁷ Op.cit.p.1189.

que:

a) a vontade historicamente situado do constituinte de 1988 nos permite inferir que o constituinte não se debruçou sobre o tema específico da possibilidade ou não união estável entre pessoas homoafetivas, uma vez, dentre outros motivos, o mais óbvio, é de que não havia espaço, naquele momento, para esta discussão;

b) não é a Constituição um sistema fechado de regras, apto a dirigir a vida, retirando dessas regras todas as suas conseqüências, e isso, até em termos de legislação infraconstitucional não se opera mais, uma vez que esta trabalha com conceitos jurídicos indeterminados, carentes de definição atual de conteúdo, para melhor atualizar-se, e sendo assim, quanto mais, no tocante a normas constitucionais, com seu insescapável viés jurídico-político;

c) Quanto ao relativismo de valores, no dizer de Canotilho, aparentemente cego as questões de justiça, tome-se que, principalmente com os ganhos em sede de hermenêutica constitucional, principalmente com a aplicação do postulado da proporcionalidade, têm-se novamente um retorno a busca da justiça pelo direito, fazendo com que resultados interpretativos que afrontem princípios constitucionais como a liberdade e a igualdade sejam considerados inconstitucionais, mormente sua aparente e formal “constitucionalidade”, que, no atual estágio da ciência do direito constitucional, em especial, da hermenêutica constitucional, não se pode mais admitir, sob pena de se desconsiderar a busca da justiça, pela aplicação, dentre outros, do princípio da igualdade.

4.7. OS PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

4.7.1. Neste ponto do debate se destaca o papel dos princípios da interpretação constitucional para o deslinde da questão, se faz necessário realçar, então, o conteúdo de alguns princípios (postulados, para alguns) interpretativos. Em Especial os princípios da unidade da constituição, da força normativa da Constituição, da eficácia máxima das normas constitucionais e do efeito integrador.

4.7.2. Com efeito, muito auxilia a tarefa de compreender a questão em debate, se ter olhos voltados para todo um conjunto de princípios hermenêuticos que a doutrina constitucional de forma unânime consagra como diretrizes de entendimento das normas postas na Constituição. Se o debate se dá se estes princípios ou postulados interpretativos, como parte da doutrina os nomeia, são específicos da hermenêutica constitucional, isto é, se somente são utilizadas numa seara do conhecimento jurídico, tal problema aqui se apresenta fora do campo de investigação, posto que em nada influencia na busca por uma interpretação constitucional adequada das regras e princípios incidentes sobre o tema.

4.7.3. Destarte, no tocante a princípios jurídicos e princípios interpretativos, primeiramente cabe lembrar a distinção entre estes, chamados de princípios hermenêuticos e

aqueles, os princípios jurídicos. Distinção que esta trazida por Canotilho quando assevera que:

“Relativamente ao primeiro problema, convém distinguir entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a ratio legis de uma disposição (cfr, infra, cap. 3, canones de interpretação) ou revelar normas não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízos, o desenvolvimento, integração e complementação do direito. (Richterrcht, analogia júris).”¹⁰⁸

4.7.4. Assim, são exatamente alguns desses princípios de interpretação que primeiro trataremos, pois auxiliam sobremaneira no descortino da questão, uma vez que, como destacado pelo constitucionalista português, esses princípios **“permitem revelar normas não expressas por qualquer enunciado legislativo”**. Decorre daí , para os efeitos aqui discutidos dos comandos constitucionais que regem a matéria e das interpretações da legislação infraconstitucional que devem ser encampadas, esta afirmação é de fundamental importância, dado que nos permite dizer que uma interpretação que, num primeiro momento, não se mostra em regra expressa do texto constitucional, pode se revelar constitucionalmente adequada quando argumentativamente deduzida do conjunto das normas postas na Constituição.

4.7.5. Soma-se a esta lição de Canotilho os ensinamentos de Humberto Ávila, embora, tanto na nomenclatura e quanto, em certa medida, no conteúdo, sejam levemente diferentes, manejando assim, o autor, de forma diferente o que chama de “postulados normativos aplicativos”. Não obstante isso, para os efeitos específicos da metódica da interpretação constitucional sua lição é esclarecedora:

“A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.

“os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Almedina, 2003, p. 1161.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8º ed. São Paulo:

4.7.6. Nesta senda, no tocante ao papel exercido pelos dos princípios na interpretação constitucional para o deslinde da questão, se faz necessária realçar o conteúdo de alguns que contribuem para o entendimento da questão aqui debatida, como supra referido, os princípios ou postulados interpretativos da unidade da constituição, da força normativa da constituição, do efeito integrador e da concordância prática das normas constitucionais.

4.8. O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

4.8.1. A doutrina de princípios específicos no campo da interpretação constitucional pode ser encontrada principalmente em dois autores, Canotilho e Konrad Hesse. Para o professor português, o princípio da unidade assumi importância principalmente no tocante a consideração de normas como veiculadoras de princípios e regras, sendo o princípio da unidade da constituição um útil vetor hermenêutico para solução de problemas decorrentes dos conflitos quando da aplicabilidade destas normas:

“A consideração da constituição como sistema aberto de regras e princípio sdeixa ainda um sentido útil ao princípio da unidade da constituição: o da unidade hierárquico-normativa.

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal tem igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentre da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses: (1) a tese das antinomias normativas; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais. O princípio da unidade da constituição é, assim expressão da própria positividade normativo-constitucional e um importante elemento de interpretação “¹¹⁰.

Ou, ainda:

“O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, atagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘ guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex. princípio

Malheiros, 121-122.

¹¹⁰ Op.cit.p. 1183.

do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional ou local. Daí que o interprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.¹¹¹

4.8.2. Assim, de acordo com o enxerto de Canotilho, se o princípio da unidade da constituição conduz necessariamente a rejeição de duas teses - muito caras a este estudo -, qual seja, de que não há antinomias normativas e por via de sua consequência, também não se pode falar em inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, estas premissas nos levam a concluir que qualquer interpretação que leve a uma antinomia e a pretensão de uma inconstitucionalidade se revela constitucionalmente inadequada.

4.8.3. E, isto se dá, em especialmente no problema aqui debatido, quando o resultado interpretativo que conclua pela incidência de somente um único e exclusivo dispositivo da Lei Fundamental e não, como se deve esperar, de outros dispositivos, tão importantes como a regra disciplinadora da união estável para pessoas de sexo diversos esculpida na §3º do art. 226. Assim, a contribuição do princípio da unidade da constituição é enorme no sentido de impedir que se aplique a uma situação, que atrai inúmeros dispositivos constitucionais, somente um único dispositivo, capaz de gerar uma inconstitucionalidade e uma antinomia que o sistema não suporta, assentadas que estão as premissas da impossibilidade de antinomia entre as normas constitucionais e a inconstitucionalidade de normas originárias.

4.8.4. Neste sentido, pode se dizer que este postulado interpretativo conduz o interprete a não interpretar somente um dispositivo da Constituição sem verificar os outros dispositivos também aplicáveis ao caso concreto. A isto se poderia chamar de interpretação sistemática, na linha de entendimento proposta por Virgílio Afonso da Silva, quando defende a existência de um sincretismo metodológico entre os diversos métodos de interpretação, seja o constitucional, seja o legal. Ainda, sobre as interferências deste princípio na interpretação constitucional assevera Canotilho:

“Compreendido dessa forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da” coerência narrativa do sistema jurídico”. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem” na medida do possível, como se fosses obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin). Nestes sentido, embora a Constituição possa ser uma “ unidade divida” (P. Badura) dada a diferente confirugração e significado material de suas normas, isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua

¹¹¹ Ob.cit.p. 1224.

validade, prevalência normativa e rigidez.”¹¹²

4.8.5 Esta “coerência narrativa do sistema jurídico” pode ser compreendida no sentido de afastar as possíveis antinomias do texto constitucional com a melhor interpretação possível. Assim, das interpretações possíveis, i) a que conduz ao entendimento de que há uma vedação ao estabelecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, em homenagem assim a literalidade do § 3º do art. 226 da CF, e ii) a que afirma que esta disposição deve ser interpretada em conjunto com os outros dispositivos constitucionais, mormente os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, temos que está última, nos parece ser a melhor interpretação possível.

4.8.6. E isto se deve porque resultado interpretativo a que chega o interprete com a interpretação literal do dispositivo afronta os referidos princípios que, como visto, possuem igual dignidade normativa. Aliás, não se pode esquecer que o princípio da dignidade pessoa humana é o eixo axiológico da Constituição. Embora, talvez, não se possa de antemão gizar com maior precisão o seu âmbito de proteção, como nos adverte um setor da doutrina, o certo é que, no caso concreto, resta sem sombra de dúvidas que a proibição ou mesmo a não proteção por parte do Estado de união entre pessoas do mesmo sexo com fundamento tão-somente na diferença de orientação sexual viola este princípio, porque interfere nos direitos de liberdade, num dos seus principais aspectos, a - sexualidade, aqui entendida como direito à orientação sexual, uma vez que, a evidencia, num Estado Democrático de Direito, deve esta orientação ficar livre de interferências estatais, posto que se insere dentro de uma esfera eminentemente privada, circunscrita, principalmente, a desígnios biológicos, e sendo assim, não se mostra compatível com qualquer determinação - interferência estatal para que os indivíduos se assumam esta ou outra orientação sexual. Seria levar longe demais os poderes conferidos ao Estado sobre o indivíduo.

4.8.7. Retomando observação de Canotilho, creditada a Badura, de que a Constituição pode ser uma unidade dividida é esclarecedora, posto que podem existir antinomias entre suas normas, aliás, facilmente identificável, por exemplo, nas normas definidoras de direitos fundamentais, normas normalmente veiculadas por princípios, cabendo ao interprete solucionar este conflitos com aportes metodológicos oferecidos pela hermenêutica constitucional, e dentre eles, este princípio da unidade da constituição. Corroborar este entendimento Virgílio Afonso da Silva ao afirmar que: “Não há o que retocar nessa definição. É- salvo engano - ponto pacífico que a interpretação das disposições constitucionais deve ser feita levando-se em consideração o todo constitucional, e não disposições isoladas.”¹¹³ (grifamos).

¹¹² Op.cit.p.

¹¹³ SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In Interpretação Constitucional. (org. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo.. Malheiros, 2007, p. 126. Contudo, o mesmo faz um reparo no sentido de que o princípio da unidade da constituição não se diferenciaria do antigo princípio da interpretação sistemática ao afirmar que “ Como se vê - e era esse o propósito dessas três transcrições -, o chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem chamando de “ interpretação sistemática”. Isso pode não o invalidar como idéia-guia para a interpretação constitucional, mas acaba com a pretensão de exclusividade, e mais além, com a pretensão de rompimento com a chamada interpretação jurídica

4.8.8. A importância desse princípio interpretativo para a solução do problema jurídico aqui debatido é enorme, porque este impõe ao interprete o dever de buscar no sistema jurídico “uma concepção correta do direito”, ou na linha do pensamento de Dworkin, a busca da “única resposta correta”¹¹⁴, no sentido de perseguir um resultado interpretativo que satisfaça, na maior maneira possível, grande parte dos membros da sociedade, chegando a um resultado interpretativo que esteja plasmado na Constituição, e assim, dogmaticamente sustentável.

4.8.9. Com efeito, para a melhor análise da questão, torna-se mesmo imperioso, e assim, faz-se necessário que a Constituição seja lida em seu todo. Corolário lógico é que não se pode apenas se apoiar numa mínima parcela normativa da Constituição deixando de lado todo um conjunto normativo também aplicável a questão. Decorre daí que, pelo menos seja verificado o sentido e o alcance de normas que podem estar em linha de colidência, como o resultado interpretativo advindo da aplicação literal do § 3º do art. 226 da CF, posto que, este dispositivo ao se referir expressamente a homem e mulher, portanto, a pessoas de sexo diferentes, acaba, se aplicado na sua literalidade, gerando um conflito com outras normas, também, de igual dignidade constitucional, como os princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, do direito de liberdade. Daí a necessidade de compatibilidade destes resultados interpretativos

4.8.10. Destarte, a partir da solução deste aparente conflito de normas constitucionais, aparente porque já se asseverou a impossibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais postas pelo legislador constituinte originário, passa necessariamente pela “exigência de coerência normativa” do seu texto. Nesta senda, parece fora de dúvida que a “coerência normativa do texto” se faz com o afastamento de discriminações injustificáveis, com a preservação da tolerância e com o respeito a dignidade de todas as pessoas, independentemente de orientação sexual. Nesta mesma senda, Luis Afonso Heck, nos fala da interpretação constitucional e o decisivo princípio da unidade da constituição.

“Tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.

Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da “realidade” a ser ordenada. Neste aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador do conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação, naturalmente, ela

clássica. O chamado princípio da unidade da constituição é, ao contrário, uma reafirmação de um dos cânones clássicos da interpretação. No fim, acaba valendo também para a interpretação constitucional a antiga lição de Celsus. **É contrário ao direito julgar ou decidir com base em alguma parte da lei sem ter examinado a lei por inteiro.**” Op.cit.p. 127.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175 e ssg.

tem também somente nesse aspecto caráter criador... a atividade interpretativa fica vinculada a norma. E concretização pressupõe um “entendimento” do conteúdo da norma a ser concretizada, que não se deixa desatar da “(pré-) – compreensão do interprete e do problema concreto a ser resolvido, a cada vez.¹¹⁵

Continuando a lição aduz:

No quadro de uma interpretação constitucional, assim colocada, podem aos princípios da interpretação constitucional caber um significado dirigente e limitador. Interessa aqui o princípio da unidade da constituição. Ele diz que a conexão e a interdependência dos elementos individuais da constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada. todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas. Somente uma tal resolução do problema corresponde a esse princípio, que se mantém em consonância com as decisões fundamentais da constituição e se preserva da restrição unilateral a aspectos parciais. O princípio da unidade da constituição, como princípio da interpretação constitucional, conduz à outra questão acima colocada.¹¹⁶

4.8.11. Notemos que, ao dizer que o princípio da unidade da constituição é um princípio que nos conduz a nos preservar de restrição unilateral a aspectos parciais” o professor Heck nos municia de argumento fortes para que não se conclua de forma parcial e se retire do âmbito de proteção dos direitos fundamentais as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, posto que, não se coaduna com o princípio da unidade do ordenamento jurídico a leitura individualizada do texto insculpido no § 3º do art. 226, sob pena de, novamente, se fazer uma leitura “restritiva” dos direitos individuais, não autorizada. Calha lembrar aqui a advertência do Min. Eros Roberto Grau de que “ não se interpreta o direito em tiras”, o que quer dizer que:

“A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao interprete sempre, em qualquer circunstancia, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito

¹¹⁵ Neste ponto Heck lança mão de afirmações de Konrad Hesse sobre o tema, transcrevemos aqui para melhor entendimento do caráter da interpretação.. Nota de Rodapé numero 11 HESSE, K (nota 3), Rn. 60f., S. 24f. número de margem 60. Pode-se, com isso, dizer.. a) O pressuposto da concretização compõe-se de um “ entendimento” (compreensão) do conteúdo da norma, esse “ entendimento”, por sua vez, esta vinculado a uma “pré-compreensão” tanto do interprete como do problema concreto a ser resolvido;b) O procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela constituição e pelo problema respectivo (HESSE, K. nota 3), Rn. 66. S. 26. Número de margem 66, página 63)

¹¹⁶ Op.cit.p.13.

isolado, destacado, despreendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.”¹¹⁷

4.8.12. Notadamente o ponto decisivo aqui é que não se pode tomar isoladamente uma determinada disposição normativa, logo, não se pode, na imagem produzida pelo Min. Eros Grau, interpretar em tiras, há que se dar importância ao conjunto do ordenamento jurídico. Em outras palavras, podíamos nos valer de Dworkin no seu conceito de integridade para chegar às mesmas conclusões no sentido que caberá a observância de todas as normas que incidem sobre o fato que se quer ver juridificado. Destarte, a incidência de diversas normas sobre este mesmo fato faz que o interprete se desincumba da tarefa hermenêutica procurando, senão “a única resposta correta”, pelo menos “a melhor resposta correta”. Ainda, com relação ao princípio da unidade da constituição, Emerson Garcia aduz:

“A unidade ocupa extremo oposto à antinomia, podendo ser concebida como um postulado, não propriamente um fato, que preserva a integridade do sistema e contribui para a solução das contradições nela existentes. A unidade, assim, consubstancia um referencial para a interpretação e a concretização da Constituição, não um fator de supressão de antinomias. Quando muito, pode evitar seja alcançada uma antinomia.

As disposições constitucionais não pode ser concebidas como partículas isoladas e indiferentes ao seu entorno: por possuírem idêntica natureza e ocuparem o mesmo plano hierárquico (sob a ótica jurídica, não axiológica), devem manter uma relação de harmonia e pacífica coexistência. A unidade constitucional explora as potencialidades da interpretação sistemática, permitindo sejam contornadas as múltiplas tensões dialéticas que se verificam na Constituição, fruto de seu caráter fundante e da estrutura essencialmente aberta de suas disposições.

A idéia de unidade constitucional **é um claro indicativo de que não se pode atribuir às disposições constitucionais uma unidade de sentido, estaticamente formada, invariável e indiferente ao seu entorno. O sentido de uma disposição será diretamente influenciado pelas demais que com ela coexistem no texto constitucional, não sendo incomum sejam encontrados novos sentidos a partir de alteração promovidas em outras disposições.** A preservação da harmonia constitucional torna imperativo que a atividade do interprete mostra-se sensível as vicissitudes do entrono, não podem a parte ser dissociada do todo, isto sob pena de se comprometer a juridicidade do próprio sentido encontrado.”

E complementa sua lição:

“A necessidade de se preservar a unidade da Constituição, harmonizando disposições coexistentes e não raras vezes dissonantes,

¹¹⁷ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação. Aplicação do Direito. 4ª ed. São Paulo. Malheiros, 2006, p. 44.

terá como conseqüências lógicas a imposição de ampliações ou retrações ao seu potencial normativo. A partir das especificidades presentes no momento da aplicação, será possível que uma mesma disposição venha a originar norma constitucional diversa daquela que regulará situação similar, o que será diretamente influenciado pelo maior ou menor potencial de incidência de outras disposições aplicáveis ao caso.”¹¹⁸

4.8.13. Com efeito, o resultado interpretativo alcançado, se coaduna com a lição posto que tem como “ conseqüência lógica a imposição de ampliação” do potencial normativo da norma prevista no § 3º do art. 226 da CF, em razão mesma das especificidades postas pela realidade vividas por pessoas que resolveram estabelecer união estável.

4.9. O PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

4.9.1. Outro postulado interpretativo importante para este debate diz respeito a força normativa da constituição. Teorizado por Konrad Hesse no seu opúsculo “A Força Normativa da Constituição”, em contradição a tese sustentada por Ferdinand Lassalle em abril de 1862, quando este firmou sua tese de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, o que tornava a constituição “ uma folha de papel” frente a realidade.

Tendo isso presente, Hesse chamou para si a responsabilidade de oferecer uma antítese a obra de Lassalle, na tentativa, assim, de resgate da dignidade das normas constitucionais, o que equivale a dizer que esse resgate se dá justamente com a idéia de conferir injuntividade as normas constitucionais, portanto, sendo normas, devem presidir, na medida do possível, os caminhos a serem seguidos pela sociedade. Assim, nas palavras de Hesse:

“Mas, - esse aspecto afigura-se decisivo - a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de

¹¹⁸ Op.cit.p.76.

eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas¹¹⁹.

4.9.2. E isso sem antes dizer da mútua relação entre a pretensão de eficácia das normas constitucionais e a realidade a ela subjacente. E o que estamos a dizer certamente vai ao encontro deste postulado. Assim, se a realidade hodierna não se compadece com discriminações, e aqui, particularmente de discriminação por orientação sexual da pessoa, avançando no pensamento, poder-se-ia afirmar que, estão de certa forma criadas as condições de eficácia da norma constitucional no tocante a liberdade de orientação sexual e igualdade de direitos, com isso, sob este aspecto de confluência entre norma constitucional e condições de eficácia desta norma, como escreveu Hesse nesta passagem, se mostra alvissareira a pretensão de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Na mesma lição, Hesse aduz:

Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

4.9.3. A lição chama a atenção para o fato de que, talvez não fosse possível década atrás alvitrar sobre uma determinada configuração jurídica de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que o regramento social e jurídico “uniforme e monolítico” que se revelava “incapaz de compreender a pluralidade psicossomática das pessoas”, uma vez que nem mesmo as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo possuía estatuto jurídico próprio. Como já referido, mas de fundamental importância, foi a Constituição de 1988 que trouxe para o sistema jurídico a proteção das uniões não matrimonializadas. E foram estas conformadas legislativamente pelas leis nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96 e agora, com o seu regramento insculpido no Código Civil de 2002. Ainda com a doutrina de K. Hesse:

“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela

¹¹⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, p.

concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converte-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)¹²⁰.

4.9.4. Com efeito, cabe-nos converter os princípios da igualdade e da liberdade em força ativa, em dar concretude às tarefas preconizadas pelo texto constitucional. Talvez, não somente podemos, na verdade temos todos a obrigação de nos orientar na interpretação, na idéia mesma de um dever-poder, voltado para uma atuação “segundo a ordem nela estabelecida”. Uma ordem de igualdade e de liberdade. Com isso Konrad Hesse destaca ainda a enorme vantagem para a sociedade de se dar cumprimento as normas constitucionais, principalmente, e isso é importante no debate aqui travado, “sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incomoda”, vejamos:

“Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito á Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incomoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade de Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito a Constituição e garante um bem da vida indispensável a essência do Estado, mormente do Estado democrático”. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado” (grifamos).

4.9.5. No tocante as possibilidades interpretativas das normas constitucionais, a lição do constitucionalista germânico é esclarecedora no tocante a busca da interpretação adequada:

¹²⁰ Idem, ibidem.

“Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). **Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, tem a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa.** Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição. (...)”

4.9.6. E em arremate final ao que estamos a dizer nos parece que a concretização, de forma “ excelente, do sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinação situação” é o resultado interpretativo que acompanha a evolução da sociedade, que se preocupa com a Justiça da decisão, que não fecha os olhos para a realidade, que utiliza-se dos princípios hermenêuticos para ajudar na solução do problema constitucionalmente colocado. Destarte, não faz mais sentido que estejamos dentro de uma ordem constitucional que tem seus fundamentos definidos logo no art. 1º da Magna Carta, como a cidadania (inciso II); a dignidade da pessoa humana (inciso III); e por fim o pluralismo político (inciso V), e ainda continuamos a discriminar pessoas por simplesmente terem uma orientação sexual diferente da maioria.

4.9.7. Como se não tivéssemos aprendido a duras penas, sobre os escombros dos fatos que vitimaram milhões e scandalizaram consciências, o respeito à diferença e, seu consectário lógico, o respeito às minorias, verdadeira torre de sustentação do próprio constitucionalismo, pois, sem este respeito, plasmado nos direitos fundamentais, teríamos um regime cuja maioria não encontraria limites. E, também, lembre-se, para os efeitos que pretende-se extrair das lições de Konrad Hesse, que vontade de Constituição significa dar concretude aos objetivos plasmados no art. 3º, que são muito claros, como I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; e mais ainda, V - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4.9.8. Sendo assim, outra não poderia ser a interpretação desses comandos jurídicos constitucionais no tocante ao problema relacionado à união estável entre pessoas do mesmo sexo, porque, ao revés, solução contrária certamente faria com que não se desse cumprimento a Constituição, violando-a na sua forma mais grave, posto que atentaria contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.9.9. Com efeito, não se pode relegar ao acaso o grave problema de reconhecimento e dignidade humana destas pessoas, aprofundando o déficit de normatividade do Texto Constitucional, tornando as normas constitucionais simplesmente exortações ou tão somente pautas programáticas, veiculadoras de valores que um dia, no futuro qualquer, poderiam se cumprir, sugestões de normas e constitucionalizações apenas e tão somente simbólicas. Não obstante, bem sabemos, na atual quadra da ciência do direito constitucional, embora essas colocações fossem verdades no passado, hoje, as normas constitucionais possuem normatividade, e esta normatividade que está, afinal, sendo manejada para que se produzam seus efeitos virtuais de normas jurídicas dotadas de eficácia e efetividade. Na doutrina nacional, Luis Roberto Barroso muito se bateu pela efetividade das normas constitucionais, são suas as seguintes indagações sobre o tema:

“Consoante doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos, os da sua existência, validade e eficácia. No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o deve-ser normativo e o ser da realidade social. O interprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador¹²¹. (grifamos)

4.9.10. Extrai-se dessa lição do prof. Barroso dois argumentos que se revelam decisivos a combater a tese de que não poderia haver a incidência direta das normas constitucionais sobre os fatos sociais sob comento, a união de pessoas do mesmo sexo. Isto porque, a um só tempo, diz que é preciso, entre as alternativas interpretativas possíveis, extrair a que prestigie a atuação da vontade constitucional, lembrando, com esta última expressão, ‘vontade constitucional’, a expressão consagrada por Konrad Hesse no tocante a força normativa da constituição, e também, por igual motivo, impede que se considere a união estável entre pessoas do mesmo sexo como não proibida pela Carta Maior, mas, que careceria necessariamente de interposição legislativa para sua existência no mundo jurídico, fato que, por si só homenagearia o princípio democrático, mas deixaria ao desamparo diversos direitos fundamentais.

4.9.11. É justamente isso que se quer evitar com as expressões “força normativa da constituição” e “aplicabilidade direta de normas constitucionais” esta última muito bem

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva 2009, p. 305.

desenvolvida pelo professor fluminense , com “ doutrina da efetividade”. Dessarte, ainda com relação ao princípio da força normativa da constituição, Emerson Garcia leciona:

“A primeira questão volta-se à compreensão das disposições constitucionais. Ao assumirem uma textura essencialmente abeta e realizarem incursões nos objetivos a serem alcançados pelo Estado, tem-se um nítido distanciamento dos padrões estruturais tradicionalmente preenchidos pelas regras de conduta, vale dizer: enunciação normativa e, quando o suporte fático nela se subsuma, consequência jurídica.

A premissa de que a Constituição deve projetar-se sobre determinada realidade conduzirá à conclusão de que às suas disposições deve ser atribuído um contorno permeável, de modo a serem preenchidos pelos valores existentes no momento de sua aplicação. A Constituição deve manter-se aberta, assumindo distintas configurações, que variarão em intensidade semelhante às vicissitudes verificadas no meio social desde a sua promulgação.

A força normativa da Constituição, assim, longe de se desenvolver numa dimensão atemporal, imune aos influxos sociais, projeta-se nas singularidades do presente, tendo o seu conteúdo por ele informado. Dissociando-se da realidade, a Constituição encontrará os seus limites e, por via reflexa, se distanciará da pretensão de efetividade de suas normas, comprometendo a sua finalidade regulatória¹²². (grifamos)

4. 10. PRINCÍPIO DA CONCORDANCIA PRÁTICA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

4.10.1. Colhe-se da lição de Emerson Garcia a seguinte passagem referente ao conteúdo deste princípio:

“A concepção de que as normas constitucionais ocupam um mesmo plano existencial, com idêntica autoridade e sem qualquer escalonamento hierárquico entre elas, torna imperativo que qualquer atividade interpretativa ou de aplicação esteja comprometida com a necessidade de assegurar a sua convivência no sistema, permitindo a sua “ concordância prática (praktische Konkordanz). Trata-se de

¹²² GARCIA, Emerson. Conflito entre Normas Constitucionais. Esboço de uma Teoria Geral. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 39.

princípio que mantém estreita correlação com o da unidade constitucional,, auferindo o seu significado em vetores lógico-axiomáticos que buscam assegurar a necessária coerência dos objetivos e dos valores que informa a Constituição.

Constata a existência de uma pluralidade de normas e de uma sobreposição normativa, presente na medida em que, simultaneamente, projetam a sua força normativa sobre uma dada situação específica, faz-se necessário estabelecer um balizamento ao avanço de cada uma delas. A idéia de concordância prática exige que a atividade do operador do direito seja finalisticamente voltada à sua harmonização, otimizando-as até o limite do equilíbrio¹²³. (grifamos).

4.10.2. Claro está que, a otimização desta concordância prática se encontra tão-somente no resultado interpretativo que conduza a maior observância dos preceitos constitucionais incidentes no caso concreto. E, isto se dá, justamente, porque admitindo uma outra interpretação, não haveria sequer concordância prática, posto que seria pura e simplesmente uma aplicação de uma determinada regra constitucional, olvidando-se, assim, por completo, todas as outras normas constitucionais aplicáveis ao caso sub exame.

4.10.3. Destarte, assumindo que cabe ao interprete procurar uma situação de equilíbrio entre as normas constitucionais, harmonizando-as e, com isso, otimizando-as, não se pode fazer isso sem que se valore as inúmeras normas e, por conseguinte, pelo menos se dê conta da existência destas normas.

“Com as normas coexistem em unidades espaço-temporais, uma delas não pode se

r descarta do sistema por incompatibilidade com a outra. É necessário, assim, sejam encontrados mecanismos que permitam a simultânea aplicação de ambas, ainda que com parcial restrição do seu âmbito de incidência, amoldando o seu potencial normativo às circunstâncias do caso concreto, ou, em casos extremos, a não aplicação de uma delas”

4.10.4. Interessante notar que no caso em debate, não se verifica nenhuma das conseqüências aludidas pela doutrina, isto é, nem a restrição de aplicação de uma norma ou sua simples não aplicação, uma vez que, ao considerar que se pode estender o entendimento de união estável as pessoas do mesmo sexo, permanece com total vigor o comando para as pessoas heterossexuais, permanecendo, assim, em pleno vigor, todo o texto normativo do dispositivo constitucional disciplinador da matéria, e não se há de falar em qualquer outra norma que não se deixa de aplicar. Assim, esta não aplicação de uma norma não se verifica, pois, o que se estaria a fazer é tão somente igualar situações que são muito próximas, e por isso se justifica aplicação do instituto tanto a um caso como a outro, uma vez que o elemento de *discrímen* não se compadece com o ordenamento constitucional.

¹²³ Op.cit. p.79.

4.11. O POSTULADO DA COERÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.11.1. Este postulado interpretativo da hermenêutica constitucional diz respeito à coerência. Este postulado é destacado por Humberto Ávila com o especial significado de possibilitar a resolução de problemas entre alternativas interpretativas, onde o interprete deve “ encontrar a alternativa” que seja “ melhor suportada pelo conjunto do ordenamento constitucional”:

“Como os princípios não preestabelecem o meio a ser necessariamente escolhido para sua realização, permitindo a escolha de vários meios, e como há vários princípios constitucionais apontando em mais de uma direção, somente o recurso ao postulado da coerência permitirá encontrar a alternativa interpretativa melhor suportada pelo conjunto do ordenamento constitucional.¹²⁴”

4.11.2. Ora, este postulado se apresenta como fundamental para se manter uma unidade de sentido das normas constitucionais, posto que criar-se-ia uma contradição insolúvel atribuir um significado interpretativo que violasse outras normas de igual dignidade constitucional, como os princípios jurídicos. Assim, longe de se fazer uma escolha arbitrária, com fundamento somente na vontade, o interprete está jungido a buscar uma coerência normativa das normas constitucionais, sob pena resvalar em uma antinomia, vez que, uma determinada interpretação que se possa abraçar, na verdade contraria outras normas constitucionais, enquanto que uma outra interpretação, possivelmente, não o faria, e justamente por isso, por ser a que melhor confere eficácia ao Texto Constitucional, é que deve ser acatada.

4.11.3. Investigando a teoria das normas e, particularmente, o aprofundando a investigação da eficácia dos princípios e das regras, Humberto Ávila propõe uma nova diferenciação entre princípios e regras, afastando-se, assim, da teoria de Alexy. Chega fazer uma crítica ao que chama de Estado Principiológico:

“Os estudos de direito público, especialmente de direito constitucional, lograram avanços significativos no que se refere a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas, que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico.

¹²⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 8º ed. São Paulo: Malheiros, p. 8.

Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que tem inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados de fundamentais – os princípios jurídicos.¹²⁵

4.11.4. Resta saber se esta crítica se amolda a pretensão de conferir extensão normativa a uma regra tendo em vista os princípios constitucionais que potencialmente estariam sendo violados caso a regra se aplicasse tão somente a uma determinada e específica situação fática nela prevista. Temos que não. O que se está a demandar é plenamente justificável do ponto de vista jurídico, posto que a argumentação manejada se impõe com cimento argumentativo capaz de oferecer uma resposta coerente as pretensão jurídica de igualdade e liberdade. Assim, conquanto sabedores da crítica formulada por Humberto Ávila, temos que, neste debate, não se está a superdimensionar a eficácia e a efetividade de normas principiológicas, posto que, se não servirem estes princípios para impedir situações de violação à dignidade humana, minimiza-se, para dizer o mínimo, a eficácia dos princípios constitucionais.

4.12. A DISTINCAO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA E O PRINCÍPIO HERMENEUTICO DA INTEPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

4.12.1. No exato teor da lição de Humberto Ávila a distinção entre texto e norma jurídica pode ser assim equacionada:

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.”¹²⁶

4.12.2. Desta distinção entre norma e texto decorrem algumas implicações de todo importantes. Assim, ter-se-ia que afirmar que, a par do texto presente no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, resta fora de dúvida que da interação com outras normas constitucionais a sua interpretação pode resultar diversas significações, encontradas estas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, como a frente colacionamos. Assim, ter-se-ia que admitir que, tanto

¹²⁵ Op.cit.p.23.

¹²⁶ Op.cit.p.

o princípio da unidade do ordenamento jurídico, quanto o princípio da interpretação sistemática conduzem, não a um entendimento conflitante com a norma posta no texto normativo em epígrafe, mas, e isso é de salutar importância, a um entendimento complementar ao oferecido pela literalidade do dispositivo.

4.12.3. Daí a afirmação de Humberto Ávila no sentido de que haverá coincidência entre texto e norma como poderá existir um texto com várias normas ou várias normas em um só texto. Decorrente deste raciocínio parece estar a questão de que, a partir de um conjunto de textos plasmados na Constituição poder-se-ia extrair uma norma no sentido de que é constitucional o entendimento esposado por setores da doutrina e da jurisprudência de que há sim uma proteção constitucional a entidade familiar formada por casais do mesmo sexo. Assim, sobre a diferenciação entre texto e norma, Humberto Ávila:

“Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, a proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa. Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma.”¹²⁷

4.12.4. Esta técnica da interpretação conforme é utilizada sem maiores problemas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto é assim que foi positivada no § único do art. 28 da Lei nº 9.868/99¹²⁸. A importância desta lição deriva do fato de que é justamente a perspectiva de que o texto pode esconder outras interpretações que não a que se apresenta a primeira vista, a mais óbvia. Assim, embora prima facie se apresente como um obstáculo, o § 3º do art. 226, se melhor analisado, não se mostra desta maneira. Isto porque não se pode extrair da interpretação dos dispositivos relacionados à união estável que somente sejam direcionados para as pessoas heterossexuais, sob pena de incidir em flagrante inconstitucionalidade deste resultado interpretativo por violar o princípio da igualdade e da liberdade de autodeterminação sexual. Aqui, a conexão de sentido entre a interpretação conforme a

¹²⁷ Op. Cit.p.30.

¹²⁸ Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Constituição e o princípio da igualdade têm que ser necessariamente trazido à baila, uma vez que se apresentam de forma umbilical. Tanto é assim que José Afonso da Silva destaca que o princípio da igualdade é também dirigido ao legislador, e não somente ao aplicador da lei, assim lecionando:

“A concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. Pois, se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastaria a este respeitar o princípio da legalidade e o da igualdade estaria também a salvo. No sentido da concepção exposta, que é a correta e pacificamente aceita, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei, em termos que especificaremos mais adiante. Constitui, por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções.

A igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.”¹²⁹

4.12.5. Com efeito, em face de dispositivos carregarem às vezes vários comandos normativos, várias normas, com grande possibilidade de colidência destas normas, cabe ao interprete, com a ajuda dos princípios interpretativos, que, neste caso, Humberto Ávila chama de postulados normativos, encontrar a solução correta, ou a melhor solução para o desenlace do problema. Por evidente esta solução somente pode se apresentar correta na medida em que respeite princípios consagrados pelo ordenamento jurídico-constitucional. Daí que, não está livre o interprete para, discricionariamente, encampar esta ou aquela interpretação, deve vincular-se aos ditames preconizados pelas normas constitucionais e, não somente há uma única norma constitucional, deve procurar a melhor resposta ao caso, aquela que apresenta na maior extensão possível, o direito a igualdade e a liberdade.

“Essas considerações que apontam para a desvinculação entre o texto e seus sentidos também conduzem a conclusão de que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor.

De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como

¹²⁹ Op.cit.p. 218.

comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o interprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versos de significados – sentidos-, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.

Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do interprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a idéia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.”¹³⁰

4.12.6. E isso é por demais importante, uma vez que o que estamos a dizer é que o significado de expressões como “união estável” deve, a um só tempo, acompanhar a evolução da sociedade no tocante a seus padrões de comportamento e também ser associada, sob pena de não ser válida, aos ditames constitucionais, pois, sendo certo que as possíveis significações desta expressão que produzam desigualdade não seriam aceitas como uma interpretação constitucionalmente adequada e, sendo assim, não passariam no teste de constitucionalidade, ocasionando, desta feita, que a interpretação adequada, em termos sociais e jurídicos, é mesmo a que entende como possível em face dos dispositivos jurídicos existentes, a abrangência dentro da expressão união estável, de união estável entre pessoas do mesmo sexo. E remarca sua posição afirmando que:

Além de levar às mencionadas conclusões, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do interprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o interprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias de caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o

¹³⁰ Op.cit.p. 32.

ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo interprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar a conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo interprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o interprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais a realização daqueles fins e à preservação desses valores. O interprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o interprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.”¹³¹

4.12.7. Embora o texto de Humberto Ávila seja direcionado principalmente para a tese de que não se pode *a priori* determinar se uma dada norma seja um princípio ou uma regra -, como ele procura demonstrar ao longo do seu texto -, essa não é lição que encarecemos neste momento. A lição que destacamos diz respeito às possibilidades interpretativas de dispositivos legais. No campo das possibilidades, destacando-se o entrelaçamento da interpretação constitucional e suas virtuais possibilidades, nos valem da lição de Manoel Jorge que, estudando a doutrina de Peter Haberle, traz ensinamento que contribui para o entendimento do problema em debate:

“Dita forma de compreender a constituição parte da idéia de que a norma não é algo perfeito e acabado, senão simplesmente” pura possibilidade jurídica”; tal possibilidade, contudo, apenas pode vir a ser conhecida mediante a confrontação do plexo normativo com a própria realidade.

O pensamento possibilita visa, segundo Haberle, a descoberta dos meios para conservar e recriar continuamente condições de liberdades para todos os indivíduos com vistas à consecução de um justo e razoável equilíbrio de interesses, bem assim para proteger a constituição do passar do tempo.

Enquanto o pensamento realista impede a absorção do ser humano pela pura utopia, o possibilismo filosófico (amparado no racionalismo crítico se dirige pra um meio idôneo destinado a encontrar todo o potencial inovador ínsito às normas jurídicas.

Consubstanciado na tríade “ realidade-possibilidade-necessidade” em

¹³¹ Op.cit.p.

que os anteditos fatores produzem relação de concorrência e, concomitantemente, de cooperação, o problema jurídico que se coloca para o pensamento possibilita não é outro senão o de encontrar a “dose correta” de cada um dos componentes da relação triádica, cumprindo ao processo de interpretação da norma constitucional nele baseada buscar a indispensável harmonização.”¹³²

4.12.8. Perfeito, porque o que se esta a fazer é justamente perseguir os fins e os valores constitucionalmente albergados nos princípios positivados no texto constitucional portanto, formal e materialmente constitucionais, capazes de imprimir uma direção na interpretação tanto dos próprios dispositivos constitucionais quanto do ordenamento infraconstitucional. Assim, valores como a igualdade, servem de fundamento e vetor interpretativo de dispositivos constitucionais, e a reconstrução de significados normativos devem observância obrigatória a estes dispositivos, ainda mais quando o legislador foi firme no sentido de que se busque a construção de uma sociedade justa, livre e solidária e se interdite as discriminações baseadas em fatores que a própria Constituição elencou, inclusive por motivo de “sexo” que, como estamos a dizer, não pode ser entendida numa compreensão restrita, mas, tida como abrangente da orientação sexual da pessoa, porque, esta faz parte da esfera mais íntima da pessoa e não faria sentido que esta esfera não fosse protegida constitucionalmente. E sobre a importância do princípio constitucional da igualdade como vetor interpretativo das normas do ordenamento jurídico, a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem “Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito: é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental.”¹³³

4.13. O PAPEL DOS FATOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.13.1. Um outra advertência importante sobre interpretação constitucional. O conteúdo da norma jurídica não pode ser dado sem a consideração com a realidade, com os fatos. E a mudança dos fatos pode implicar a mudança dos conteúdos interpretativos. As chamadas mutações constitucionais estão a nos dizer isso a todo o momento. Com efeito, nos valem mais uma vez da lição do Min. Eros Roberto Grau:

“Não será demasiada a insistência neste ponto. Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. A separação em duas etapas - de interpretação e aplicação - decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção.

O interprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um

¹³² Ob. Cit. p. 114.

¹³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade, p. 118. *apud*, José Afonso da Silva, ob.cit. p. 214.

determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na aplicação (Gadamer). Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação.. não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém, frente a uma só operação (Marí). Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário (Gadamer), superpondo-se.

Assim, sendo concomitantemente aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito, precisamente como a toma Friedrich Muller.. não existe um terreno composto de elementos normativos (= direito), de um lado, e de elementos reais ou empíricos (= realidade), do outro¹³⁴.

4.13.2. E Acentua:

“Vou repetir, mais uma vez. A norma é produzida, pelo interprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).

4.13.3. Esta lição nos projeta para a realidade que se pretende regular juridicamente, posto que, os diversos dispositivos legais que autorizam à extensão de determinadas posições jurídicas às pessoas em face da consideração de que vivem em uniões estáveis, uma vez que preenchessem os requisitos necessários para que se assim se configure, hoje estão pacificamente aplicados as pessoas heterossexuais, contudo, é preciso lembrar que nem sempre foi assim¹³⁵.

4.13.4. Por outro lado, se as mesmas pessoas tivessem orientação sexual diferente não seriam protegidas pela norma. Ora, se adotarmos o entendimento de que a norma que se extrai de um texto normativo, e também de sua concreção, quando de sua aplicação, tem-se que este resultado da interpretação de se limitar o âmbito de proteção desta entidade familiar, excluindo, por conseguinte, as uniões homoafetivas, peca por desconsiderar totalmente uma realidade que não se pode excluir sem que se desincumba de um argumentação lógica e racional do por que desta exclusão. Assim, poder-se-ia afirmar que não se pode legitimamente fazer um *discrímen* sugestionado pela primeira leitura da norma, em razão de que os fatos sociais estão a nos dizer que também há um outro modelo de união estável e esse modelo também, pela mesmas razões, deve merecer a proteção legal.

Com algumas diferenças, a afirmação de Inocêncio Mártires Coelho de que:

“Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador, quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação Aplicação do Direito. 4º ed. São Paulo. Malheiros. 2006, p. 35.

¹³⁵ Elencados, principalmente, nos parágrafos 2.17 e 18 desta manifestação.

natureza histórico-concreta do ato interpretativo)¹³⁶.

4.13.5. Assim, não se deve menosprezar o papel dos fatos na interpretação das normas e os fatos estão a nos dizer que não cabem mais discriminações quando o elemento de discrimine não passar no teste da razoabilidade, e estamos quase todos de acordo que a discriminação por orientação sexual não passa neste teste. No mesmo sentir, a percepção da influencia dos fatos na interpretação das normas jurídicas, em especial das normas relativas a direito de família. Sobre este tema, lição esclarecedora de Luis Edson Fachin:

“Entretanto, como os fatos acabam se impondo perante o Direito a realidade acaba desmentindo esses mesmos códigos, mudanças e circunstancias mais recentes tem contribuído para dissolver a névoa da hipocrisia que encobre a negação de efeitos jurídicos a orientação sexual. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, de alterações da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mutua constituição de uma historia comum.”

E ainda:

Há, por conseguinte, um estereótipo do modelo clássico superado que tem reproduzido, sem que seja lícito reduzir as idéias emergentes de sentenças e acórdãos a uma única concepção monolítica. Se, de um lado, predomina a valoração negativa das condutas, de outro se afirma tenuamente os novos valores, como igualdade entre gêneros, liberdade e não discriminação. E que há espaço para encontrar pronunciamentos como aquele do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se em face de uma realidade mais palpitante”

Esta é a razão pela qual, no reconhecimento que emerge da própria magistratura, “não pode a justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito.”¹³⁷ (grifamos).

4.13.6. Ainda com a doutrina, confira-se, o magistério de Emerson Garcia, ao estudar

¹³⁶ Inocêncio Mártires Coelho. In BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, p. 107.

¹³⁷ Segundo Fachin esta frase que bem expressa toda a idéia de Direito apliável a união estável entre pessoas do mesmo sexo é de Henrique Nelson Calandra, contida na “Sentença proferida na Sétima Vara de Família e das Sucessões da Comarca de São Paulo, de 28 de agosto de 1992, embora situada num contexto diverso, eis que se tratava de retificação do prenome e da condição física e psíquica de transexual. A decisão está publicada à página 275 e seguintes da obra (ALVIM, Teresa. Rptório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1995, v. 2, p.275-285” Op.cit. p.36

especificamente os conflitos entre normas constitucionais:

“interpretações e modificação refletem os dois níveis de desenvolvimento constitucional, sendo necessariamente influenciadas pelas” cristalizações culturais” do meio social. Assim, é absolutamente normal que disposições constitucionais idênticas sejam interpretadas de forma diferente no tempo e no espaço, permitindo que de um mesmo texto sejam extraídos conteúdos distintos conforme a cultura em que apareçam.

A interpenetração entre texto normativo e realidade é um claro indicativo que a norma constitucional não é atemporal ou indifernete aos padrões sociais do momento de sua aplicação. Ainda que a Constituição formal apresente uma vocação à perenidade, característica inerente à própria concepção de constitucionalismo, as normas dela extraídas não assumem um contorno idêntico. A norma constitucional é volátil, sustendo-se a partir de um discurso argumentativo contemporâneo à realidade que direciona a sua concretização.

A integração entre os planos real e jurídico também se faz sentir na orientação constitucional aberta, representada por Haberle com a tensão entre o possível (potencialidades normativas do texto), o necessário (refletindo as pré-compreensões e aspirações do intérprete) e o real (os condicionamentos de ordem circunstancial). Entre esses fatores se produzirá tanto uma relação de concorrência, como, sobretudo, de cooperação, exigindo seja identifica a “ dose correta” de cada um deles para que o processo de concretização seja corretamente finalizado.: uma “ boa” exegese constitucional tenderá a ser o resultado dessa tríade cognitiva.

A Constituição, corretamentne interpretada, alcançará um “ final feliz” (happy ending), noção indicativa daquilo que a justiça ou a filosofia política requer, vale dizer, corresponderá aos valores supremos ou históricos que inspiram a ordem jurídica. A partir da atividade desenvolvida pelo interprete, a Constituição, como o direito, pode ser justa ou injusta, conclusão que será alcançada com a realização de um juízo valorativo voltado à interação entre as disposições normativa e realidade. Em outras palavras, somente será possível concluir pela justiça ou injustiça de uma disposição constitucional ao final do processo de concretização. O objetivo da interpretação constitucional é conduzir o operador do direito à obtenção de um resultado racionalmente justificável e constitucionalmente correto¹³⁸.

4.13.7. Ainda, sobre a necessidade de atualização da norma constitucional – abordado previamente nesta manifestação nos parágrafos referentes a análise da hermenêutica constitucional clássica e também das teses hermenêutica lançadas pelas interpretações originalista e interpretavistas da normas constitucional, aduz o autor:

¹³⁸ Op.cit.p. 67.

Entretanto em vigor, a Constituição assume individualidade própria e desprende-se da vontade constituinte: o conteúdo da ordem constitucional é encontrado a partir do seu texto, não do elemento anímico que influenciou o poder responsável pela sua elaboração.

Longe de ser um instrumento de regulação meramente sazonal, a Constituição é vocacionada à continuidade, devendo acompanhar o Estado em todas as suas vicissitudes históricas, sociais e culturais. No entanto, se o texto (programa da norma) é o mesmo, como assegurar a sobrevivência da ordem constitucional em realidade (âmbito da norma) distinta daquela contemporânea à sua entrada em vigor? Como regular situações futuras, desconhecidas quando ao surgimento da Constituição? Em uma palavra, com a sua interpretação.

A Constituição, ainda que estática no texto, é dinâmica no conteúdo, estando o seu evoluir dependente de uma interpretação prospectiva, vale dizer, de uma identificação de sentido contemporânea à sua aplicação. Fosse prestigiado o seu sentido originário, ignorando-se todo o processo evolutivo da sociedade , o dever ser se distanciaria de tal modo do ser que terminaria por transmutar-se em algo impossível de ser. Tal ocorrendo, a Constituição não mais poderia subsistir acarretando a ruptura da ordem constitucional, efeito inevitável na medida em que as alterações na vida social são mais céleres que as alterações promovidas nas disposições constitucionais.”¹³⁹

4.13.8. Importantes lições são possíveis extrair deste enxerto de Emerson Garcia, o primeiro relacionado com o papel exercido pelo entorno da norma, seja factal seja jurídico. Não podendo interpretar uma disposição sem ter em conta os fatos subjacentes à aplicação desta norma, numa expressão, do círculo hermenêutico, e isso tem especial significado no tratamento da questão posto que, ocorrendo no mundo real inúmeras uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo será, no limite, desvirtuar uma realidade encontrada sem maiores dificuldades em todo o corpo social. Contribuem ainda para o debate, os ensinamentos do chamado pensamento problemático, elaborado principalmente por Theodor Viehweg em seu “Tópica e Jurisprudência”, trazidos pelo autor:

“Como consequência lógica do processo de concretização, necessariamente influenciado pela realidade, também a interpretação constitucional não pode permanecer indiferente a um problema concreto. A disposição normativa, sempre destinada a regular um caso concreto, deve ser concretizada no seu plano existencial, desenvolvendo-se a atividade do interprete a partir da aproximação entre ambos: nesse caso, tanto a individualização do problema, como a atividade interpretativa, será influenciados pela pré-compreensão do intérprete.

¹³⁹ Op.cit.p. 67-68.

O pensamento problemático busca contribuir para a superação de algumas incongruências da dogmática tradicional, distante da realidade e dos vetores axiológicos inerentes ao sistema. O redimensionamento metodológico, à evidência, não precisa se desenvolver à margem de critérios científico, de braços dados com o improviso e a casuística. O pensamento tópico, ainda que consubstancia uma forma de argumentação jurídica direcionada ao problema, deve se voltar, tão somente, contra uma postura formalista e indiferente (1) à sistematicidade da ordem jurídica, (2) aos circunstancialismo em que se projetará norma e (3) à liberdade valorizativa do interprete. O mecanicismo cede lugar a uma atividade dialógica, em constante interação com esses vetores, flexíveis e indispensáveis à constante atualização da normatividade constitucional.¹⁴⁰

4.13.9. Ainda, especificamente no controle concentrado de constitucionalidade, normalmente avesso a análise de questões fáticas, em razão do anterior entendimento de que este controle se realiza em “tese”, mormente porque se dá em função da perspectiva “abstrata”, fora de qualquer vinculação com o caso concreto, isso também não se dá mais desta maneira. E esta ótica tanto é confirmado no plano doutrinário quanto no plano legal. Aqui, o dispositivo constante do § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99, no qual autoriza o relator a requisitar informações adicionais, designar peritos e ainda ouvir depoimentos de pessoas com experiência na matéria¹⁴¹. Daí a afirmação de Gilmar Ferreira Gomes no sentido de que:

“O legislador afastou-se de uma leitura radical do modelo hermenêutico clássico, a qual sugere que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tinha levado o STF a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demoram alguma dilação probatória não poderiam ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade.

Essa abordagem conferia, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir competência para dirimir a controvérsia constitucional.

Hoje, entretanto, não há como negar a “comunicação entre norma e fato”, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento, aqui, envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

O mesmo acentua que a prática não é desconhecida no controle de

¹⁴⁰ Op.cit. p. 91.

¹⁴¹ “§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

constitucionalidade norte-americano:

“Nos Estados Unidos, o chamado Bandeis-Brief – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis no caso Muller versus Oregon (1908), contendo 2 páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmitificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “ questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

E, ao final, acentua:

Resta demonstrado então que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os preceitos constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com o exercício do controle pelo Tribunal.¹⁴² (grifamos)

4.14. O PAPEL PRÉ-COMPREENSÃO E CÍRCULO HERMENEUTICO NA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL

4.14.1. Muito provavelmente a temática da sexualidade se revela um dos temas mais sensíveis do drama humano¹⁴³. Daí que, assume no âmbito da interpretação constitucional especial relevância a pré-compreensão do intérprete no diz respeito sua compreensão de sobre este tema. Isto porque, como adverte a doutrina, o homem axiologicamente neutro é na verdade uma impossibilidade antropológica. O desvelamento desta pré-compreensão pode contribuir no sentido de desvelar que que atrás de um determinado resultado interpretativo pode se esconder uma postura de preconceito e intolerância – inadmitidos pela Lei Fundamental, frente a um determinado grupo. Por conseguinte, a necessidade de perquirir sobre o caráter e a influencia da pré-compreensão no processo hermenêutico¹⁴⁴, é objeto da

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. In Curso de Direito Constitucional. Op.cit.p.1176-1177.

¹⁴³ Nas palavras de Maria Berenice Dias “Todo e qualquer assunto ligado ao tema da sexualidade é sempre envolto em uma aura de silêncio, desperta enorme curiosidade e gera profundas inquietações. Há uma tendência a conduzir e controlar o exercício da sexualidade, o que leva a emitir-se um juízo moral voltado exclusivamente ao comportamento sexual. Como o sexo é encarado por diferentes sociedades como uma torrente impetuosa e cheia de perigos, a repressão sexual ocorre por meio de um conjunto de interdições, permissões, normas, valores e regras estabelecidas histórica e culturalmente”. Op.cit. p. 27.

¹⁴⁴ Na lição de Emerson Garcia, com fundamento na doutrina do pensamento típico de Theodor Wiegner “Como consequência lógica do processo de concretização, necessariamente influenciado pela realidade, também a

lição de Hesse sobre as condições da interpretação constitucional que, para tanto, lança mão do conceito de pré-compreensão:

“Concretização pressupõe um” entendimento” do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da “(pré)-compreensão do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, cada vez.

- a) O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo. Ele entende o conteúdo da norma de uma (pré)-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojecto que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto” determine-se univocamente a unidade de sentido.

Por causa dessa capacidade de pré-juízo de todo entendimento é que é importante não simplesmente efetuar as antecipações da pré-compreensão, senão torná-las conscientes e fundamentá-las mesmo para, assim, corresponder ao mandamento fundamental de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas”. A tarefa, que com isso se põe, da fundamentação da pré-compreensão é, sobretudo, uma tarefa da Teoria da Constituição que, por sua vez, não é discricionária se ela é obtida com vista à ordem constitucional concreta e, em contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto”¹⁴⁵.

4.14.2. Confira-se também a esse respeito a lição de Larenz sobre pré-compreensão:

“No início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma “pré-compreensão”, com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à

interpretação constitucional não pode permanecer indiferente a um problema concreto. A disposição normativa, sempre destinada a regular um caso concreto, deve ser concretizada no seu plano existencial, desenvolvendo-se a atividade do intérprete a partir da aproximação entre ambos: nesse caso, tanto a individualização do problema, como a atividade interpretativa, serão influenciados pela pré-compreensão do intérprete.” Op. Cit. p. 91.

¹⁴⁵ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. De Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61-62.

linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma “ conjectura de sentido”. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender. Pode surgir como insuficiente no decurso deste processo e então terá de ser rectificadora por ele de modo adequado. Quanto mais longa e pormenorizadamente alguém se ocupa de uma coisa, quanto mais profundamente nela tenha penetrado, tanto mais rica será a sua pré-compreensão, tanto mais cedo se formará nele uma adequada conjectura de sentido e tanto mais rapidamente se concluirá o processo do compreender. Quem não tem qualquer idéia da matemática de início algo confundido. Também a quem nunca se ocupou de questões jurídicas será difícil a compreensão de um texto legal ou de uma fundamentação de sentença. O jurista que interpreta uma lei, ou um contrato, enfrenta a sua tarefa como todo o seu saber acerca dos problemas jurídicos, conexões de problemas, formas de pensamento e, assim, possibilidades condicionadas de solução do Direito vigente, assim como, e não em último lugar, o seu saber acerca da linguagem que costumam utilizar o legislador e - no caso de um contrato - o particular versado em matérias jurídicas. A sua “ pré-compreensão” é resultado de um longo processo de aprendizagem, em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente as últimas experiências profissionais e extra-profissionais, mormente as que respeitam a factos e contextos sociais. A importância desta pré-compreensão, como condição prévia de um compreender adequado, não pode em boa verdade ser sobreavaliada.¹⁴⁶”

4.14.3. Daí que segue que a primeira compreensão do problema, ou o imediato resultado interpretativo que se tem com a aplicação literal do § do art. 226 da Constituição Federal ou das disposições legais que tratam da união estável podem ser “revistas” ou “ corrigidas”, posto que, não se mostra conducente com o restante dos princípios constitucionais este resultado interpretativo que não avança no sentido de melhor avaliar a situação concreta de incidência das normas e o conjunto das normas jurídicas que operam sobre o problema. Na mesma senda, destacando a particularidade da aparente “neutralidade do interprete” em sede de interpretação constitucional, principalmente, em tema deste jaez, a advertência de Nagib Slaibi Filho no tocante a impossibilidade de neutralidade do interprete frente às questões em debate:

“Ninguém é “neutro” ao interpretar a norma constitucional, pois todos buscam nela vantagem na proteção do interesse, próprio ou alheio que considere relevante – também a Constituição não é “neutra” no que diz respeito aos interesses e valores que prevê.

A perspectiva em que o agente da interpretação se situa é a mesma que inspira o seu modo de ver o objeto de análise.

¹⁴⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 288-289.

Na se afaste, em tema constitucional, a ideologia política que é a base sobre a qual se ergue aquele que pretende examinar a Constituição.

Está ser o que o intérprete pretenda ver, nem mais nem menos.

Ao intérprete constitucional não deve escapar o suficiente grau de isenção para não incorrer nos graves ilícitos causados pelos preconceitos que foram a sua personalidade, mas não necessariamente a Constituição.¹⁴⁷

4.14.4. Também Daniel Sarmento examinando as possíveis pré-compreensões¹⁴⁸ envoltas no debate sobre homossexualidade, principalmente as posições as que revelam claramente a homofobia, aduzindo, ainda, que nenhum dos argumentos que se notabilizaram contra a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas passam no teste da razão pública. Assim, não se revela possível utilizar-se de argumento levantados no debate, por exemplo, de que se trata de um pecado, de ser a homossexualidade contra a natureza das coisas ou ser contra a moral e os bons costumes, uma vez que em nenhum desses argumentos pode -se enxergar mínimamente uma visão de mundo que veja no outro uma pessoa merecedora de igual respeito e consideração por parte de todos. Ainda, sobre a pré-compreensão do intérprete na interpretação da norma constitucional, a arguta análise de Emerson Garcia:

“A interpretação da Constituição não se desenvolve numa dimensão de neutralidade do intérprete: instrumento de organização política, sua concreção é direcionada por concepções de igual natureza. Esse processo, como é facilmente perceptível, não assume contornos objetivos, sendo diretamente influenciado pela pré-compreensões do intérprete e pelos valores sócio ideológicos por ele prestigiados, daí a exigências de uma fundamentação adequada, permitindo reconstruir o iter percorrido até a identificação da norma.

Ainda que a interpretação constitucional não se desenvolva num plano de inexpugnável subjetivismo, sempre será constada uma tomada de posição a respeito de determinada concepção filosófica, política ou moral, influyendo na atividade valorativa que delineará o conteúdo da

¹⁴⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. Direito constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 94.

¹⁴⁸ Aqui, a advertência de Karl Larenz sobre o outro conteúdo da pré-compreensão: “ O termo pré-compreensão” usa-se hoje freqüentemente também em um sentido distinto do da hermenêutica. Pretende-se então referir não um entendimento, se bem que provisório, da coisa, que não proporciona senão uma orientação inicial, que põe em marcha o processo do compreender e que o continua a impulsionar, mas antes, a parcialidade daquele que ajuíza com pré-juízos, que dimanam do seu meio social, da sua origem e formação e determinam ineludivelmente o seu acto de julgar. É também certo que ninguém é imune a estes pré-juízos como também seria errôneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo permanente de auto-exame e a preocupação constante com a “questão em si mesma”. Uma disponibilidade para tal é primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito. O pré-juízo, neste sentido negativo, como uma barreira ao conhecimento que se transpõe com a preocupação pela questão, não deve, todavia, ser confundido com a “pré-compreensão” no sentido há hermenêutica, como condição (positiva) da possibilidade de compreender a questão de que se trata.”. op.cit. 293. De certa forma, tanto utilizamos a expressão, e alguns autores o fazem, tanto num como noutro sentido.

norma, estabelecerá os seus limites e identificará as posições de preeminência no caso concreto. Uma teoria plausível de interpretação constitucional, no entanto, não pode permitir que a Constituição seja delineada a partir de concepções puramente subjetivas dos valores que representa: trata-se de um documento público e social que aglutina valores da coletividade, não de indivíduos em particular. Os juízes devem afastar os seus valores individuais e apelar para os valores políticos que julga integrar a concepção pública, atuando como elementos de publicidade da razão. Para que a liberdade valorativa do intérprete não se transmude em arbítrio, é necessário que suas decisões estejam amparadas em fundamentos lógicos e objetivos, devidamente indicados na motivação do seu ato¹⁴⁹.

4.14.5. Esta observação de que os juízes, e não somente eles, todos os interpretes da norma, devem afastar os seus valores individuais e apelar para os valores políticos que julga integrar a concepção pública é o mesmo que dizer que deve-se utilizar somente argumento que possam ser levantado como razões públicas no debate sobre as uniões homoafetivas e não razões ligadas intimamente a visões de mundo, a uma mundividência de determinados grupos. Não se pode querer que se concretize, mormente em sede de direitos fundamentais, somente o que determinados grupos tem como justo ou como boa vida. Seria por fim a um pluralismo tão caro de ser conquistado e às vezes tão difícil de ser mantido¹⁵⁰. Ainda, sua lição:

“A compreensão do sentido de um enunciado lingüístico (“significante”), que remete a algo de natureza extralingüística (“referente”), exige, como condição indispensável ao seu desenvolvimento, um pré-conhecimento desse referente; para se compreender um texto é necessário um início de compreensão da coisa para a qual ele remeta, pois somente assim poderemos estabelecer um vínculo entre palavra e coisa.

A pré-compreensão, no entanto, ainda que antecipe o resultado almejado, deve ser concebida como ponto de partida da atividade interpretativa, não como o seu ponto de chegada. O significado atribuível ao texto da norma, além de dependente da realidade, será diretamente influenciado pela carga valorativa inerente à pré-compreensão. Conquanto não haja um único método a ser seguido ou uma única interpretação correta a ser alcançada, método e interpretação, integrados ao juízo valorativo próprio dessa atividade, devem ser racionais e plenamente justificáveis face às circunstâncias

¹⁴⁹ Op.cit.p.

¹⁵⁰ Cf. Maria Berenice Dias “Por fim, não há nada mais artificial do que alegar motivos de moralidade para impedir o reconhecimento da união homoafetiva como uma família. O argumento do “pecado” é francamente incompatível com os princípios de liberdade religiosa e da laicidade do Estado (CF, art. 5º, VI e art. 19,I). O Estado laico não pode basear seus atos em concepções morais e religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, sob pena de desrespeitar todos aqueles que não a professam. Assim, as religiões que se opõem a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem tais laços afetivos. Porém, o Estado não pode basear o exercício do seu poder temporal no discurso religioso, afim de evitar grave afronta à Constituição e aos direitos fundamentais.” Op.cit.p. 151-2.

do caso. Com isso ameniza-se o risco de que a utilização dos métodos de interpretação, face à inexistência de uma ordenação clara das situações que ensejarão a utilização de cada um deles, termine por atual como mero elemento de legitimação de decisões previamente tomadas.¹⁵¹

4.14.6. Este ensinamento também compartilhado é por Sérgio Alves Gomes, cuja lição também reforça o entendimento de que a pré-compreensão deve ser compreendida como “ ponto de chegada” e não como “ como ponto de partida”:

“Por ora, cabe frisar que ao intérprete é fundamental ter consciência de sua pré-compreensão e preconceitos (no sentido negativo destes); deve empenhar-se em transformar aquela em compreensão, que se converte em nova pré-compreensão,num processo circular e espiral infinito de continua abertura de horizontes – graças às “ fusões horizontais” – para compreender cada vez melhor seu papel, nas circunstancias jurídicas, políticas e sociais em que atua e com as quais se encontra comprometido.

Os compromissos do intérprete jurídico no Estado Democrático de Direito são muito diversos daqueles presentes nos paradigmas estatais que este quer superar. E tal superação depende, em grande parte, da contribuição do intérprete. Se este mantiver sua consciência vinculada a princípios e métodos interpretativos inadequados às exigências do Estado Democrático de Direito, sua atuação será em prol da “morte da Constituição” e não da concretização do referido paradigma estatal.”.¹⁵²

4.14.7. A concretização do paradigma estatal que o autor nos fala é de fundamental importância para a compreensão das normas que estamos a interpretar. E este paradigma não está à disposição do interprete, no âmbito de sua liberdade de interpretação. Pelo contrário, deve reverencia aos fundamentos do Estado Democrático de Direito postos na Constituição e as normas definidoras de direitos fundamentais. Representando estas normas como vetores corretivos da interpretação jurídica, aptas que estão a procurar minimizar o que o autor chama de “ morte da constituição” em razão de uma interpretação que viesse a desconsiderar estes paradigmas, mormente, o principio da dignidade da pessoa humana, presente até não mais poder no centro deste debate.

4.15. AS RELAÇÃO POSSÍVEIS ENTRE MORAL E DIREITO E O DEBATE SOBRE A HOMOAFETIVIDADE

¹⁵¹ Op.cit.p.73-74.

¹⁵² GOMES, Sérgio Alves. Hermeneutica Constitucional. Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba:Juruá, 2008, p. 307.

4.15.1. Neste ponto do debate, há que ser observado que, se não podemos fazer uma separação absoluta entre moralidade e direito, sob pena de cairmos numa fundamentação sem sentido das normas de convivência social, o oposto também se revela verdadeiro¹⁵³. Assim, há que se ter, no mínimo, um cuidado com equiparação das normas jurídicas como norma moral, sem desconhecer, é certo, e assim, sem desconsiderar que todas as normas jurídicas, para certa concepção, são, na verdade conteúdo do que se convencionou chamar de “mínimo ético” E o papel de complementaridade e definição de conteúdo que a moralidade exerce sobre o direito.

4.15.2. Com efeito, uma teorização da moral aqui se faz particularmente necessária. Isto porque é cediço que dentre as objeções levantadas aos princípios constitucionais que fundamentam o direito das pessoas homoafetivas, o argumento da imoralidade é um dos principais, senão o único, ou o mais forte. Em face do lugar, não se pretende discutir as teorias da filosofia moral, conquanto se possa demonstrar esta temática não se mostra destituída de importância, pois, em particular, nesta seara, as questões concernentes ao “o que é moralidade”; ao intenso debate sobre o relativismo cultural, ao subjetivismo na ética e a relação entre moralidade e religião guardam relação íntima com o tema em debate.

4.15.3. Como ponto inicial, forte na doutrina de James Rachels, poderíamos dizer que “A filosofia da moral é uma tentativa de alcançar um entendimento sistemático da natureza da moralidade e do que ela exige de nós – nas palavras de Sócrates, é o entendimento de “como deveríamos viver” e porquê.”¹⁵⁴ E, ao perquirir sobre as atitudes que poderiam ser classificadas como morais ou imorais, certamente, para os efeitos que aqui nos interessam, está a homossexualidade, - que, relembre-se, por sua importância conceitual para o debate, até o termo foi alterado, tendo um vista que o antigo termo “homossexualismo”, denotava uma ação doentia.

4.15.4. Por sua importância, novamente nos valem do ensinamento do autor sobre uma questão importante, qual seja, do relativismo cultural. Trabalhando com o exemplo da cultura onde as mulheres são excisadas, Rachels nos fornece uma possível linha de raciocínio que bem pode contribuir para desate da questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo:

“Na verdade, este é um padrão que pode ser utilizado racionalmente ao se considerar qualquer prática social: podemos perguntar se a prática promove ou impede o bem-estar das pessoas afetadas por ela. E, como

¹⁵³ Por evidente, não se discute aqui a importância da moral para o convívio social, destaque com isso a lição de Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins, no seu “Filosofando: Introdução à Filosofia. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 275, de que “É de tal importância a existência do mundo moral que se torna impossível imaginar um povo sem qualquer conjunto de regras. Uma das características fundamentais do homem é ser capaz de produzir interdições (proibições).” E complementa numa lição bastante conhecida de que “Segundo o antropólogo francês Lévi Strauss, a passagem do reino animal ao reino humano, ou seja, a passagem da natureza à cultura, é produzida pela instauração da lei, por meio da proibição do incesto. É assim que se estabelecem as relações de parentesco e de aliança sobre as quais é construído o mundo humano, que é simbólico.”

¹⁵⁴ RACHELS, James. Filosofia da Moral. São Paulo: Manole, 2006.

uma conclusão, podemos perguntar se existe um conjunto alternativo de disposição social que faria um trabalho melhor para promover o bem-estar delas. Em caso positivo, concluímos que a prática existente está inadequada.”¹⁵⁵ (grifamos).

4.15.5. Ora, a partir desta lição, que podemos amoldar ao debate sobre as uniões homoafetivas, posto que se pode perguntar legitimamente: a homossexualidade “promove ou impede o bem-estar das pessoas afetadas por ela? Com isso, nos parece que a resposta seria invariavelmente que promove o bem estar delas, posto ser manifestação da liberdade de opção ou simples orientação sexual, uma vez que, o que impede o bem-estar delas, não é a condição de homossexual, é o tratamento preconceituoso, discriminatório do meio social e, as vezes, do Poder Público, com relação a elas. Outrossim, especificamente sobre o debate moral da homossexualidade, o autor aduz:

“Para concluir retornaremos à discussão sobre homossexualidade. Se considerarmos as razões relevantes, o que encontraremos? O fato mais pertinente é que os homossexuais estão buscando a única forma de viver que lhes permite uma chance de felicidade¹⁵⁶. Sexo é particularmente um motivo bem forte – não é difícil entender por quê – e poucas pessoas são capazes de ter uma vida feliz sem satisfazer suas necessidades sexuais. Não devemos, contudo, nos concentrar apenas no sexo. Vários escritores homossexuais já disseram que a homossexualidade não está relacionada à pessoa com a qual você faz sexo, mas a pessoa pela qual você se apaixona. Um boa vida, para homossexuais, bem como para todo mundo, pode significar a união com a pessoa que se ama, com todas as implicações. Ademais, os indivíduos não escolhem suas opções sexuais tanto os homo quanto os heterossexuais estão nessa posição sem ter escolhido sobre a questão. Por conseguinte, dizer que as pessoas não devem expressar sua homossexualidade geralmente é condená-las a uma vida infeliz.”¹⁵⁷ (grifamos).

4.15.6. Complementa seu raciocínio, pelo que basta para nos levar a uma primeira conclusão sobre o aspecto fático do problema lançado ao debate:

“Se pudesse ser demonstrado que gays e lésbicas representam algum tipo de ameaça para o restante da sociedade, seria um forte argumento

¹⁵⁵ RACHELS, James. Os Elementos da Filosofia da Moral. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2006, p. 28-29.

¹⁵⁶ Aqui, sobre a busca de um projeto de vida a conclusão de Daniel Guerin no seu Um Ensaio sobre A Revolução Sexual “ Conclusão? Penso que hoje, cada vez mais – e como isso me deixa contente! – existe uma tendência geral de diminuir a diferença entre os dois sexos. Muitas vezes acontece não podermos mais distinguir uma garota de um rapaz. No que diz respeito aos homossexuais, penso antes de tudo naqueles que são presos como um delinquente comum por terem tentado satisfazer sua sexualidade através de um ato que era a plena expressão deles mesmos. Penso em todos os homossexuais que sentem uma grande dificuldade em se assumir, em suportar a reprovação social de que são objeto e que são atormentados pela idéia do suicídio. Em relação a isso recebi cartas perturbadoras. O mais urgente é devolver-lhes o gosto de viver.

¹⁵⁷ Op. Cit. p.45.

para os opositores. Na verdade, as pessoas que compartilham da perspectiva de Falswell geralmente afirmam isso. Mas quando examinados imparcialmente, tais argumento demonstram não ter base factual alguma. À exceção da natureza de seus relacionamentos sexuais, não há diferença alguma entre homo e os heterossexuais em suas características morais ou em suas contribuições para a sociedade. A idéia de que os homossexuais são, de alguma forma personalidades sinistras, prova ser um mito similar ao mito de que as pessoas negras são criminosas ou que os judeus são avarentos.” (grifamos).

O caso contra a homossexualidade, assim, se reduz à afirmação familiar de que ‘não é natural’ ou à afirmação geralmente feita pelos conservadores religiosos, de que é uma ameaça aos “valores familiares”. Quanto ao primeiro argumento, é difícil saber o que fazer com ele, porque a noção de “não natural” é muito vaga. O que exatamente isso quer dizer? Existem pelo menos três significados possíveis.”¹⁵⁸

E, após escrutinar estes argumentos, assevera que esse tipo de observação vaga, certamente, não fornece razões para condenar algo.

A idéia de que a homossexualidade não é natural, e de que há algo errado com ela, possui um apelo intuitivo para muitas pessoas. No entanto, aparece como um argumento sem consistência. Caso não se encontre nenhum entendimento melhor de “não natural” essa forma de pensar deve ser rejeitada.¹⁵⁹ (grifamos).

4.15.7. E poder-se-ia dizer que essa maneira ver a homossexualidade é a pré-compreensão do problema aqui adotada. Assim, este entendimento permite que se possa, por **via da interpretação conforme**, se elastecer os comandos concernentes à união estável já prevista nas diversas leis que regem a Administração Pública Federal para possibilitar que se abarque, e assim, possa fazer parte do suporte fático da norma, também as relações estáveis homoafetivas, com as características ali elencadas . Diversos estudos sobre o relacionamento das pessoas do mesmo sexo foram desenvolvidos. E, para aprofundando a discussão sobre valores morais¹⁶⁰, outra lição se apresenta pertinente no tocante ao tema, como forma

¹⁵⁸ Idem, ibidem,

¹⁵⁹ Op.cit. p. 47.

¹⁶⁰ Sobre o tema, a importante lição de Eduadro Cambi assim vazada: “ O positivismo jurídico separava o direito da moral, porque pregava a idéia de um direito neutro, isto é, incapaz de impor uma moral que pudesse ser justificada de maneira universal.

A decadência do positivismo jurídico está associada, historicamente, à derrocada dos regimes autoritários (fascismo e nazismo), para os quais o ordenamento jurídico deveria ser indiferente aos valores éticos, bastando a aplicação da lei em sentido formal, sem qualquer consideração pelo seu conteúdo.

O problema de se acreditar que a norma tem validade independentemente de seu conteúdo é permitir que qualquer Estado, mesmo aqueles onde a democracia não seja observada, transformem-se em Estado de Direito. Isto aconteceu com o nazismo e o fascismo que se apoderaram da lei para justificar as suas ações criminosas. O princípio da legalidade formal ou da mera legalidade é insuficiente para garantir mecanismos eficientes de controle dos abusos dos

de bem compreendê-lo, assim, nas palavras de Maria Lúcia A. Aranha e M. H. P. Martins:

Nessa perspectiva, a vida moral se funda numa ambigüidade fundamental, justamente a que determina o seu caráter histórico. Toda moral está situada no tempo e reflete o mundo em que a nossa liberdade se acha situada. Diante do passado que condiciona nossos atos, podemos nos colocar à distancia para reassumi-lo ou recusá-lo. A historicidade do homem não reside na mera continuidade no tempo, mas constitui a consciência ativa do futuro, que torna possível a criação original por meio de um projeto de ação que tudo muda.¹⁶¹ (grifamos).

4.15.8. Ora, parece irrecusável que, pelo menos nos últimos anos, em razão mesmo de todos os avanços democráticos, a tolerância com as pessoas que partilham da orientação homossexual cresceu de forma significativa. Isto é fruto do que as autoras afirmaram, no sentido de se recusar muito mais o preconceito nos dias atuais. E isso deve refletir também na interpretação jurídica, mormente, na interpretação das normas constitucionais. Outrossim, as autoras trazem ensinamento sobre a ética discursiva de Habermas, que também se amolda ao debate e contribui para o entendimento da questão:

“A ética discursiva é uma teoria da moral que recorre à razão para sua fundamentação. Embora sobre a influência de Kant, não se fundamenta no conceito de razão reflexiva, mas de razão comunicativa. Ou seja, enquanto na razão Kantiana o juízo categórico está fundado no sujeito e supõe a razão monológica (do monólogo), o sujeito em Habermas é descentrado, porque a razão comunicativa supõe o diálogo, a interação entre os indivíduos do grupo, mediada pela linguagem, pelo discurso.

A razão comunicativa é mais rica por ser processual, construída a partir da relação entre os sujeitos, enquanto seres capazes de se posicionarem criticamente diante das normas. Nesse caso, a validade das normas não deriva de uma razão abstrata e universal, nem depende da subjetividade narcisista de cada um, mas do consenso encontrado a partir do grupo, do conjunto dos indivíduos.

Portanto, a subjetividade se transforma em intersubjetividade. Se retomássemos o exemplo dado anteriormente (no item sobre Kant), a validade da norma “não roube” deveria estar fundada na razão comunicativa e resultaria do discurso interpessoal.

Evidentemente, a interação entre os sujeitos precisa se fazer sem os recursos de pressões típicas do sistema econômica (que se baseia na força do dinheiro), ou do sistema político (que se funda no exercício do poder). A ação comunicativa supõe o entendimento entre os indivíduos que procuram, pelo uso argumentos racionais, convencer o outro (ou

órgãos decisórios, não inibindo o uso totalitário e antidemocrático do poder.” In CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: RT, 2009, p. 133.

¹⁶¹ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. Filosofando: Introdução à Filosofia. 2º ed. São Paulo: Moderna, 1993,

se deixar convencer) a respeito da validade da norma: instaura-se aí o mundo da sociabilidade, da espontaneidade, da solidariedade, da cooperação.¹⁶² (grifamos).

4.15.9. Assim, para que haja esta ética discursiva é preciso, no mínimo que os argumentos sejam levantados de forma transparente e, como vimos com James Rachels, os argumentos contrários, seja a homossexualidade em si, ou a possibilidade, aqui debatida, de união estável entre pessoas do mesmo sexo, não passam pelo teste da racionalidade, muito ligados que estão a argumentos totalmente vinculados a visões de mundo estereotipadas, intolerantes e preconceituosas¹⁶³, que devem sim ser respeitados, mas não devem servir de parâmetro para decisões, sejam elas judiciais ou administrativas, em função de não passarem no teste da razão pública.

4.16. O SISTEMA JURIDICO-CONSTITUCIONAL. NORMAS VEICULADORAS DE PRINCÍPIOS E DE REGRAS.

4.16.1. Neste ponto a discussão se dá em torno das espécies normativas do ordenamento jurídico. Filiando-se a doutrina que postula uma normatividade direta dos princípios constitucionais, e assim, consagrando a idéia de que normas jurídicas podem ao mesmo tempo assumir a condição de princípios e/ou de regras, tem-se claramente a impossibilidade de se discutir o assunto da união estável de pessoas homoafetivas sem antes deixar vincada a diferenciação entre estas normas.

4.16.2. Isto deve ser assim porque decorre justamente daí um dos equívocos encontrados tanto na doutrina quanto na jurisprudência quanto ferem o tema, posto este setor da doutrina não se desincumbe eficazmente do porque estarem afastando normas constitucionais tão ou mais relevantes para o desenlace da questão que são os princípios, posto que somente dão aplicabilidade a uma regra expressamente posta na Constituição mas que não pode ser isoladamente interpretada sob pena de deixar de compreender o telos da normatividade constitucional.

4.16.3. Então, assume especial relevo saber o estado da arte sobre a aplicabilidade das

¹⁶² Op. Cit. p. 289.

¹⁶³ Da mesma forma, não esqueçamos que “Alguns autores têm afirmado que o sexo mantém intimas relações com o poder; que a sexualidade tem estado comprometida com as relações de dominação existentes ao longo destes anos de civilização humana. Para Freud, a repressão e a sublimação dos instintos sexuais corresponde a uma condição necessária para a vida em sociedade; para Reich, a repressão da sexualidade está a serviço das sociedades autoritárias; e Foucault sustenta que o capitalismo avançado espalha o sexo e aumenta o seu poder através dele. Enfim, alude-se a uma faceta do poder que não costuma ser abordada nos manuais de ciência política. Trata-se de um poder invisível, subterrâneo, que age na penumbra, e pode ser tão eficiente quanto a polícia ou as instituições judiciárias.” Sexo e poder nas sociedades autoritárias: a face erótica da dominação. Guido Mantega in. Sexo e Poder. Org. Guido Mantega. São Paulo:Círculo do Livro, 1985. p. 9.

normas constitucionais veiculadoras de princípios jurídicos, posto que estão neles a solução constitucionalmente adequada para a questão das uniões homoafetivas, e não somente na regra do § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Duas lições muito contribuem para o entendimento da normatividade dos princípios. As lições de Alexy e Dworkin permitem ter uma idéia da evolução do entendimento das normas constitucionais e, decorrência disso, a mudança de paradigma da interpretação constitucional. Com efeito, se tornou um lugar comum a lição de Alexy sobre a diferenciação entre princípios e regras:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”¹⁶⁴

4.16.5. Ora, se entendermos que com a evolução social operada na mudança de entendimento, onde já tratou a homossexualidade como doença, como caso de polícia, e tantas outras formas discriminatórias, percebe-se claramente que a sociedade brasileira soube compreender o valor da tolerância com a diferença o que certamente autoriza-nos a dizer junto com Alexy, que, se os princípios são mandatos de otimização, no atual momento vivenciado, não nos resta outro caminho interpretativo senão o de conferir cidadania aqueles que foram marginalizados, atentos, pois, a possibilidade de “otimização” de que nos fala Alexy, temos que a união estável entre pessoas do mesmo sexo otimiza, e assim extraem-se o vigor normativo que as virtualidades que os princípios da igualdade e da liberdade permitem. Para Dworkin a diferença entre regras e princípio pode ser realizada a partir de uma distinção lógica, distinção que para o autor pode ser operada da seguinte maneira:

“A diferença entre princípios normativos e regras jurídicas é uma distinção lógica. Ambos apontam para decisões específicas a respeito de obrigações jurídicas em circunstâncias particulares, mas eles diferem quanto ao caráter da solução que fornecem. Regras, são aplicáveis num sistema de tudo ou nada. Se ocorrem os fatos que regra disciplina, então ou a regra é válida, hipótese na qual a resposta oferecida deve ser aceita, ou não é, hipótese em que em nada contribuirá para decisão¹⁶⁵.”

4.16.6. Assim, nos cabe perguntar, uma vez que se admita que não se pode aplicar a regra constitucional repetida no Código Civil e nas diversas que leis que se referem a união estável, às uniões homoafetivas, se teríamos que nos contentar com esta solução interpretativa? Ou, ao revés, admitindo também a existência dos princípios constitucionais se

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.23.

esta regra deve ser relacionada com outras normas do texto constitucional numa relação de necessária complementaridade do sistema de regras e princípios. Nesta senda, ao tratar do ordenamento jurídico-constitucional português Canotilho afirma ser ele um sistema normativo aberto de regras e princípios. E, a partir deste ponto de partida “descodifica”, nas suas palavras, o que seria este sistema aberto:

“(1) É um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Calieess) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “ verdade” e da “ justiça”; (3) é um sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras¹⁶⁶.

4.16.7. Ora, essa lição pode ser transplantada para o ordenamento jurídico doméstico sem maiores dificuldades. Se é assim, então, principalmente quando diz que a compreensão da dogmática constitucional possui o ponto de partida de ser um “ sistema normativo aberto de regras e princípios” e que é um sistema aberto porque tem uma estrutura em que as normas constitucionais podem captar a mudança da realidade e estarem abertas as concepções cambiantes de verdade e justiça vê se, pois, que esta lição “calha à fivela”.

4.16.8. Sim, porque é ponto pacífico que, embora se possa dizer que as pessoas com orientação sexual homossexual se encontrem discriminados em todas as classes sociais, da mesma forma também se revela pacífico afirmar que esta discriminação em muito se arrefeceu. Podemos indagar se seria possível, décadas passadas, as manifestações de rua em favor da liberdade de orientação sexual, por exemplo. Assim, esta passagem de Canotilho é lapidar no sentido de conferir a norma uma interpretação que se coadune com as alterações fáticas da realidade. E isso não é nenhum mal em sede de interpretação jurídica.

4.16.9. Relembre-se, para isso, a grande chaga da humanidade que foi a escravidão. Quantas constituições mundo afora não proclamaram o ideal da igualdade e somente muito tempo depois grupos de pessoas, principalmente pela cor negra, foram libertas. E estava lá formalmente esculpida a cláusula do constitucional do “todos são iguais”, do mesmo modo, a luta das mulheres por igual tratamento, desde a revolução francesa, onde esta bem soube capitanear a trilogia da liberdade, igualdade e fraternidade, mas foi incapaz de tirar todas as conclusões desta trilogia, a exemplo das desigualdades de gênero, por exemplo, no direito ao voto, que somente anos depois se pôde concretizar como igualdade de gênero, isto, sem falar nas questões sociais, que já é um outro debate. O que faz com que a leitura dos símbolos que damos o nome de palavras seja feita de acordo com o momento vivenciado pela sociedade.

¹⁶⁶ Op.cit.p.1159.

4.16.10. Corolário do afirmado é que, se não seria permitido a leitura do princípio da igualdade tempos atrás no sentido e conteúdo da igualdade de direitos as pessoas que possuem a única diferença de possuírem outra orientação sexual, esta interpretação hodiernamente, se revela tranqüila, posto que, no horizonte das possibilidade das normas constitucionais, em face da aberta material das normas principiológicas e da demanda por igualdade e liberdade, esta postulação de iguais direitos se mostra justa, razoável e aceitável.

4.16.11. Com efeito, não merece outros qualificativos a interpretação que pretende que no ordenamento jurídico não há norma a regular a união homoafetiva ou que regula a tendo em vista a analogia simplesmente com as sociedades de fato do direito, encontradas no direito das obrigações como preconceituosas e discriminadoras. Incapaz de ver mais do que uma simples contrato de comércio e de dar a afetividade a efetividade requerida por dispositivos-princípios tão caros a historia constitucional, como a igualdade e a liberdade. E poderíamos lembrar o mestre Inocêncio Mártires Coelho, dizendo que:

“Ao fim e ao cabo, quer se trate de regras ou de princípios, de valores ou diretrizes políticas, o que temos diante de nós são pautas axiológicas cuja realização fica a depender, num primeiro momento, das grandes opções sociais e, afinal, para a sua efetiva concretização, da clarividência dos seus interpretes aplicadores, em cada situação hermenêutica.”¹⁶⁷

4.16.12. Tomando esta premissa como verdadeira, cabe a pergunta, o Constituinte e a sociedade brasileira fizeram e fazem uma opção pela discriminação de pessoas pelo simples fato de possuírem orientação sexual diferente? Na atual quadra da evolução social cabe uma discriminação com fundamento na orientação sexual da pessoa?, as respostas a estas perguntas são as respostas a pergunta do prof. Inocêncio, porquanto, se entendermos que a opção da sociedade e antes, do próprio constituinte foi fazer uma apartheid sexual, então, sejamos sinceros, não cabe aqui a leitura que estamos a fazer de princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

4.16.13. Diversamente, porém, se entendermos que a pauta de valores positivados nas normas de direitos fundamentais não conduz a uma interpretação que forneça quaisquer elementos para uma discriminação deste jaez, discriminações com fundamento exclusivo na orientação sexual da pessoa, e que, além disso, a maturidade alcançada pela sociedade brasileira não permite mais esse tipo de discriminação em plexo século XXI, então, a opção social que deve presidir a interpretação do princípio da igualdade somente pode ser no sentido de afastar quaisquer hipóteses, leituras da norma, resultado da interpretação que não conduza a uma “otimização”, a uma efetividade destes princípios, além do que, como já afirmado, não cabe ao interprete, mesmo que sua pré-compreensão se revela preconceituosa, se manter neste preconceito em face da normatividade vinculante destes princípios.

4.16.14. Por conseguinte, essa leitura do princípio da igualdade somente pode conduzir a um caminho. Qual seja, onde na lei se fizer referência a união estável, estar-se-ia também

¹⁶⁷ Op.cit.p.

fazendo referencia a que o seu suporte fático contenha também as relações entre pessoas que fizeram uma opção, ou melhor dizendo, nem mesmo isso, uma vez que, para a literatura especializada, não se trata propriamente de uma opção, possuem uma orientação sexual por pessoas do mesmo sexo. A fixação desta interpretação, nos parece ser a que melhor se amolda aos preceptivos solenemente insculpidos na nossa Carta Política desde o seu prefácio. Ora, mais ainda. Se compreenderemos os direitos fundamentais como princípios que devem ser otimizados, abstraindo aqui a discussão desta tese nesta seara, poderíamos confortavelmente chegar a conclusão: os diversos avanços no tocante a concretização do princípio da igualdade e da isonomia no âmbito das relações afetivas autorizam que nesta quadra da vida e do tempo - séculos XXI, lembre-se, por importante isso - se possa dar um passo adiante. Um passo a mais na concretização da igualdade e da liberdade entre as pessoas.

4.16.15. Neste passo, não se corre o risco de ser injurídico, porque ilegal, posto que antes, é passo absolutamente constitucional, por força de um princípio jurídico-constitucional estampado, desde o pórtico do texto, no seu preâmbulo¹⁶⁸, que, se não tem força vinculante, tem força de vetor interpretativo, e isso não é pouco, perpassando por todo o seu corpo, nas inúmeras citações que a igualdade, de forma direta ou não, é ventilada no texto constitucional, a nos dizer a todo momento que tipo sociedade devemos construir.

4.16.17. Dessarte, havendo um conflito aparente entre normas constitucionais, a melhor opção hermenêutica é aquela que homenageia os valores mais caros concernentes a dignidade da pessoa humana. E, não há a menor sombra de dúvida de que, entre a interpretação que se possa afirmar a impossibilidade de acolhimentos da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e aquela que entende perfeitamente possível, pelo princípio da igualdade, esta última parece ser a que melhor se coaduna com os desígnios estampos na Carta Política de 1988. Lembremos da lição de Celso Antonio Bandeira de Mello que já se tornou clássica quanto a distinção entre regras e princípios em terra brasilis, ao dizer que violar um princípio seria muito mais grave que violar uma regra:

“Cumpre, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo princípio, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciámos a acepção que lhe estávamos a atribuir. A época dissemos.. Princípio é pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe tonica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque.. “ violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A

¹⁶⁸ O preâmbulo da Constituição está assim vazado: “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”. (grifamos).

desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”¹⁶⁹

4.16.18. Na mesma senda, Luís Roberto Barroso, ao dizer que duas grandes viradas tiveram o direito constitucional nas últimas décadas, ambas importantíssimas para as conclusões que encampamos neste parecer. Uma, os princípios deixaram de ser apenas um apelo ao legislador, uma opção política do legislador para **se transmutarem em normas**, e isso diz muito, diz que se extraem deles força jurídica capaz de vincular os poderes da República, e duas as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata, notadamente os direitos fundamentais, como pretende a cláusula estampada no § 1º do art. 5º da Constituição¹⁷⁰. Assim, a normatividade dos princípios e a possibilidade de aplicação imediata das normas constitucionais dão certo o tom a temática da interpretação constitucional e, por conseguinte a interpretação de todo o ordenamento jurídico doméstico:

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi à atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo adotado na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político um convite a atuação dos Poderes Públicos. (...)

Desse reconhecimento jurídico as normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes, dentre as quais podem destacar:

- a) A Constituição tem aplicabilidade direta e imediata as situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;
- b) A Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo.. Malheiros, 2007, p. 53. Também, na mesma obra, Celso Antonio lembra a lição de Geraldo Ataliba sobre sistema “ O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior.”, assim, para o efeito de extrair uma interpretação do texto constitucional que preserve esta harmonia não se poderia ficar jungido tão somente a uma norma específica, desconhecendo ou fingindo desconhecer as demais normas constitucionais, mormente as normas que veiculam princípios jurídicos.

¹⁷⁰ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais.

c) Os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o interprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.”¹⁷¹

4.16.19. Aqui a discussão se dá em razão de um setor da doutrina ainda não ter compreendido que não se está a querer aplicar simples valores não positivados em normas jurídicas, mas, pelo contrário, se estar a aplicar normas constitucionais que veiculam valores, e sendo normas, possuem os atributos de juridicidade como as demais normas jurídicas. Sobre este ponto, adverte Walter Claudius Rotherburg:

“Não seria possível, dadas as limitações de meu conhecimento e a proposta do estudo, aprofundar as semelhas e distinções entre uma teoria de valores e uma teoria de princípios jurídicos-constitucionais. No texto original, é adotado o ponto-de-vista de Robert Alexy (1993) – valores no universo axiológico e princípios no universo normativo – e conclui-se que os princípios contem valores principais, querendo-se dizer que a tradução jurídico-normativa destes faz-se por intermédio daqueles; como anota Luiz Alberto David Araújo (2000..75)..” trata-se dos valores incorporados pelo direito que são traduzidos em princípios”.

Não se nega, assim, uma natureza normativa aos valores (no campo da moral ou da estética, por exemplo), mas a eficácia jurídica (institucionalmente coercitiva) eles adquirem ao aparecerem no ordenamento jurídico, como autênticas normas jurídicas, e naturalmente (conquanto não exclusivamente) como princípios constitucionais.¹⁷²

4.16.20. Daí se segue que não se pode mais dizer que se estaria tão somente querendo tão somente concretizar valores não albergados pelo texto constitucional. Posto que estes princípios veiculam os valores que foram sopesados pelo constituinte e incorporados positivamente à Constituição, destinando-se, por ser assim, tanto a conduzir o legislador quanto o intérprete, na concretização das normas constitucionais. O que afasta assim, a possibilidade de uma interpretação que não dê sentido e conteúdo a um conjunto de normas que estão postas na Constituição, revelando-se, por isso, que, qualquer interpretação que não se amolde a estes princípios será portadora de um vício de inconstitucionalidade, por ferir gravemente a Constituição sob o ângulo das normas principiológicas postas em seu texto e argumentativamente elencadas desde o seu preâmbulo. Sobre a aplicabilidade direta dos princípios constitucionais, a lição de Rothenburg é enfática:

“Os princípios podem servir diretamente para a solução de casos

¹⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva 2009, p. 196-197.

¹⁷² ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 86.

concretos, com o que é de se reconhecer-lhes aplicabilidade imediata (eficácia plena). Esse é igualmente o entendimento de Antonio Enrique Pérez Luno (1999.293).. “ um valor ou um princípio constitucionais não precisam achar-se expressamente desenvolvidos em normas específicas para que possam ser intocados ou aplicados, já que, como expus, são suscetíveis de aplicação imediata enquanto constituem autênticas normas constitucionais.”.¹⁷³

4.16.21. Com igual razão, asseverando que a força normativa dos princípios constitucionais deve conformar todos os atos estatais, sejam estes sentenças, leis e atos normativos, além da possibilidade de princípios, inclusive, fundarem pretensões subjetivas, é discutida por Ruy Samuel Espíndola com fundamento nas lições de Canotilho:

“Ainda no rumo expositivo desta questão, insta esclarecer o que Canotilho chama de dimensão determinante dos princípios, que se aproxima da idéia aqui utilizada: força normativa imediata dos princípios constitucionais. A idéia de força determinante se traduz no sentido de que os atos jurídicos dos poderes públicos (leis, sentenças e atos administrativos) devem conformar-se a dimensão material dos princípios constitucionais, sob pena de transgressão ao constitucionalmente preceituado na Constituição. Para Canotilho a “ força determinante dos princípios constitucionais deve conexionar-se com a sua recepção na lei fundamental”. Ou seja, princípios com força determinante serão os consignados, expressa ou implicitamente, na Constituição”¹⁷⁴

4.16.22. Assim, posta a questão da normatividade dos princípios constitucionais nestes termos, não há como se desincumbir da problematização do da fato da vida que estamos a tratar sem ao menos procurar se desvencilhar de forma argumentativa da normatividade dos princípios jurídico-constitucionais que incidem sobre a questão, uma vez admitida, é claro, a possibilidade de incidência direta da normatividade presente nestas normas. Ruy Espíndola segue o seu raciocínio, que muito aproveita para as conclusões lançadas neste Parecer:

“Essa dimensão determinante se caracteriza por duas dimensões: uma negativa e outra positiva, atribuídas aos princípios constitucionais. Isso significa que pela primeira, em termos finalísticos, os princípios estabelecem uma proibição de conduta, e, pela segunda, impõe-se determinada comissão de comportamento, para que a teleologicidade principiológica se verifique em termos práticos-jurídicos. Explica-se tal asseveração deduzida de Canotilho, com o seguinte exemplo: o princípio da impessoabilidade, consignado no art. 37, caput, da Constituição brasileira, estabelece, em sua vertente negativa, a proibição de “ tratamento arbitrário e desigual dos cidadãos pelos agentes administrativos, mas, ao mesmo tempo [em sua vertente

¹⁷³ Idem, ibidem.

¹⁷⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2ª .ed. São Paulo. RT, 2002, p. 213.

positiva], impõe-se a igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos através de um critério uniforme da ponderação de interesses públicos” (colchetes acrescentados)”

(...)

Assim, tendo em conta o posicionamento dos autores aludidos, a posição de Canotilho que entende seja discutível que os princípios não possam fundamentar, autonomamente, recursos de direito público, se pode responder a bem de uma normatividade ótima dos princípios constitucionais. Normatividade que faça os princípios fundamentarem pretensões jurídicas em defesa de situações subjetivas prejudicadas, em face da violação de dimensões determinantes dos princípios constitucionais. De outro modo.. que os “ recursos de direito público”, quando possível juridicamente, fundamentem-se na força normativa imediata dos princípios constitucionais.¹⁷⁵

4.16.23. Com efeito, os princípios, na sua dimensão de vetores interpretativos que devem ser perseguidos para que sejam concretizados nas suas possibilidades fáticas e jurídicas, é analisada na lição de Luiz Edson Fachin que é particularmente esclarecedora, assim, para o jurista paranaense:

“Na perspectiva do debate sobre o novo Código Civil (em relação ao qual se propõe uma hermenêutica construtiva), o compromisso com a cidadania impõe uma clara eleição de caminho. Tal via parece-nos distante da mera reprodução de saberes dogmáticos, e identifica-se o direito de Família para além da Lei 10.406/02, sob a égide da Constituição Federal de 1988, abrindo cena no palco para a presença de criação jurisprudencial, e para apreender complexidades e paradoxos na estrada epistemológica das novas comunhões, reconhecendo dinâmica dos novos tempos.

Afinal, consoante já assinalamos, entre sístoles e diástoles, se apreende uma travessia que compreende a família e a filiação em novas definições. Bem se compreendem o Direito da Família valores como o amor e solidariedade. Superando a unidade de fontes estatuída pelo casamento no regime codificado, o Código Civil de 1916 cede espaço para a família constitucionalizada.” (grifamos).

4.16.24. Para Fachin ainda há muito a caminhar, pois “Três temas e dimensões podem

¹⁷⁵ Este ponto é salientado em função da discussão é tratada sob a lição de Canotilho sobre a possibilidades de aplicação direta dos princípios, assim, o restante da lição, para compreensão, está assim vazada “Essa posição, pode-se deduzir, dentre outras passagens significativas, do seguinte enxerto de Canotilho “... Qual a função dos princípios.. têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta: Para ele, “... os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição (...) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação.”

expor o lugar da família no direito, nos fatos sociais e na cidadania .. o valor jurídico do afeto, os novos conceitos de família e a vigência do novo CCB a partir de janeiro do ano em curso, a ser apreendida na hermenêutica constitucional".

4.16.25. Se se pode afirmar que o § 3º do art. 226 consagra uma regra, a ponto de dizer que homens e mulheres tem a proteção legal do instituto da "união estável", não menos verdade é que as normas constitucionais não estão dispostas somente em regras, como vimos. Com efeito, o fato de existirem princípios, e princípios também serem normas constitucionais ocasiona uma série de consequências no tocante a configuração do problema da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Este fato é assim descrito por Canotilho:

"A existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor permite a descodificação em termos de um " constitucionalismo adequado" (Alexy: gemassigtge Konstitutionalismus), da estrutura sistemática, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios."¹⁷⁶

4.16.26. E é justamente o fato de que princípios também são normas jurídicas que possibilita a compreensão de que não se pode somente investigar uma determinada regra para se chegar a um resultado interpretativo a contento. Isto seria, em última análise, desconsiderar o restante das normas constitucionais.

"Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo- do mundo e da vida, fixando, em termos definidos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um " sistema de segurança", mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto."¹⁷⁷

4.16.27. Assim, se tivéssemos somente o § 3º do art. 226, como afirmado, teríamos a segurança jurídica de saber que homens e mulheres poderiam estabelecer união estável. Sim, contudo, este modelo estaria fadado a ser superado pelos fatos da vida, posto que não se pode desconhecer a mutante realidade, e o Direito não pode ser mudo e cego ao que ocorre em sua volta. Valora os fatos, transforma-os em normas jurídicas. Destarte, assumindo como indiscutível a normatividade dos princípios estes também devem ser aplicados ao caso interpretado.

"Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitira a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional " (Zagrebelsky).

¹⁷⁶ Op.cit.p.1662

¹⁷⁷ Idem, ibidem.

Destaca-se da lição do constitucionalista a preocupação inversa, pois, se o sistema fosse sustentado somente por princípios traria também grandes problemas, assim Canotilho enfreta esta questão com os seguintes argumentos:

“O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Moell des Rechtssystems) levar-nos-ia a consequências inaceitáveis. A indeterminação de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível fático” e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. (..)

Apesar desta advertência, remarca sua posição em defesa dos princípios:

“Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de otimização aberta a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua “referência” a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da “justiça”, da “idéia de direito” dos “fins de uma comunidade”), os princípios tem uma função normogénica e uma função sistémica: são os fundamento de regras jurídicas e tem uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que as “regras” os “princípios”, para serem activamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática (Alexy: Regel Prinzipien Prozedur- Modell des Rechtssystems): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *Law in the books* para uma *Law in action* para uma “*living constitution*”.

4.16.28. Essa é uma das fortes razões por que não se pode admitir o resultado interpretativo extraído da literalidade da regra constante do § 3º do art.226, posto que conflita irremissivelmente com os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, ademais, verifica-se que o elemento de discriminação, a orientação sexual da pessoa, não passa pelo teste de justiça, e no tocante aos compromissos de uma sociedade pluralista, também ofende a pluralidade de opções legítimas de como se levar a vida. E, complementa seu raciocínio aduzindo:

“Esta perspectiva teórica-jurídica do “sistema constitucional” tendencialmente “principlista” é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cf. infra, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade)

fundamentadores da ordem jurídica e dispõem de capacidade deontológica de justificação: o enraizamento prescreve-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (possibilitadores da concretização, densificação e realização prática) (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais (Bin). A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico (ex., a leitura principal de R. Dworkin em face da constituição americana) quer se trate de um texto constitucional programático (ex. Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Brasileira de 1988).”¹⁷⁸

4.16.29. E poderíamos aqui acrescentar que “ Esta perspectiva teórica-jurídica do “ sistema constitucional” tendencialmente “ principialista” é de particular importância, não só porque fornece suportes para solucionar certos problemas metódicos”, como o aqui debatido, a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, revelando importante marco interpretativo, e não menos importante “mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema.” Possibilita que o “ caminho do próprio sistema” constitucional. Este caminhar, naturalmente é para frente, no sentido de alargar o conteúdo de direitos das pessoas, o que equivale a dizer que somente poderia a Constituição dizer que a opção sexual não invalida a condição de união estável, sob pena de contradizer ela mesma irremediavelmente e, como a Constituição não possui antinomias, faz-se necessário interpretar a norma de maneira que o resultado interpretativo não arranhe suas disposições.

4.16.30 Vale dizer que, pessoas de sexo diferentes, homens e mulheres, sob o fundamento normativo da regra insculpida no § 3º do art. 226 podem estabelecer união estável, amparados diretamente neste dispositivo constitucional. Pessoas homoafetivas podem também estabelecer união estável, com arrimo na interpretação extensiva do dispositivo supra, possibilitada pelos diversos princípios constitucionais que lhes dão suporte. Assim, embora não conste diretamente do texto, a Constituição não deixou ao desabrigo qualquer pessoa por mera opção sexual, uma constituição pluralista estaria em contradição consigo mesma se o fizesse.

4.16.31. Pensar o contrário seria incidir numa proibição de excesso, posto que estaria o constituinte, ou mesmo uma lei que impedisse estas uniões, tentando dirigir as opções fundamentais da pessoa, mormente no campo da sexualidade humana. O que, a toda evidência, não se compadece com uma sociedade e um Estado Pluralista, laico e possibilitador da convivência dos diversos pensamentos e interesses sociais, políticas, culturas em seu seio.

¹⁷⁸ Op.cit.p.1163-64.

4.16.32 Sérgio Alves Gomes nos ajuda a compreender o papel desempenhado pelas chamadas normas objetivo plasmadas no interior da Constituição e seu importante papel de controle do resultado interpretativo a que chega o interprete, realçando, ao mesmo tempo, o conteúdo destas normas, especificados logo a frente nesta manifestação, fator de legitimação e vetor interpretativo:

“Se o intérprete está situado em um contexto, este lhe abre possibilidades e também lhe impõe limites. No Estado Democrático de Direito, a única atuação legítima do interprete é aquela que produz uma interpretação capaz de corroborar na consecução dos fins em razão dos quais o Estado foi instituído. Tais fins são objetivos a serem alcançados mediante a criação de condições para a efetiva vivências de valores tais como liberdade, igualdade, justiça, solidariedade, segurança.”¹⁷⁹

E reforça sua argumentação com lição no mesmo sentido de Eros Roberto Grau:

“Essas normas-objetivo não se amoldam aos casulos conceituais das normas de conduta e das normas de organização – razão pela qual não são explicáveis como tais. Procurando pontualizar a função que desempenham, no interior do sistema jurídico, poderemos referi-las como normas que explicitam resultados e fins em relação a cuja realização estão comprometidas as normas – estas, de conduta e de organização. A importância delas, de outra parte, como critério indiciário dos fins a que se voltam estas últimas, normas de conduta e de organização – o que viabiliza a fluente perquirição de sua eficácia – é extremada.”¹⁸⁰

A presença marcante das normas-objetivo no texto constitucional evidencia o quanto o Estado Democrático de Direito é paradigma estatal dinâmico e ativo instituído para alcançar “objetivos fundamentais”, constantemente referido¹⁸¹. E isso somente se concretiza mediante a efetivação dos direitos humanos e fundamentais em todas as suas dimensões. Tal intento não depende apenas da atuação do interprete, mas cabe-lhe parcela relevante em tal empreendimento. É sobre isso que

¹⁷⁹ Sérgio Alves Gomes, *Hermeneutica Constitucional*, op.cit.p.306.

¹⁸⁰ (Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Pulo: Malheiros, 2002,p.114)

¹⁸¹ Esta é a resposta a uma pergunta levantada pelo autor “ Mas onde está o parametro com o qual se identificaria o que seria a “ melhor interpretação”? já se viu que a interpretação não ocorre em um vazio, fora do tempo e de um contexto social, no sentido lato desta expressão. Ou seja, todo *contexto social* é uma espécie de cadinho abrangente de experiências políticas, econômicas, religiosas, afetivas, éticas, científicas, filosóficas, artísticas, ideológicas e tantas outras. Vivências estas que são expressões das múltiplas dimensões do ser humano. De alguma forma influem elas na *formação do caráter e do pensamento do interprete*. Voltando à questão que parâmetro deve ser levado em conta para a formulação de um juízo de valor a respeito da “ melhor interpretação” de um texto jurídico-normativo?

A resposta só pode vir mediante a contextualização, porque o interprete está sempre dentro de um contexto. E o contexto que interessa à presente reflexão é o de uma sociedade democrática em construção. Sociedade esta que *institui* o Estado Democrático de Direito, visando a realização ético-jurídica e política dos valores da democracia no espaço social do convívio.

se quer refletir.”¹⁸²

4.16.33 Por conseguinte, a função destas normas objetivo no sistema jurídico é enorme, posto que podem fornecer argumentação legitimia para que o interprete se conduza na busca da melhor interpretação, na busca da concretização, como dito pelo autor, do Estado Democrático de Direito, que pode ser levado a cabo pela vontade de se dar ‘efetividade’ aos direitos fundamentais. E, para isso, como muito bem disse o autor, se tal intento não depende apenas do interprete, por outro lado este tem uma grande parcela de responsabilidade na efetivação dos direitos fundamentais e, por via de consequência, na construção deste Estado Democrático de Direito.

4.16.34. Sobre este papel corretivo oferecido pelos princípios se debruçou Larenz, que, mesmo deixando assente que a “fixação” do sistema jurídico de dá por via da regulação legal, tendo em conta mesmo os pressupostos que adota, uma que desenvolve seu raciocínio em torno, principalmente, do direito privado, ele não se furta a admitir que, mesmo o sistema assim compreendido carece de correção nos casos concretos. E esta correção pode ser feita dentro da hermenêutica jurídica clássica com seus critérios hermenêuticos próprios e peculiares, notadamente a analogia e a interpretação extensiva, como pode ser feita por aplicabilidade direta dos princípios jurídicos, mormente, no nosso caso, dos princípios jurídicos constitucionais. Daí o autor asseverar que:

“O sistema de princípios que a ciência do Direito há-se desenvolver não é, portanto, um sistema ‘móvel’ no sentido de Wilburg, mas está ‘fixado’, pelo menos numa extensa margem, pela regulação legal. Evidentemente que a extensão desta fixação é distinta; os princípios regulam, em qualquer caso, a interpretação e, sobretudo, a integração de lacunas. (...) Mesmo um sistema de princípios directivos ‘fixado’ em ampla medida na lei carece de correção nos casos concretos.”¹⁸³

Antes, Larenz já tinha se referido aos princípios como critérios teleológicos-objetivos da interpretação ao apreender que:

“Ocupámo-nos dos ‘princípios éticos-jurídicos’ como critérios teleológico-objetivo da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito, atendendo a uma tal princípio. Qualificávamos-los de ‘pautas directivas de norma jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas’. Enquanto ‘ideais jurídicas materiais’ são manifestações especiais da idéia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de

¹⁸² Idem, ibidem.

¹⁸³ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 682.

evolução histórica. Alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma ‘analogia geral’ ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram ‘descobertos’ e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na ‘consciência jurídica geral’, graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referencia de sentido à idéia de Direito. Tudo isto discutimo-lo na sede indicada. Trata-se agora da idoneidade de tais princípios para a formação do sistema.”¹⁸⁴

4.16.35. Esta função dos princípios referida por Larenz “critérios teleológico-objeivo da interpretação” aponta no sentido de que podem ser utilizados como correção de sentido de uma interpretação que se apresenta evidentemente desconforme com a idéia de Direito contida no sistema jurídico. E, da mesma forma, princípios podem “justificar resoluções jurídicas”, afirmação, como visto, também na lição, daí não surpreender que, mesmo dentro desta teoria da interpretação, mais próxima a resoluções de conflitos dentro do “sistema legal”, o papel dos princípios seja como vetor interpretativo, seja como aplicável diretamente para solver problemas advindos de lacuna jurídica, seja incontroverso.

4.17. O DEBATE SOBRE A APLICABILIDADE DIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM SISTEMA DEMOCRÁTICO.

4.17.1. Parece-nos fora de dúvidas a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais, quais sejam, a) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica, podem sim levar ao reconhecimento da “obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.”

4.17.2. Isto porque, como já ventilado linhas atrás, no tocante a proteção de minorias, a tese contrária, de que haveria necessidade de interposição do legislador para a proteção das pessoas que resolvem estabelecer relações homoafetivas acaba, no campo fático, levando a discriminação destas pessoas, e sob a ótica jurídico-constitucional, vulnerando estas normas constitucionais de maior relevo. O que torna as condutas que violam estes ditames, quando emanadas do Poder Público, inquinadas de inconstitucionalidade.

4.17.3. Resulta, assim, que não há que se falar em incontornável interposição

¹⁸⁴ Op.cit.p.674.

legislativa para a concretização de direitos que, estão dentro do âmbito de proteção destes direitos fundamentais, e isto revela ser assim porque, mesmo que estejamos a tratar de uma omissão legislativa, esta omissão seria sem maiores problemas colmatada pelas normas constitucionais aplicáveis a questão, uma vez que as normas definidoras de direitos fundamentais podem, como vimos, ter sua aplicabilidade direta e imediata sobre os domínios da vida que pretendem regular. Com efeito, estes dispositivos constitucionais possuem força normativa autônoma, como bem demonstrar inúmeros autores que teorizam sobre a aplicabilidade imediata destes direitos fundamentais postos na Constituição da República.

4.17.4. Destarte, esta tensão entre direitos fundamentais e democracia é objeto das preocupações dos constitucionalistas há muito tempo. Sobre este ponto, procuramos fazer uma rápida análise sobre essa relação entre democracia e direitos fundamentais e esse tema tem aqui sua sede de importância, pois, uma vez agitada a tese de que somente ao legislador caberia dar concretude ao programa constitucional, vazado nas cláusulas propositalmente abertas do Texto Maior, no caso em tela, a consequência seria que somente ao legislador caberia definir quando e em que extensão as pessoas homoafetivas poderiam ter direitos a proteção estatal.

4.17.5. Esta tese, muito embora pareça num primeiro momento simpática ao regime democrático, esbarra no próprio avanço teórico em torno do próprio princípio democrático, pois, desde os horrores da segunda guerra, onde, em nome da lei se praticaram as atrocidades que bem conhecemos, que é comezinho em direito constitucional que o legislador está interdito e, portanto fora do jogo democrático e, assim, também, fora também dos domínios das maiorias eventuais que possam se formar nos parlamentos, transigir sobre determinados direitos, e dentre estes direitos, por evidente, estão os direitos fundamentais, fundamentais, aliás, porque direitos humanos postos, positivados na Lei Maior, e não objeto de proclamações sem valor jurídico.

4.17.6. *Mutatis mutandi*, é esta, por exemplo, a lição de Jorge Miranda quando trata do assunto, destacando o que para ele se trata de uma “revolução copernicada do Direito” no diz respeito a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias dos direitos postos na Constituição portuguesa, que se aplica entre nós de forma tranqüila, uma vez que a mesma norma se encontra no §1º do art. 5º da Constituição Federal, verbis “ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. Assim, na lição do professor lusitano:

“1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis – reza a 1ª parte do art. 18º da Constituição de 1976. Não são os únicos preceitos nessas condições, bem pelo contrário, pois, em Constituição normativa, é postulado geral que as suas normas são aplicáveis, ou susceptíveis de ser aplicáveis, directamente nas situações da vida.

Nisto consiste aquilo a que pode chamar-se revolução copernicana do Direito público europeu das últimas décadas, ligada à Constituição alemã de 1949 (art. 1º, nº 3)e, entre nós, à de 1976. Enquanto que antes o exercício dos direitos dependia da sua regulamentação, hoje as

normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediatização legislativa.

Na expressão bem conhecida de Hebert Kruger, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais. Ou, na fórmula de Louis Favoreau: no Estado legal, a constitucionalidade era uma componente de legalidade; no Estado de Direito, a legalidade é uma componente de constitucionalidade. Donde, a estrita sujeição do legislador controlado pela justiça constitucional, entretanto largamente desenvolvida (como se sabe), aos meios e aos fins constitucionalmente estabelecidos.¹⁸⁵

4.17.7. Desta breve lição do professor Jorge Miranda muito se pode extrair. Se extrai que é possível, o que ele chamada de revolução copernicana do direito público europeu das últimas décadas, revolução esta que foi recepcionada entre nós. Com isso, em termos de direito constitucional podemos dizer, pelo menos neste ponto, que estamos em sintonia com a melhor doutrina, a aplicabilidade direta de normas constitucionais. Este também é o conteúdo da lição de Canotilho quando leciona sobre o tema:

“Aplicabilidade directa significa, desde logo, nesta sede – direitos, liberdades e garantias – a rejeição da “idéia criacionista” conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Kruger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.”

E complementa

“Aplicabilidade directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. Art. 17º e 18;1) significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição,(cfs, CRF, art. 18º;3). Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradores e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga (cfr. Art. 17º e 18º). Se se preferir, dir-se-a que aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a inconstitucionalidade superveniente das normas pré-constitucionais em contradição com eles¹⁸⁶.

¹⁸⁵ MIRANDA, Jorge. O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais. In Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Coord. MACIEL, Adhemar Ferreira. DOLGA, Lakowsky. BERALDO, Leonardo de Faria. COSTA, Monica Aragão Mariniano Ferreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 67.

¹⁸⁶ Op.cit. p.1178. A lição somente não se aplica *in totum* em razão de não acolhermos a tese da inconstitucionalidade superveniente das normas pré-constitucionais, isso a despeito da possibilidade de normas anteriores a Constituição em vigor serem objeto de ADPF.

4.17.8. É justamente esta aplicabilidade direta que estamos a manejar e para extrair dela um produto interpretativo de determinadas normas infraconstitucionais que estejam em conformidade com as diretrizes maiores postas na Constituição, como, por exemplo, a proibição de discriminação por motivo de sexo, e *a fortiori*, por orientação sexual¹⁸⁷ e pluralismo político¹⁸⁸, que, na lição do professor Inocêncio Mártires Coelho, não se restringe tão somente a aspectos políticos, mas, a todas as formas plurais de vida¹⁸⁹. Canotilha, sobre a aplicabilidade imediata, acrescenta ainda:

“III- Naturalmente, se as normas constitucionais forem exeqüíveis por si mesma, o sentido específico do art. 18º, nº 1, consistirá na possibilidade imediata de invocação dos direitos por força da Constituição, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. A regulamentação legislativa, se se der, nada acrescentará de essencial: apenas poderá ser útil (ou, porventura, necessária), pela certeza e segurança que criar às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação perante outros direitos.”¹⁹⁰

4.17.9. Está é justamente a orientação que perfilhamos. Sim, porque, acaso o legislador alterasse o conteúdo semântico das normas postas em questão em relação ao âmbito de proteção da entidade familiar “União Estável”, teríamos que esta “regulação legislativa, se se der, nada acrescentará(ria) de essencial: apenas poderá(ria) ser útil (ou porventura, necessária), pela certeza e segurança que criar(ria) às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação perante outros direitos”, poderíamos, assim, reescrever a lição do constitucionalista português.

4.17.10. Sim, porque na trilha que percorremos, não é possível que se entenda que ao legislador restaria possível fazer uma distinção entre união estável de pessoas heterossexuais e pessoas homoafetivas. Como estamos a dizer, por força da aplicabilidade direta dos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana qualquer norma que não respeitasse a liberdade de opção da pessoa na seara sexual, que não venham a afrontar direitos de terceiros, ou no específico dizer de Jorge Miranda “perante outros”, não poderia mesmo entrar no ordenamento jurídico, sob pena de

¹⁸⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁸⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: #V - o pluralismo político.

¹⁸⁹ Cf. Embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a preferência políticas e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na polis, ou seja, **um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana - tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras** -, um valor fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: **não só, mas também.** (grifamos). COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178. Este enxerto é melhor analisado quando do estudo do pluralismo.

¹⁹⁰ Op.cit. p. 68.

ser considerada inconstitucional por ferir estes princípios.

4.17.11. Então, certos disso, temos que não é somente possível, mas se torna mesmo necessário que se entenda a união estável como insculpida nos diversos textos normativos como abrangentes de uniões entre pessoas, tão somente, desconsiderando aí se se tratam de pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, porque, como várias vezes dito, está interdito ao Estado orientar, defender tal ou qual formas de se levar a vida no âmbito da sexualidade, cabendo esta escolha - **como já também afirmado, se escolha for** - as próprias pessoas, em sintonia com a esfera legítima de liberdade que não pode o Estado se imiscuir, sob pena de resvalar para um totalitarismo no âmbito da sexualidade, que, no atual quadro do Estado Democrático de Direito, **nem de longe se mostra possível**, em face das conquistas jurídicas, sociais, econômicas e por que não dizer, morais, da sociedade brasileira.

Na mesma senda, a lição de Canotilho:

“Talvez dominada pelo conteúdo altamente filosófico e doutrinário das declarações de direitos, ao que acrescia, algumas vezes, a sua inserção fora do articulado da constituição (era nos preâmbulos constitucionais que, alguns casos, as proclamações de direitos encontravam guarida), a doutrina francesa considerava indispensável a intervenção legislativa pra dar operatividade prática aos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais. “ *Il faut – escrevia Hauriou – que chaque droit individuel soit organisé, c’est a dire que lês conditions et lês limites – soient déteérminés par une loi organique*”; “ *um droit individuel n’esist pás d’une façon pratique que lores qu’il est organisé*”. Cfr. Hauriou, *Précis de Dorit Constitutionnel*, Paris, 1929, p. 89; Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel*, Paris, 1927,1,p.600. Entre nós, Marnoco e Sousa escrevia, também em 1913: “ Por outro lado, para que os cidadãos posam exercer um direito individual não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que seja, terem dois limites necessários – o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa.” Cfr. Marnoco e Sousa, *Constituição da República, Comentário*, 1913, p.14.”¹⁹¹ (grifamos).

4.17.12. E após esta digressão sobre a antiga teoria da eficácia dos direitos fundamentais, onde poderíamos dizer que, aos que aduzem que somente por lei poderiam ter direitos as pessoas homoafetivas a união estável, estariam ainda no século XIX, posto que a doutrina da aplicabilidade direta já se encontra assente desde o século XX, mormente com a doutrina alemã, a partir do aprendizado prático com os horrores produzidos pelas guerra deste século. E arremata:

¹⁹¹ Op.cit.

“Tornava-se evidente que a exigência de uma réglementation de La liberté punha em perigo a eficácia destes mesmos direitos, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo.”

4.17.13. É justamente isso que estamos a dizer, o resultado interpretativo que leva a exigência de lei para que se estabeleça a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, conduziria a um retorno a dogmática jurídica do século XIX, quando a constituição era tão somente, como afirmado por Marnoco e Sousa, e bem assim os direitos constitucionais nela plasmados “ uma simples promessa”. E isto não pode mais ser aceito, pois, tanto na Constituição brasileira, quanto na portuguesa, se encontram dispositivos capazes de interditar esta interpretação:

“Hoje, a própria constituição prescreve a aplicabilidade directa: as normas constitucionais além de serem direito actual no sentido acabado de precisar, valem também como normas de aplicação directa. Assim, por exemplo, o art. 18º ; 1 da CRP (à semelhança do art. 1º;3 da Grundgesetz de Bonn) dispõe que “ Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos , liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”

4.17. 14. Se ainda não estivéssemos seguros sobre o tema, esclarenos Canotilho:

“ A democracia tem como suporte ineliminável o principio majoritário, mas isso não significa qualquer absolutismo da maioria e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas poderem tornar maioria.

A maioria não pode dispor de toda { legalidade} ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o principio da constitucionalidade sobrepõe-se ao principio majoritário). Por vezes, a importância do assunto exige maiorias qualificadas não só para se garantir a bondade intrínseca da decisão mas também para a protecção das minorias (cfr. Art. 109;3). Por último, devem referir-se os limites internos do principio majoritário: se ele tem a seu favor a possibilidade de as suas decisões se tornarem vinculativas por serem sufragas por um maior número de cidadãos, isso não significa que a solução majoritária seja materialmente mais justa nem a única verdadeira.¹⁹²

E, para o que mais de perto no interessa, Canotilho aduz:

O principio majoritário não exclui, antes respeita, o “pensar de outra

¹⁹² Op.cit.p. 329.

maneira”, o “ pensamento alternativo”. Noutros termos: o princípio majoritário assenta politicamente num “ relativismo pragmático” e não num “ fundamentalismo de maiorias”. Para utilizarmos as palavras de um ex-presidente do Tribunal Constitucional Alemão: o pressuposto básico da praticabilidade do princípio majoritário é a ausência de pretensões absolutas de verdade.”¹⁹³

4.17.15 Neste ponto, clássica a lição de Luis Roberto Barroso sobre o tema:

“A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um forum de princípios 8 – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas “¹⁹⁴.

4.17.16. Daí o reforço argumentativo utilizado, para que fique remarcado que direitos fundamentais, aplicabilidade direta destes direitos e regime democrático são são excludentes, pelo contrário, como se viu à exaustão, são complementares. Implicam-se e se reforçam numa interação recíproca.

4.17.17. Não obstante isso, cabe destacar a preocupação de não se hipervalorizar as normas principiológicas, sob pena desvalorizar demais o processo democrático, esta preocupação é compartilhada por Eduardo Cambi, ao trazer a doutrina que se preocupa em separar fundamentalidade de fundamentalismo, em especial, na seara dos direitos

¹⁹³ Op.cit. 330.

¹⁹⁴ JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. In <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/> acesso em 20/10/2009

fundamentais. Pois,

“Por outro lado, a aproximação do direito e da moral, a partir dos direitos constitucionais com elevada carga axiológica, requer temperamentos. Há de se evitar a excessiva constitucionalização. A hipertrofia constitucional não pode representar a tirania dos valores, sob pena de a Constituição se converter em um instrumento totalitário, asfixiando as forças sociais e restringendo a autônoma política e privada do povo. Tal perspectiva, no limite, possibilitaria a implantação de uma sociedade orwelliana, colocando a perder toda a espontaneidade das relações humanas e as peculiaridades da própria vida de cada indivíduo dentro da sociedade. É preciso destaar que os direitos fundamentais como expressão jurídica do contrato social, protegem determinadas posições dos cidadãos contra a atuação ilegítima do Estado. Impoe-se, pois, a tese da fundamentalidade sem fundamentalismo.”¹⁹⁵

4.17.18. Interessante que, mesmo a partir desta perspectiva crítica com relação a necessidade de preservar a autonomia política e privada, isto não o impediu de chegar a conclusão de que não se poderia constitucionalizar determinados modos de vida, a exemplo do que se pretendeu, para um setor da doutrina, fazer com o § 3º do art. 226 da CF.

“ Por exemplo, não cabe à Constituição conceituar família, fenômeno eminentemente sociológico, de modo taxativo, prevendo noções fechadas (como aquela contida no art. 226, § 3º, da CF, ao considerar entidade familiar a união estável entre homem e a mulher), sob pena de comprometer a autonomia privada dos cidadãos. Deve-se entender que a Constituição não prevê um conceito taxativo (*numerus clausus*) de entidades familiares, não podendo ficar à margem das definições constitucionais a noção de pluralismo familiar, a qual abrange toda comunhão de vida, instituída com a finalidade de convivência familiar, independentemente da origem sexual (v.g. a união homoafetiva entre dois homens ou duas mulheres e seus filhos biológicos e/ou adotivos; a convivência, sem prejuízo para a criança, inclusive, para fins de inclusão no registro civil, da paternidade biológica e socioafetiva etc.) A propósito, dispõe o art. 5º II, e par. Único, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ser família a comunidade formada por indivíduos que, independentemente de orientação social, são ou se condierem aparentados, unidos por laços naturais por afinidade ou por vontade expressa.(...)”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: RT, 2009, p. 139

¹⁹⁶ Op.cit.p.140.

5. UMA BREVE NOTA SOBRE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

5.1. Cabe lembrar o movimento teórico-jurídico que se formou em torno a efetividade da Constituição, no sentido de que as normas constitucionais passassem a ter efetividade, posto que se trata, a priori, de normas jurídicas, e não de outro tipo de normas, ainda que com suas especificidades naturais de ser “o estatuto jurídico do fenômeno político”. Essa centralidade do ordenamento constitucional se espraia por todo o ordenamento jurídico. Em face do problema que estamos a tratar, um tema ligado ao marcos do direito civil, a união estável, cabe trazer a baila algumas observações sobre esta questão. Ricardo Fiúza, embora se insurgindo contra os excessos produzidos pela “doutrina da efetividade” ou “da força normativa dos princípios”, assim entende a constitucionalização do direito civil, para ele:

“(…) Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas desse Direito tem que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber a leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Esse é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores forma eleitos por todos nós por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.¹⁹⁷

5.2. Exemplo desta centralidade da Constituição é trazido como a extensão da impenhorabilidade do imóvel garantida pela Lei 8.009/90 as pessoas solteiras.

“Outro exemplo que poderíamos dar é o do imóvel residencial da pessoa solteira. Seria ele passível de execução por dívidas?

Segundo uma leitura tradicional, seria, uma vez que a Lei 8.009/90, que trata do assunto, refere-se ao imóvel residencial da entidade familiar. Como não existe família de uma pessoa só (não há conjunto unitário no Direito), então a conclusão óbvia que se segue inexoravelmente é a de que o imóvel da pessoa solteira pode ser penhorado por dívidas. Mesmo porque, se a Lei 8.009/90 se refere à entidade familiar, é porque entendeu não merecer a pessoa solteira a mesma proteção conferida à família. O alargamento da interpretação dessa norma, mesmo com base em valores e princípios constitucionais, não se justificaria, diante da mens expressa da lei de não estender ao solteiro a mesma dignidade da família. Isso, às vezes ocorre; na balança de valores e princípios,

¹⁹⁷ FIUZA, César. Limites à Hermenêutica Civil-Constitucional. In Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Coord. MACIEL, Adhemar Ferreira. DOLGA, Lakowsky. BERALDO, Leonardo de Faria. COSTA, Monica Aragão Maríniano Ferreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 325.

pode um valor, em tese maior, ceder a um aparentemente menor: é o caso da permissão expressa de lançamento do nome do devedor inadimplente nos órgãos de proteção ao crédito. A dignidade cede ao crédito; por outro lado, pensa-se também na dignidade do credor.”¹⁹⁸

5.3. Avança no seu raciocínio acentuando a leitura constitucional das normas de direito civil:

“Todavia, numa interpretação civil-constitucional, que parta dos limites da própria Lei 8.009/90, podemos perfeitamente invocar o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) a favor da pessoa solteira. É que a Lei em análise, expressamente se refere às dividas do filius-familias, portanto pessoa solteira, para efeito da impenhorabilidade do imóvel residencial. Com base, pois, nessa disposição legal, lida à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pode-se estender a impenhorabilidade ao imóvel da pessoa solteira. Afinal, se é este o princípio que fundamentou a impenhorabilidade do imóvel residencial familiar (Lei 8009.90), então deverá também fundamental a proteção ao imóvel do solteiro. Afinal, as pessoas solteiras tem, elas também, dignidade a ser promovida, mas isso a partir de uma “ brecha” na própria Lei 8.009;90. Fosse ela taxativa, a dignidade do solteiro deveria ceder ao crédito, como, aliás, ocorre em outros casos.”¹⁹⁹

5.4. Ainda que se possa discordar sobre a possibilidade de extensão da garantia da impenhorabilidade as pessoas solteiras mesmo que sem a “brecha” legal que o prof. Mineiro se reportou, suas conclusões são importantes para o nosso debate, por vários motivos: a) aceita a interpretação civil-constitucional de normas b) invoca o princípio da dignidade da pessoa humana, com todos os problemas relacionados ao âmbito de proteção desta clausula central do ordenamento jurídico; c) o raciocínio por analogia compreendido entre a hipótese existente (proteção da impenhorabilidade do bem de família e a hipótese nova (proteção do imóvel da pessoa solteira). Ora, estes argumentos se encaixam como uma luva para as consequências que se pretende extrair das normas que dizem respeito a união estável.

a) a uma, porque o que pretende é justamente a interpretação civil-constitucional destas normas;

b) a duas, porque se invoca, além do princípio da dignidade da pessoa humana, os princípios da liberdade, na dimensão da liberdade de orientação sexual , da não intromissão no seu espaço constitucionalmente garantido de autodeterminação sexual, posto que o Estado não poderia impedir ou mesmo direcionar a opção sexual da pessoa, ainda mais quando nem

¹⁹⁸ Op.cit.p.326.

¹⁹⁹ Op.cit.p.327.

mesmos as ciências estão de acordo quanto ao que realmente leva uma pessoa a fazer determinadas opções, quanto mais opções vitais para a felicidade como a opção sexual, compreendida dentro do direito de personalidade, sob a ótica civil-constitucional, e portanto, digna de proteção, a escolha, - se é que é escolha, se é que é livre opção da pessoa, diga-se, sempre - do princípio da igualdade, tanto no que concerne a proteção do igual tratamento perante a lei, como, o direito ao igual tratamento na lei, como antes visto, o que leva a impossibilidade de mesmo o legislador diferenciar, discriminar onde não pode fazê-lo;

c) e três, o raciocínio por analogia, onde existir a mesma razão deve ser aplicado o mesmo princípio, sim, porque se sentiu a necessidade de proteção da uniões estáveis, posto que ficavam a mercê de interpretações ao sabor das opções ideológicas do juiz, com a positivação e conseqüente juridicização dos fatos, foi elevado esta forma de afeto a qualidade de entidade familiar, que deve assim ser protegida pelo estado. Então, onde existir afeto, dever-se-ia aplicar o mesmo princípio, não fazendo sentido que se discrimine por uma opção que, como já se acentuou, está dentro da esfera de proteção da pessoa, não podendo ser direcionada, por se tratar de direito inalienável da pessoa, posto que o contrário redundaria em verdadeira afronta a esfera legitimamente protegida de escolhas no âmbito privado. E, mesmo com o crescimento e acentuação das normas de direito público, não se pode assumir uma posição que invada o âmbito privado desta maneira, que não respeite as opções pessoais, onde estas não agridam direitos de terceiros, por evidente, mas, de bom tom lembrar, para que se afaste argumentos falaciosos que poderiam ser levantados. Não obstante tudo isso, o próprio professor Ricardo Fiúza aduz que não se pode retirar do Código Civil sua importância :

“Falar em constitucionalizado do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel esse que continua a exercer. É o Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros.(..)”²⁰⁰ (grifamos).

E complementa seu raciocínio da seguinte maneira:

“No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sobre de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.”²⁰¹ (grifamos).

5.5. Não obstante isso denuncia em tom de crítica ácida o que chamada de excessos, posto que, para ele, não se poderia chegar a um resultado interpretativo no exemplo que traz:

²⁰⁰ Op.cit.p.325.

²⁰¹ Op.cit.p. 327.

“O que não se pode, definitivamente, é se admitir uma interpretação absolutamente inopinada, descompromissada com os ditames da norma posta, apenas com Base nos valores constitucionais, ao sabor do arbítrio do juiz, de forma absurdamente alternativa e, por vezes, até surpreendente. Isso é arbitrariedade, é insegurança jurídica. E, infelizmente, exemplos é o que não falta. Recentemente tive notícia de uma decisão que obrigava uma pessoa a prestar alimentos a um seu primo, com base no princípio da dignidade humana. Trata-se, a toda vista, de decisão ilegítima, contra legem. O Código Civil e a Lei de Alimentos são claros: a obrigatoriedade de prestar alimentos se limita aos cônjuges, companheiros, descendentes, ascendentes e irmãos. Primos não entram. Quis a Lei que, faltando essas pessoas, a incumbência fosse do próprio Estado, quando muito. Isso ocorre também na esfera trabalhista: é do Estado, não do patrão, o dever de prestar assistência, inclusive salários à mulher que acaba de dar à luz, ou ao enfermo, além de quinze dias, entre outros casos. A opção é consciente. Não se pode assim, ferir limites legítimos da lei, mesmo infraconstitucional, em nome de valores constitucionais, por mais nobres que sejam. A se aceitar a decisão em vista, em breve uma pessoa será obriga a prestar alimentos aos vizinhos, com base na dignidade da pessoa humana.”

5.6. Se posta de lado a verve do civilista, muito aproveita aqui o debate lançado sobre os limites da interpretação e bem assim, o âmbito de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse assunto já foi trabalhado quando do estudo dos princípios e sua força normativa, contudo, além da amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro eixo-axiológico de todo o ordenamento jurídico, talvez por isso, sempre citado, para nós, no entanto, está fora de dúvidas que, onde se fala em liberdade de orientação sexual esta a se falar em dignidade, posto que se está a se falar em respeito e reconhecimento pelas opções de vida, e isso, numa sociedade que se diz plural, se mostra fora de discussão.

6. DA MANIFESTA INSUFICIÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO LITERAL PARA TRATAR RESOLVER A QUESTÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

6.1. No tocante a discussão sobre interpretação do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, quando, uma vez que expressamente constam os vocábulos homem e mulher, do qual, a partir daí, parte da doutrina retira o entendimento de que haveria aí um silêncio eloquente a dizer que está vedado a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, temos que esta literalidade já não condiz com os avanços da ciência hermenêutica, além de que, impede uma compreensão unitário da Constituição. Com efeito, a lição de Gustav Radbruch nos orienta, pois a apreensão de significado da norma não pode ficar tão-somente na primeira fase da interpretação, porque:

O intérprete pode entender uma lei melhor do que entenderam seus criadores; a lei pode ser muito mais inteligente do que seus criadores-ela tem de ser mais inteligente que seus criadores. Os pensamentos dos autores de leis têm indubitavelmente lacunas, não podem se esquivar das obscuridades e contradições; contudo, o intérprete deve poder deduzir da lei uma decisão clara e não-contraditória para todo caso concreto. porque assim ordenado o código civil e com ele, tacitamente, todo e qualquer outro código: um juiz que se nega a dar uma sentença com o pretexto de que a lei não prevê o caso, de que é obscura ou insuficiente, pode ser acusado de denegação da justiça”. **Assim, a interpretação jurídica não é o pensamento de algo já pensado anteriormente, mas o pensar completo, até seu extremo. Ela parte da interpretação filológica da lei para, a seguir, excedê-la-** tal qual um navio que ao sair do porto é guiado por alguém que conhece a rota previamente marcada, para em mar aberto, sob as ordens do capitão, seguir o seu próprio curso. Conduz, por meio de transições imperceptíveis, de interpretações do espírito legislador a regras que o próprio intérprete “apresentaria na qualidade de legislador”, como aponta o famoso parágrafo introdutório do Código Civil da Suíça. É uma mescla indissolúvel de elementos teóricos e práticos, discerníveis e criativos, produtivos e reprodutivos, científicos e supracientíficos, subjetivos e objetivos. Na medida em que a interpretação é prática, criativa e supracientífica torna-se cada vez mais determinada pelas necessidades jurídicas em mutação. A vontade do legislador, cuja determinação é o seu fim e o seu resultado, não é, por isso, fixada pela interpretação com um conteúdo determinado definitivo para todos os tempos, mas permanece sempre apta a responder com novas acepções às novas necessidades e problemas jurídicos suscitados pelas transformações das épocas; não se deve pensar, pois, como o processo volitivo único que suscitou a lei, porém como a vontade duradoura e mutável que sustenta a lei²⁰²

6.2. Este pensar até o fim aquilo que já foi pensado, na lição de Radbruch, permite que se possa entender como legítima a afirmação de que de início, “aquilo que já foi pensado” diz respeito à proteção estatal de união estável entre sexos diversos, contudo, uma interpretação que leve a sério os parâmetros constitucionais incidentes sobre o tema e se utilize de critérios outros que não o meramente literal saberá dizer que é possível “pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado”, pois, como regra inclusiva, permite que seja mais inclusiva ainda, permite que se afaste de vez o preconceito e a intolerância que o próprio § 3º do art. 226 visou, em última instância, evitar. Esta idéia de avançar mais nos direitos ligados à sexualidade está presente na seguinte passagem de Roger Raup Rios:

“Do ponto de vista jurídico, os conceitos de direitos reprodutivos e direitos sexuais têm traduzido este esforço. Apesar dos avanços obtidos, razões de ordem teórica e de ordem prática recomendam avançar mais. Para tanto, é preciso desenvolver um direito democrático da sexualidade, vale dizer, um exame, na perspectiva dos direitos

²⁰² RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 164.

humanos e dos direitos constitucionais fundamentais, das diversas normas jurídicas cujo âmbito de proteção atenta para as diversas manifestações da sexualidade humana.”²⁰³

6.3. No mesmo sentir, Pontes de Miranda, citado pelo constitucionalista Slaibi Filho, adverte que primeiro deve-se ter em mente qual o interesse que se quis proteger, neste particular, podemos dizer que não são poucos os doutrinadores que afirmam que a norma em referencia quis simplesmente afastar uma cultura de discriminação contra casais que a época da promulgação da Constituição não entabulavam um casamento formal, portanto, seria uma norma inclusiva, e não uma norma excludente, disso sobressaindo que, pelo seu contrário, esta norma não afastaria a possibilidade de outras espécies de família.

6.4. Ademais, este é exatamente o outro ponto destacado pelo autor, quando aduz que existindo duas interpretações possíveis, deve-se “preferir se aquela que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica”, notadamente, a interpretação que “melhor insufla extensão a norma jurídica é a interpretação inclusiva, aquela que permite outras formas de uniões possam ser protegidas constitucionalmente”:

“Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar; de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fim proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido: é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscribe a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrições. De regra, o procedimento do interprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto ou de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional.”²⁰⁴ (grifamos).

6.5. Com efeito, ao se perguntar qual o fim que se visa proteger com a união estável prevista no § 3 do art. 226, a resposta possivelmente estará em proteger o núcleo familiar, e se a Constituição mesma protege diversos núcleos familiares, não sendo unidimensional com relação a estes núcleos, posto que se não se atrela a uma única entidade familiar, e além disso, porque se fia numa realidade que se mostra cada dia mais complexa, é por isso que não se pode afirmar que a proteção da norma constitucional também não estaria direcionada a

²⁰³ RIOS, Roger Raupp. Notas para o Desenvolvimento de Um Direito Democrático da Sexualidade. In: Em Defesa dos Direitos Sexuais. Org. Roger Raupp Rios, 2007, p. 15.

²⁰⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69, 2ª ed. São Paulo: RT, 1974, t.I, p.302, 6 tomos, apud Nagib Slaibi Filho, op.cit.p.101.

união estável de outra forma, qual seja, de pessoas homoafetivas.

6.6. Este entendimento está em consonância, por exemplo, com o princípio hermenêutico do efeito integrador que nos diz que o interprete deve dar “primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e reforço da unidade política”²⁰⁵ assim, o interprete deve, entre duas interpretações possíveis, se ater a que melhor coincida com estas pautas interpretativas. Com efeito, perseguir o resultado da interpretação constitucional que esteja de acordo com princípio do efeito integrador, princípio de hermenêutica constitucional nos conduz a afirmar que só existe um caminho que, afinal, possa ser entendido como capaz de fazer a integração dos diversos grupos sociais postos ao abrigo da Carta Política. Daí a importância de mensagens como a do prof. Inocêncio Mártires Coelho no sentido de que:

“Á vista dessa interdependência dos procedimentos interpretativos – que se entrelaçam sob a idéia de que a decisão do caso concreto, para se qualificar como jurídica, há ser correta e justa -, igualmente perdeu sentido a velha disputa entre os chamados “ métodos” de interpretação do direito, que devem ser utilizados em conjunto e complementarmente, para que o resultado afinal obtido possa refletir toda a complexidade do afazer hermenêutico como atividade na qual se fundem, necessariamente, a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos – *subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*, respectivamente”

E, da mesma forma

“Em razão desse novo modo de compreender a experiência normativa, operam-se radicais mudanças nos domínios da hermenêutica jurídica, com o abandono dos tradicionais métodos e critérios interpretativos – que aprisionam o aplicador do direito nos estreitos limites da literalidade da lei - a adoção de pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, não raro indeterminadas, que permitissem levar a cabo os ajustamentos interpretativos exigidos por um mundo que foi se tornando cada vez mais complexo e, por isso, insuscetível de arrumação.”

“Na esteira dessa viragem hermenêutica – mesmo sob o risco de comprometer os valores fundamentais da estabilidade e da segurança jurídica -, vem crescendo o número de juristas que já admitem substituir a interpretação da lei pela concretização do direito, trocando a invocação do passado pela antecipação do futuro.

Em linguagem típica dessa nova onda – que não admite meios-termos-,

²⁰⁵ Na lição de Inocêncio Mártires Coelho: “ Princípio do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, posto que essa é uma das finalidades primordiais da Constituição” Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 91

dir-se-ia que esses auto-denominados juristas críticos não têm receito de substituir o espelho dos retrovisores pela luminosidade dos faróis de milha.”

6.7. Nos parece que é também este o sentir de Luis Roberto Barroso, quando nos adverte sobre uma certa interpretação “retrospectiva” das normas constitucionais, posto que, embora existia alguma vez a mesma norma jurídica, o fundamento de validade desta norma é outro, posto repousar numa Carta Política que busca objetivos muitos claros e muito caro à todos, como a igualdade e a liberdade. Daí lecionar Barroso que:

“Torna-se necessário, desse modo, superar fatores adversos que costumam pôr em risco a efetividade das novas Cartas, como a previsível reação dos interesses contrariados ou a” pura e simples indolência mental”, que em interpretação retrospectiva, lê o novo texto com espírito nostálgico, sem o ímpeto de buscar novas soluções.”²⁰⁶

6.8. Esta lição em muito lembra o postulado da integridade de Dworkin, nas preocupações em estabelecer um elo entre as decisões legislativas e judiciais do passado e do presente, todos reunidos na conceituação de integridade do direito:

“O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma histórica que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei” é “lei”, bem como o cinismo do novo “realismo””²⁰⁷. (grifamos).

Esta advertência de Dworkin se faz importante tendo em conta que as normas que comumente eram aplicadas as relações homoafetivas quando muito eram normas contidas no direito das obrigações, geralmente dando azo a um injustificável enriquecimento ilícito de pessoas que nunca contribuíram, nem psicologicamente e nem financeiramente com a pessoa, em face do preconceito, mas, tendo em conta o patrimônio em disputa, se inscrevem como sucessores, como potenciais beneficiários de pensão e outros benefícios possíveis.

6.9. Some-se a isto, um catálogo de diretrizes hermenêuticas trazidas por Inocêncio como num verdadeiro inventário crítico das diferentes contribuições que, a partir daquela mudança de rumos, foram sendo incorporadas à hermenêutica jurídica contemporânea,

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 128.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

inventário este colhido de Miguel Reale, que reúne, no seu entender, todas as diretrizes interpretativas²⁰⁸ que podem ajudar o interprete na descoberta do melhor resultado interpretativo possível, sendo as diretrizes abaixo nominadas em conjunto com as observações que se faz sobre sua relação com o problema aqui tratado:

- a) a interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, devendo as suas diversas formas ser consideradas necessários de uma unidade de compreensão”

6.10. O princípio interpretativo da unidade da constituição é um dos pilares que se sustentam a argumentação desenvolvida no sentido de que não pode o interprete extrair de uma regra inclusiva um efeito de exclusão, por isso que se revela de extrema importância para a solução do problema aqui versado o trato unitário das normas jurídicas, e aqui, das normas constitucionais, filiando-se não somente numa regra, aplicável a um conjunto de situações da vida, mas incapaz de solucionar outras tantas.

- b) Toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas.

6.11. Já se falou que não há um interprete axiologicamente neutro, tendo em vista a impossibilidade antropológica do homem sem valores, daí que, em tema que atrai um grande número de preconceitos, o interprete esteja consciente das valorações que imprime e consciente desta pré-compreensão, geralmente vazada num pré-conceito velado ou revelado em decisões judiciais.

- c) Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (natureza integrada do ato interpretativo).

6.12. Sim, o acontecer histórico, a historicidade subjacente aos comandos jurídicos não podem ser deixados de lado, por isso que não se pode deixar de compreender que o mundo hoje aceita em muito maior grau a existência de casais homoafetivos, tanto é assim que alterações seja no campo da medicina, onde a homossexualidade deixou de ser vista como doença, como na psicologia, onde também deixou de ser tratada como distúrbio, somando-se diversos textos administrativos, por força de sentenças judiciais que também forçaram um novo entendimento da temática não se consegue, também por esta “ diretrizes” dizer que o contexto não deve influenciar o intérprete.

- d) Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivados (Limites objetivos do processo hermenêutico).

²⁰⁸ “(...) Rigorosamente, ali se encontram retratadas todas as grandes correntes da teoria jurídica do nosso tempo, na medida em que, sem exceção, todas têm ou pelo menos pretendem ter alguma resposta para o radical problema do compreender. Pela importância de que se revestem no contexto desta exposição e pela forma lapidar com que foram enunciadas impõe-se transcrever aquelas diretrizes, inclusive pelo temor das sínteses deformadoras:”

6.13. O argumento central daqueles que se utilizam da interpretação literal como única via para a solução do problema hermenêutico é que há expressamente na norma constitucional os vocábulos “homem” e “mulher”. Decorreria daí uma impossibilidade lógica de compreender homem e mulher como referentes a pessoas do mesmo sexo. Sim, isto tem sua parte de verdade. Não se está a dizer que onde se lê sexos diferentes estar-se a ler sexos iguais. Mas, aqui é justamente o cerne do problema jurídico, a interpretação não pode e não deve parar por aí, o que estamos insistentemente a dizer, sob pena de fazer tabula rasa de ganhos da metodologia da ciência do direito.

6.14. Não é somente uma outra interpretação possível que aqui travam um verdadeiro debate, a par de se tratar de, em última instância de ser um debate entre uma interpretação justa e outra totalmente injusta aqui se verifica que uma das interpretações possíveis se fia em um único e exclusivo, e diz decisivo, instrumental normativo. Tal não pode ser assim, porque, se este instrumental normativo, a regra ali posta linguisticamente, é capaz de negar, outras são capazes de conceder. E isso que os que argumentam com os limites lingüísticos do texto não percebem. Não percebem, então, que, se há supostamente um limite intransponível no há outros princípios que reabrem a possibilidade, deixando em pó o limite argumentativo de uma regra só.

e) Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador, quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (Natureza histórico-concreta do ato interpretativo).

6.15. Ora, é este fundamento do interpretar as normas constitucionais não com os olhos postos exclusivamente no passado, mas, inclusive, aprender a ver o presente. Daí que se a interpretação se dá numa norma construída no passado, para resolver problemas que o legislador tinha em mente, as mutações fáticas revelam que também deve ser prospectiva, sob pena se de voltar literalmente às costas a sujeitos de direito.

f) A interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas, isto é, validos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (Natureza racional do ato interpretativo).

6.16. Segue que a interpretação não pode conter incongruências, sob pena de um resultado interpretativo que assim o faça não ser admitido pelo ordenamento jurídico, isto possibilita que se verifique a qualidade do resultado interpretativo a que chegou o intérprete, chegar a um resultado que claramente viola o princípio da dignidade humana, que não permite que pessoas exerçam sua liberdade em campo especial da vida fere o princípio da igualdade, dentre outras normas, assim, pela natureza racional do ato interpretativo, essa outra diretriz hermenêutica, há que se considerar dentre os dois resultados possíveis, aquele que permite por analogia a integração normativa do fato a norma jurídica.

g) a interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros

critérios de Lógica formal, nem se reduzir a uma análise lingüística, devendo desenvolver segundo exigências da razão histórica entendida como razão problemática (Problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico).

6.17. Mais uma vez o fato de que não se pode deixar de lado os fatos. Faz necessário olhar o problema com olhos postos nas pessoas e não no preconceito que lança sobre elas, assim visto a questão, problematizando-a em sua inteira complexidade, é possível enxergar que o que se pretende é consagrar uma norma constitucional que proíbe discriminações, e que não pode por assim dizer, ficar tão somente como documento histórico, ou lítero-poético-recreativo, mas como um documento jurídico cujas normas de direitos fundamentais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata e, como norma que são, almejam sempre a sua efetividade.

h) Entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponda aos valores éticos da pessoa e da convivência social (Destinação ética do processo interpretativo)

6.18. Por esta regra de compreensão é a que permite afirmar que devemos optar pela melhor resposta, se não entendermos como não somente a melhor, mas a única resposta correta neste debate, posto que a interpretação que apenas concede o direito a tutela estatal da união a pessoa de sexos diferentes encontra supedâneo expresso na norma, contudo deixa uma parcela de pessoas sem esta mesma tutela, o que se revela uma injustificável e inconstitucional discriminação, além de que, fere até não mais poder os princípios da igualdade e da liberdade.

i) Compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o quadro normativo objeto de exegese. (Globalidade de sentido do processo hermenêutico).

6.19. A compreensão da “visão global do mundo e da vida” em torno do tema diz respeito à possibilidade de rompermos com o preconceito e a intolerância e, alinhados a inúmeras alterações deste quadro em diversos países²⁰⁹, consagrar em sua plena possibilidade o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim, render homenagens a um princípio que, onde podermos fazê-lo, temos a imperiosa obrigação de buscar concretizá-lo. Não é destituído de relevo que não devemos nos alinhar, nem

²⁰⁹ Na lição de Maria Berenice dias “A polêmica que envolve o reconhecimento da homossexualidade estende-se a todos os países do mundo. Condicionadas ao grau de desenvolvimento social e cultural de cada sociedade, diferentes posturas ensejam tratamentos diferenciados. Estudos comprovam que os países que alcançaram um mais alto nível socioeconômico-cultural promovem a integração de suas minorias. Não só a integração, mas também- e isso é o mais importante - favorecem o desenvolvimento da identidade desses grupos. O fato é que a cada dia são noticiados avanços em todo o mundo civilizado. A legislação de muitos países vem inserindo as uniões homossexuais no âmbito do conceito de família, quer admitindo o casamento, quer as nominando de outra forma. A verdade é que os ganhos são muitos.” Não obstante este quadro otimista, a própria Berenice Dias adverte: “ Mas as divergências ainda são gritantes e paradoxais. É tal diversidade de modelos adotados pelos ordenamentos jurídicos que é possível tentar uma classificação segundo o grau de liberdade e o respeito imposto à orientação sexual.” In União homoafetiva. O Preconceito & a Justiça. 4ª São Paulo: RT, 2009, p. 62

indiretamente, entre aqueles que criminalizam uma conduta que muitas vezes nem está dentro da esfera de opção da pessoa e, mas estarmos entre aqueles que deferem um tratamento consentâneo com a dignidade que todo indivíduo deve ter, com igual respeito e consideração, assim, não resta dúvidas que a visão de mundo que devemos abraçar seja esta última, sob pena jogarmos fora todo um ganho que a sociedade brasileira possui em relação a tolerância e antidiscriminação com suas minorias, malgrado ainda precisarmos avançar mais, não obstante o que já se avançou.

6.20. Se, apesar destas colocações, metodologicamente ainda compreendermos que há uma lacuna constitucional, afastando-se assim toda a argumentação da normatividade dos princípios constitucionais, faz necessário lembrar aqui uma lição de Dworkin no qual cita uma afirmação de Madison sobre uma regra constante na Constituição americana *que proibia que se proibisse de se importar escravos* ao dizer que “Nenhum argumento de princípio de segunda ordem pode justificar que se proíba o Congresso de restringir a escravidão antes, mas não depois de determinado ano. Madison afirmou que esse acordo era “ mais desonroso para o caráter nacional do que não dizer nada a respeito na Constituição” (2 Farrand’s Debates 415-6)²¹⁰. (grifamos).

6.21. Daí que, não seria diferente se entre nós encontrássemos uma regra que proibisse uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou melhor, que não pudessem essas uniões serem tuteladas pelo Estado, assim, como Madison afirmou, seria “mais desonroso” ainda que, ao visto, não nominá-las, tão somente, e como visto, o constituinte originário foi sábio, ao não incidir nesta “ desonra”, pois, afrontaria seu próprio próprio de busca de uma sociedade justa, livre e solidária.

7. A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA PARA RESOLVER A QUESTÃO

7.1. O princípio da interpretação sistemática da constituição é chamado para contribuir com a solução do problema. Confira-se por todos, sob este ponto, a lição de André Ramos Tavares, para que:

A doutrina tem assinalado a imperiosidade em proceder, sempre a uma harmonização dos significados atribuíveis as normas constantes de uma mesma Constituição. Isso significa a idéia de contradições dentro de uma mesma Constituição, entre normas originárias, como já se referiu. Essas idéias desenvolvem-se tendo como suporte a interpretação sistemática.

Sendo a Constituição um sistema, deve-se admitir a coesão entre as normas, de maneira a considerá-las ordenadas e perfazendo um corpo

²¹⁰ Op.cit.p.223.

harmônico.²¹¹”

7.2. Assim, a possibilidade de ocorrência de falsas antinomias entre os próprios postulados constitucionais não é algo que se dê como intransponível, pelo contrário, o conjunto de princípios interpretativos, ou postulados interpretativos como alguns querem, solucionam de maneira tranqüila o problema da falsa colidência entre o § 3º do art. 226 e as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que fundamentam a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

7.3. Por esta razão, parece não caber aqui, pelo menos com a força que se pretende imprimir a idéia, o argumento de que a “formulação lingüística como ponto inicial e limite externo da atividade interpretativa”, impediria ao intérprete superar este limite literal. Uma vez este argumento central dos que se opõe aos direitos das pessoas de se unirem de forma estável com pessoas do mesmo sexo e estas uniões serem tuteladas pelo Estado, se mostra somente num primeiro momento, não ultrapassado assim o debate argumentativo que tem que ser levado a efeito, em face da existência de outras normas do ordenamento jurídico constitucional. Esta é a lição de Francesco Ferrara, trazida por André Ramos Tavares, quando do estudo da relação entre a linguagem constitucional em face da interpretação:

(...) A interpretação literal é o primeiro estágio da interpretação. Efetivamente, o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramáticas.” Realmente, todo vocábulo é possuidor de um significado lingüístico próprio e específico (caso contrário não estaria apto a alcançar um mínimo necessário para a comunicação, que é sua própria razão de ser). Este deve ser extraído numa operação preliminar, pelo intérprete do Direito. É, realmente, a primeira etapa da atividade interpretativa.²¹²

7.4. Pois bem, esta lição de André Ramos Tavares é fundamental para o deslinde da questão, uma vez que aqueles que inadmitem a possibilidade do texto constitucional abrigar também a união estável de pessoas do mesmo sexo realizam tão somente uma interpretação literal da norma constitucional. E param por aí, e, na lição elegante do mestre da PUC de São Paulo, esta é apenas “a primeira etapa da atividade interpretativa”. E isso diz muito no caso em debate, posto que do outro lado estão normas “fundamentais” que incidem sobre a questão e devem ter eficácia e efetividade, sob pena de, pelo menos neste aspecto, serem ineficazes e inefetivas. Tudo que não se quer de uma Constituição num Estado Democrático de Direito.

²¹¹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva 2008, p. 86.

²¹² Op. Cit. p. 80-81.

7.5. Poder-se-ia, além do princípio da interpretação sistemática acrescentar comentários quanto a maximização das normas constitucionais, da interpretação evolutiva e principalmente sobre o princípio da unidade da Constituição e conseqüências na atividade interpretativa, uma vez que a utilização destes princípios muito contribui para se saber se a opção interpretativa aqui desenvolvida é arbitrária, destituída de fundamento, posto que poder-se-ia argumentar que haveria neste resultado interpretativo tão somente um ato de vontade, e não um ato de inteligência.

7.6. Com efeito, nesse debate colhe-se a advertência de Manoel Gonçalves Ferreira Filho quanto à questão da boa-fé²¹³, onde poderíamos perguntar nesta trilha se estariam aqueles que advogam a possibilidade de uniões estáveis homoafetivas agindo de má-fé frente ao disposto na literalidade da referida norma constitucional?²¹⁴

7.7. Na mesma senda, estariam aqueles que advogam a possibilidade de extensão dos direitos consagrados nas uniões estáveis a pessoas do mesmo sexo, simplesmente materializando um ato de vontade, próprio de um “sentimentalismo” contrário ao disposto vigorosamente no texto constitucional? Além disso, com relação a força normativa da Constituição, I.M Coelho leciona:

“Apesar dessa sobrevalorização da lei, de resto compreensível no contexto da luta pela implantação do Estado Liberal burguês – uma forma de organização política que vigorou no Ocidente por mais de uma centúria e veio a ser batizada como Estado Legislativo – apesar disso, como toda forma histórica, também esse modelo de Estado de Direito, em dado momento, começou a dar sinais de esgotamento, cedendo lugar ao chamado Estado constitucional, assim denominado porque em seu âmbito a Constituição, outrora um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, veio a se materializar e tornar-se operativa, passando inclusive a controlar a validade das leis e, nos

²¹³ Confira-se sua lição “ (...) A interpretação, por isso, tem um pressuposto, um pressuposto de boa fé – o interprete deve procurar o que o legislador quer, não aquilo que lhe parece melhor, ainda que mais justo. Ao menos num Estado Democrático de Direito e, sobretudo de Direito, pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (princípio da legalidade, CF, art. 5º, parágrafo único). Especialmente num Estado Democrático de Direito, em que somente a lei gera direitos e proibições, e, mais, em que a lei é fruto da representação popular. A interpretação consiste em determinar o sentido e o alcance da norma, a partir da compreensão do enunciado que a exprime, de acordo com o pressuposto: a boa-fé. É ela um ato de conhecimento, não de vontade. Op. Cit. p. 380-81.

²¹⁴ Atente-se para o problema, particularmente sensível na questão, da pré-compreensão. Veja-se a propósito o seguinte enxerto de Luis Roberto Barroso “ A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do interprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão. É hoje pacífico que o papel do interprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com freqüência, valorações in concreto e escolhas fundamentadas. Por que assim é, há um dever ético do interprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciaram sua argumentação. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo.” BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil.

casos difíceis, servir como fórmula de busca de soluções circunstancialmente adequadas.²¹⁵

7.8. Por outro lado, quanto à crítica de que poderia fazer no sentido de se estar legislando se se adotasse o entendimento esposado nesta manifestação, abraçando assim a interpretação que melhor se amolda ao conjunto de preceitos normativos disciplinadores da questão, colhe-se alguns argumentos. E, destes, anote-se, para este efeito, a lição de Inocêncio Mártires Coelho no tocante ao papel da jurisdição constitucional, por exemplo:

“Noutras palavras, cientes do seu papel e da sua autoridade, essas Cortes devem usar os superpoderes de que dispõem para proteger a Constituição como um todo, arbitrando serenamente, mas com firmeza, as inevitáveis tensões entre os valores constitucionais permanentes – insuscetíveis de nova discussão – e as sempre contingentes políticas públicas, que todo governo implementa e nenhum constituinte jamais pretendeu regular”²¹⁶.

Concluindo para tanto que:

“Em suma, nem o protagonismo irresponsável, nem o alheiamente apassivador, porque um e outro não se compadecem com o princípio da lealdade constitucional e, ainda, podem comprometer a credibilidade e a própria sobrevivência da jurisdição constitucional como criatura da Constituição. Afinal de contas, como afirmou Hopker Aschof, primeiro Presidente do Tribunal Constitucional da Alemanha, não é tarefa dessa Corte decidir sobre lutas políticas, mas apenas assegurar que nessas disputas se respeitem as normas da Lei Fundamental, um pensamento substancialmente idêntico ao do Juiz Owen Roberts, da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao dizer que não compete a esse tribunal nem aprova nem censurar nenhuma política legislativa.” (grifamos).

7.9. Colocada a questão nestes termos, não se vislumbra aqui um “protagonismo irresponsável”, e da mesma forma, não se quer um “alheamento apassivador”, onde este sim, impediria a concretização de direitos fundamentais, posto que uma das funções da Corte, na lição do professor Inocêncio é justamente “assegurar que nessas disputas se respeitem as normas da Lei Fundamental”²¹⁷, e aqui o que se pretende é justamente resguardar a aplicação da Norma Constitucional no âmbito da Administração Pública Federal. Ainda, por significativa,

²¹⁵ Op.cit. 180.

²¹⁶ Inocêncio Mártires Coelho. In Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166.

²¹⁷ Além disso, com relação a força normativa da Constituição, I.M Coelho leciona: Apesar dessa sobrevalorização da lei, de resto compreensível no contexto da luta pela implantação do Estado Liberal burguês – uma forma de organização política que vigorou no Ocidente por mais de uma centúria e veio a ser batizada como Estado Legislativo – apesar disso, como toda forma histórica, também esse modelo de Estado de Direito, em dado momento, começou a dar sinais de esgotamento, cedendo lugar ao chamado Estado constitucional, assim denominado porque em seu âmbito a Constituição, outrora um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, veio a se materializar e tornar-se operativa, passando inclusive a controlar a validade das leis e, nos casos difíceis, servir como fórmula de busca de soluções circunstancialmente adequadas. Op. Cit. p. 180.

na espécie, a lição sobre efetividade de Luis Roberto Barroso, este novo plano das normas jurídicas, que, para o autor se traduz em: “Efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”²¹⁸

8. O CONTEÚDO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS A QUESTÃO DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL.

8.1. ANTES, A HISTORICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

8.1.1. Avulta de importância neste debate a questão da historicidade dos direitos fundamentais, posto que, estes direitos foram sendo historicamente conformados e não dados ou conquistados de forma única, e isso é importante neste debate tendo em conta o elastecimento dos direitos fundamentais de liberdade, compreendido aqui como liberdade de autodeterminação sexual, liberdade moral, de liberdade de orientação sexual e da mesma forma, o direito a igual tratamento jurídico, elastecimento, portanto do direito fundamental a igualdade. Sobre este tema, as palavras de Norberto Bobbio:

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumento – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema – sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer – do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta contra os soberanos, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma

²¹⁸ Op.cit. p. 85.

terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.(...)²¹⁹.

A frente assevera ainda que:

(...) Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigências de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.²²⁰

(...) Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los.²²¹ (grifamos).

8.1.2. Nos parece ser assim, fora de dúvidas que a compreensão de que no âmbito de proteção dos direitos da liberdade e da igualdade permite abrigar a proteção a união estável de pessoas do mesmo sexo está em conformidade com a historicidade destes direitos, fazendo crer que, no nosso tempo, possamos dar um passo civilizatório a mais na compreensão do conteúdo destes, contribuição esta de fundamental importância, posto que, do contrário, a negativa a tais direitos poderia levar a entender que o nosso tempo não consegue se ajustar a a uma necessidade histórica, compreendida como um caminhar incessante da humanidade, mesmo com as todas as desconfianças que produziram-se, em termos da razão que preside este caminhar. Sobre a historicidade dos direitos fundamentais no tocante ao direito de família colhe-se de Uadi Lammêgo Bulos o seguinte ensinamento:

“o capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso da nossa Constituição, é bastante inovador, porque reúne preceitos que refletem as transformações sociais ocorridas nos últimos anos.

Claro que as constituições anteriores não podiam prever o que o Texto de 1988 previu, pois, no passado, os problemas eram diferentes, os costumes eram outros, o modus vivendi se exteriorizava de forma

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.5.

²²⁰ Op.cit.p. 6.

²²¹ Op.cit.p. 7.

totalmente distinta da atual.

Nesse contexto, o constituinte brasileiro de 1988 não olvidou os contornos modernos da mutável concepção de família.

A problemática da marginalização infantil, outrora situada a latere do processo de integração social, também foi destacada.

O mesmo se diga quanto às questões relacionadas à adolescência, marcantes nesse crepúsculo de século, sobretudo diante da violência e da exploração sexual dos jovens.

Os idosos, por sua vez, foram lembrados na Constituição, pela inestimável importância que logram em nossa sociedade, nada obstante a postura execrável do Poder Público, que nem sempre reconhece na exata medida de seu papel social.

Mais do que nunca, é hora de buscar uma nova ratio legis das normas destinadas a regular relações jurídicas ligadas à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.”²²²

8.1.3. Ora, uma Constituição que operou uma verdadeira “ revolução copernicana” com relação aos direitos fundamentais, que trouxe regras e princípios inovadores para a proteção da criança, do adolescente e do idoso, que inovou de forma marcante o conceito de família, não poderia ser interpretada no sentido de que parou no tempo e esqueceu um conjunto importante de pessoas. Isso seria interpretar a Constituição contra a própria Constituição. Seria fazer ouvidos moucos ao telos constitucional presente nas suas diversas normas principiológicas, de direitos fundamentais e relacionadas ao direito de família em sentido amplo.

8.1.4. Daí que, nos parece, sem sombra de dúvida, que compreensão da historicidade dos direitos fundamentais relacionadas ao direito de família permitem concluir que o constituinte não quis vedar a proteção as pessoas do mesmo sexo, ou, pelo menos, não é isso que se extrai do conjunto de seus comandos normativos interpretados sistematicamente, se se quiser aqui fugir ao debate sobre *mens legislatoris* ou de teses interpretativistas da Constituição. Claro que não se pode desconhecer o sentido literal do comando insculpido no § 3º do art. 226, contudo, com muito mais razão, não se pode parar a interpretação somente neste comando, como já afirmado tantas vezes, sob pena de fazer tabula rasa de outros importantes comandos constitucionais regente da matéria.

8.1.5. Não é preciso grande esforço para se perceber que este debate se confunde com a história de outros direitos fundamentais, além do que, se reconhem de forma pacifica que os avanços no campo dos direitos fundamentais não podem parar. Não obstante a conhecida afirmação de Bobbio de que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema

²²² BULOS, Uadi Lammêgo. Direito constitucional ao alcance de todos. São Paulo: Saraiva 2009, p. 604.

não filosófico, mas político."²²³ E logo à frente Bobbio debulha esta afirmação no seguinte sentido:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (...) Entende-se que a exigência do 'respeito' aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento: o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como - em certo sentido - resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.²²⁴

8.1.6. Destarte, se hoje não se trata mais como tema central de se positivar os direitos fundamentais, mas de implementá-los, e assim, garanti-los, podemos dizer que ainda há ainda muito a caminhar no sentido da proteção dos valores fundamentais da pessoa humana, consagrados no elenco das cláusulas protetoras dos direitos fundamentais, mormente o art. 5º da CF. Assim, a proteção efetiva das minorias, um dos objetivos do Estado Democrático de direito, e verdadeira função da jurisdição constitucional, mostra-se inafastável no caso das uniões homoafetivas. São justamente nestas questões delicadas, nestas que envolvem um profundo debate sobre reconhecimento e preconceito, que se mostra necessária à atuação da jurisdição constitucional no sentido de fazer valer as normas constitucionais fundamentais.

8.2. O DIREITO A ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A LIBERDADE E A IGUALDADE

8.2.1 A questão que se põe neste momento é de se saber se haveria um direito fundamental a orientação sexual, ou, de outra forma, se dentro do programa normativo do princípio da liberdade geral poder-se-ia extrair um direito a liberdade de orientação sexual como desdobramento deste direito geral de liberdade. Na doutrina, aqueles que admitem a existência desse direito o fundamentam ora no direito de liberdade, ora no princípio da

²²³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

²²⁴ Op.cit. 25-26.

igualdade, sob o prisma de um direito a não discriminação pela opção sexual, ou mesmo com fundamento no direito fundamental a intimidade e a vida privada. Com fundamento neste último, por exemplo, Luiz Edson Fachin, diz que o direito a orientação sexual deriva diretamente da norma protetiva da inviolabilidade da intimidade e da vida privada insculpidas na Carta Política, verbis:

“Pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária²²⁵.”

8.2.2. Remarca sua interpretação das normas insculpidas no texto constitucional no sentido de que o direito a orientação sexual seria um direito personalíssimo, destacando que a eficácia deste direito depende do modelo jurídico adotado, que por sua vez, está ancorado no conjunto de normas prevalecentes no seio social. Daí que, se o modelo jurídico adotado entre nós é um modelo plural, porque busca e preserva o pluralismo, e por isso, por exemplo, veda discriminação por motivo de sexo e, por conseguinte, por motivo de opção ou orientação sexual, segue que é possível extrair daí que o direito a orientação sexual faz parte do âmbito de proteção da pessoa constante do catálogo dos direitos fundamentais, seja com fundamento no direito a liberdade, o direito a igualdade, ou da privacidade:

O direito personalíssimo a orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado. A questão, todavia, esta em que os limites e possibilidades da eficácia desses direitos está na estreita dependência do modelo jurídico ancorado no conjunto de valores prevalentes nas relações sociais. E precisamente para estribar a arquitetura desse modelo que princípios e regras são edificados num sistema que atribui direitos e deveres²²⁶. (grifamos).

8.2.3. No mesmo sentir, portanto, na perspectiva da existência de um direito fundamental a orientação sexual, Maria Berenice Dias aborda a questão do direito fundamental à orientação sexual afirmando que, na verdade, não seria um direito ligado tão somente ao direito a liberdade geral, mas sim passível fundamentação a partir do direito a igualdade e da fraternidade. Com efeito, este direito a orientação sexual poderia ser simultaneamente fundamentado tanto no direito geral de liberdade como no direito à igualdade e na fraternidade entre as pessoas. Assim, sua lição lança luzes sobre a questão a partir de uma análise que visualiza o direito de orientação sexual não somente pela ótica de

²²⁵ Op.cit.p.

²²⁶ Op.cit.p.

um direito de primeira geração, de uma liberdade negativa, onde o Estado não poderia subtrair direitos, mas, igualmente com fundamento em um direito de segunda geração e, avança mais ainda, advertindo que, em certa medida, poderia ser mesmo considerado, em sua dimensão coletiva, como direito de terceira geração. Ouçamos, então:

“Indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade²²⁷.

8.2.4. Essa lição deve ser compreendida como elastecimento dos direitos de liberdade, porque, se este debate não se pôde fazer em outros tempos, ou se, mesmo no nosso, alguns países ainda criminalização condutas ligadas ao exercício da sexualidade, é sempre de bom tom lembrar que, como todos os direitos fundamentais, também o direito à liberdade tem razão de ser na sua historicidade, justamente por este motivo José Afonso da Silva aduz:

“Já delineado que a liberdade tem um caráter histórico, porque” depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico”. **Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante**”.²²⁸

8.2.5. E, assim, bem se vê que, o direito à liberdade de orientação sexual, ou, por outra expressão, o direito a uma opção sexual se amolda a uma tentativa de uma definição para a liberdade:

“O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero:” a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. ”²²⁹ (grifos do autor).

E desdobrando o conceito proposto leciona:

²²⁷ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva. O preconceito & a justiça. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 99.

²²⁸

²²⁹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.232.

“Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à idéia de liberdade, é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.”

8.2.6. Com efeito, aqui assume especial relevo última afirmação de José Afonso da Silva no sentido de que “tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação é contrário à liberdade”, por evidente, deve ser compreendido dentro dos limites razoáveis para o entendimento, contudo, dentro deste limites, não se mostra razoável o impedimento à liberdade de orientação ou opção sexual da pessoa, uma vez que o fim que se persegue, a imposição de um ethos, de um pensamento, de uma visão de mundo confronta com a idéia de liberdade da pessoa de fazer suas próprias escolhas para buscar sua felicidade.

8.2.7. Com efeito, sendo possível a escolha de um determinado modo de vida, e sempre tendo presente que este modo de vida não atinge direitos de outras pessoas, não se justifica a restrição a este direito de liberdade de opção sexual, que se reconhecido, afasta de pronto a tese de que a Constituição proibiria ou seria silente no direito dos homossexuais a união estável, posto que ele já estaria reconhecido no direito a liberdade de opção sexual, que por força da natureza da norma, de direito fundamental, teria aplicabilidade imediata. Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade se apresenta primeiramente com um direito de primeira geração, assim, o direito de liberdade compreenderia o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário²³⁰, independentemente da orientação sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e por ser direito fundamental, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Pode-se também reconhecer o direito à orientação sexual como um direito ligado aos ideais de igualdade que deve grassar na sociedade, argumenta neste seguinte sentido Maria Berenice Dias:

“Também não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração, que consagra o direito à igualdade. A discriminação e o preconceito de que são alvos os

²³⁰ No tocante ao análise do direito a opção sexual como reflexo do direito a igualdade e a solidariedade, portanto direitos de segunda e terceira geração “ Também não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração, que consagra o direito à igualdade. A discriminação e o preconceito de que são alvo os homossexuais dão origem a uma categoria social digna de proteção. A hipossuficiência não deve ser identificada somente pelo viés econômico. É pressuposto e causa de especial tratamento pelo Direito. Tanto devem ser reconhecidos como hipossuficientes o idoso, a criança, o deficiente, o negro, o judeu e também a mulher, porque tanto ela, como as demais categorias, sempre forma alvo da exclusão social. E, como direito fundamental de terceira geração: “O direito à sexualidade avança para ser inserido como um direitos de terceira-geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente. A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduos por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, em o qual a condição humana não se realiza.

homossexuais dão origem a uma categoria social digna de proteção. A hipossuficiência não deve ser identificada somente pelo viés econômico. É pressuposto e causa de especial tratamento pelo Direito. Tanto devem ser reconhecidos como hipossuficientes o idoso, a criança, o deficiente, o negro, o judeu e também a mulher, porque tanto ela, como as demais categorias, sempre foram alvo da exclusão social”

8.2.8. Tanto pode ser assim que José Afonso da Silva consagra o direito a orientação sexual como um direito a não discriminação ligado ao princípio da igualdade. Assim, tendo em vista as diversas vedações antidiscriminação encontradas na Constituição Federal, o mestre paulista extraí daí o direito a orientação sexual sob as seguintes pautas:

“O sexo sempre foi um fator de discriminação. (...).

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas foi conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se o receito de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar a distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.”²³¹

8.2.9. Pelo enxerto, logo se revela a dificuldade com que se trata do tema, estando, assim, as concessões a proibição de discriminação aos homossexuais, vazadas em preconceitos. Também poder-ia legitimamente afirmar que o direito a orientação sexual poderia ser, ao final, tido como um direito de terceira geração, por reunir também determinados elementos característicos destes direitos, e que lhe dão contorno:

“O direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente solidariamente. A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza.”²³²

8.3.10. Sob uma perspectiva levemente diferente, posto que realça a relação

²³¹ Op.cit. p. 224.

²³² DIAS, Maria Berenice. Uniao Homoafetiva. O preconceito e a justiça, Op.cit. p.

entre democracia, cidadania, direitos humanos e direitos sexuais, Roger Raupp Rios postula um reconhecimento do direito a orientação sexual dentro de um âmbito de compreensão deste direito feito a partir de uma abordagem que o inspira numa sociedade realmente democrática:

“Com efeito, desenvolver a idéia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta pra a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nestes domínios.

A construção desta abordagem exige que se considere a relação entre democracia, cidadania, direitos humanos e direitos sexuais, bases a partir das quais será proposto um modelo de compreensão democrático dos direitos sexuais, que denomino direito democrático da sexualidade”.

8.2.11. De fato, somente em uma sociedade comprometida com os mais caros ideais democráticos pode levar o direito de liberdade a extrair todas as suas conseqüência, a exemplo do direito a liberdade à orientação sexual. Do contrário, na outra ponta, leva-se a criminalização de condutas tidas como desviantes do comportamento da maioria, que incapaz de conviver com o diferente, com o outro, com o não tradicional, procura impor, pela via da punição criminal, principalmente no viés batizado pela doutrina de “direito penal do inimigo”, às vezes até pena de morte, num grau de intolerância que a atual evolução teórica dos direitos humanos não pode compactuar, sob pena de “lavar as mãos” diante de algo que fere frontalmente a dignidade humana, uma vez que invade direitos pessoalíssimos como a orientação sexual, como estamos a dizer. Roger Rios desdobra o seu entendimento sobre o tema com o seguinte texto:

“De fato, democracia e cidadania são idéias centrais na pauta dos diversos movimentos sociais contemporâneos. Por meio de sua articulação, uma gama variada de reivindicações tem sido levada adiante, abrangendo os mais diversos setores da vida individual e coletiva. Um dos efeitos desta dinâmica é a compreensão, cada vez mais difundida, das múltiplas dimensões requeridas para a construção de uma sociedade democrática, donde as demandas por inclusão social, econômica, política e cultural. Estas dimensões também marcam uma ampliação do conceito de cidadania, uma vez que este, tradicionalmente, se associa somente ao status jurídico adquirido em virtude da pertinência nacional.”

8.2.12. Este direito a orientação sexual deriva do conjunto de regras e princípios constitucionais que apontam no sentido da construção de uma sociedade democrática, de uma cidadania que se fundamente nos direitos de liberdade e igualdade e respeito à dignidade humana²³³. Além disso, a cláusula de abertura a outros direitos fundamentais

²³³ Na jurisprudência o tema foi agitado no acórdão proferido pelo Des. Jorge de Miranda Magalhães, DORJ de 28-4-1999 “ a afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao

permite o supedâneo normativo-constitucional a este novo-velho direito, esta também é a lição de Roger Rios:

“Não se pode esquecer que os direitos humanos, especialmente quando reconhecidos constitucionalmente de modo amplo e extenso, em um texto jurídico fundamental aberto a novas realidades históricas, têm a vocação de proteger a maior gama possível de situações. Neste ponto, por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 consagra sem sombra de dúvida tal abertura, seja pela quantidade de normas constitucionais expressas, definidoras de direitos e garantias individuais e coletivas, seja pela explícita cláusula de abertura a novos direitos humanos, segundo a qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (art. 5º,§2º). A esta cláusula explícitas de abertura constitucional ao reconhecimento de outros direitos humanos, deve-se acrescentar a enumeração constitucional de direitos nos artigos 5º.6º e 7º, bem como a previsão de outros tantos direitos humanos individuais e coletivos ao longo do texto, tais como os direitos relativos à seguridade social e à comunidade familiar (artigos 194 e 226, respectivamente).²³⁴

8.2.13. O que, evidentemente, não quer dizer que esta abertura a novos direitos seja excludente de uma fundamentação exclusiva em torno dos direitos a liberdade e a igualdade, que, assim, seria todos complementarem na fundamentação ao direito a orientação sexual²³⁵.

Sobre o sentido e evolução dos direitos humanos, logo no início do seu ‘ Afirmção Histórica dos Direitos Humanos’ , Fábio Konder Comparato, nos brinda com esta lição sobre o tema:

“O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes do mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”²³⁶.

8.2.14. Por certo, então, existe o direito de amar, e nele, compreende o direito à

decoro e capaz de deformar o caráter do adotado.” (TJRJ, 9ª Câmara Civil, AC 14.332;98, Rel. Des. Jorge Miranda Magalhães, DORJ de 28-4.1999).

²³⁴ RIOS, Roger. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. São Paulo: RT, 2009, p. 20.

²³⁵ Cf o autor “Assentado o âmbito de proteção do direito da sexualidade, necessita-se explicitar seus princípios fundamentais. Liberdade e igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico seriam estes princípios, cuja afirmação implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade.” p.24.

²³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1.

orientação sexual de cada pessoa. Daí resumir, muito bem, em tão poucas palavras. Pesquisando os “Reflexos da constitucionalização nas Relações de Família”, Maria Rita de Holanda Silva Oliveira, também afirma a existência de um direito à orientação sexual constitucionalmente reconhecido, aduzindo para tanto que:

“Fortes são ainda os preconceitos e a rigidez em se manter o elemento diversidade de sexo para se reconhecer legalmente o casamento e a união estável. A matéria, diante da realidade, não pode mais ser vista como inexistência matrimonial, como asseguram doutrinadores.

Em verdade, o Texto Constitucional Brasileiro assegura a liberdade, a igualdade, sem distinção de qualquer natureza, em seu art. 5, bem como a inviolabilidade da intimidade e a vida privada. Temos, pois, a base jurídica constitucional para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.

A pessoa tem direito de optar a se orientar sexualmente como lhe convenha, e obter, a partir daí os privilégios e opções que a lei oferece não podendo essa orientação sexual ser predicado para a sua identificação social e jurídica, e muito menos ser motivo de sua exclusão perante a lei”²³⁷.

8.3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A POSSIBILIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IGUAL TRATAMENTO

8.3.1. Alguns considerações teóricas em torno do princípio da igualdade se fazem necessárias, tendo em vista o ângulo que se pretender enfrentar a discussão sobre a aplicação deste princípio com relação as uniões homoafetivas. Para tanto, interessante passagem de José Afonso da Silva sobre as diferentes visões sobre a isonomia, confira-se

“O Conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do universo. Assim, os seres humanos, ao contrário da afirmativa do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nascem e perduram desiguais. Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados nominalistas. No pólo oposto, encontram-se os idealistas, que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Afirma-se, em verdade, uma igual liberdade natural ligada à hipóteses do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta. (...)

²³⁷ OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Reflexos da Constitucionalização nas Relações de Família. In Direito Civil Constitucional. Coord. Renan Lotufo. Caderno 2. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 306-307.

8.3.2. Uma posição, dita realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. Em essência, como seres humanos, não se vê como não deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais, etc., e “ não se aspira [lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha] uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se desejar uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único”.²³⁸ No sentir de José Afonso da Silva,

“ O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra.”²³⁹

“ Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais, a Constituição veda distinções de qualquer natureza (art.5º, caput). As constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas de discriminação: sexo, raça, trabalho, credo religioso e convenções políticas. Esses fatores continuam a ser encarecidos como possíveis fontes de discriminações odiosas e, por isso, desde logo, proibidas expressamente, como consta do art. 3º, IV, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proíbe-se, também, diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art.7º, XXX e XXXI). A Constituição assim o faz porque essas razões preconceituosas são as que mais comumente se tomam como fundamento de discriminação.

A Constituição vigente é mais veemente e mais abrangente na condenação nas desigualdades entre pessoas. Confere a igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, de sorte que as hipóteses que indicaremos a seguir são simplesmente exemplificativas,

²³⁸ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, op. Cit. 212.

²³⁹ Op.cit. p. 211.

tanto quanto o são na própria Constituição²⁴⁰.

“10. Igualdade “ sem distinção de sexo e de orientação sexual”

O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele a duras penas, conquistando posições paritárias, na vida social e jurídica, à do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres. Ao fazê-lo, dir-se-ia desnecessário manifestar expressas proibições de discriminar com base no sexo (art. 3º, IV, e art. 7º, XXX), embora ela própria o tenha feito, como lembramos acima, a favor das mulheres (art. 40, III, e 202)”.

8.3.3. E especificamente quanto ao debate sobre a proibição de discriminação por opção sexual José Afonso da Silva é enfático:

“A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma dela fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, **mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem.** Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, **que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que tem servido para desequilibrar e preconceitos.**”²⁴¹ (grifamos).

8.3.4. Afora o receito em consagra diretamente a proibição de discriminação por orientação sexual, como muito bem posto por José Afonso da Silva, a cláusula geral do princípio da igualdade já impede a discriminação por este motivo, o que talvez, poder-se-ia argumentar doutra forma, de que, com uma cláusula tão aberta, não se poderia mesmo chegar a resultados interpretativos diferentes, o que, certamente levaria a conclusão de que a discriminação por orientação sexual está, como sempre esteve, dentro da proibição de tratamento desigual, além do mais, por um descrime que não se justifica de modo algum.

8.3.5. Para aqueles que continuam aderindo a tese de que o princípio constitucional da igualdade não está sendo violado quando o legislador expressamente não abarca a possibilidade de união estável para pessoas do mesmo sexo, a lição de José Afonso da Silva, e esclarecedora quando aduz que a expressão “ igualdade perante a lei” se dirige

²⁴⁰ Op.cit.p.223.

²⁴¹ Op. cit. p. 223.

primordialmente ao legislador:

“No Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade perante a lei e o da igualdade na lei. Aquele corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto aqueles que criam as normas jurídicas gerais como aqueles que as aplicam aos casos concretos.

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. O princípio significa, para o legislador – consoante observa Seabra Fagundes – “que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”. Aliás, Francisco Campos, com razão, sustentara mesmo que o legislador é o destinatário principal do princípio, pois de ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil, concluindo que, “nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional da igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei. Se esta, pra valer, está adstrita a se conformar ao princípio de igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei o obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos”²⁴².

8.3.6. Da lição de Francisco Campos, somente um porém. É que os ganhos hermenêuticos da ciência do direito hoje possibilitam que o aplicador da norma, como lembrado pelo mesmo José Afonso da Silva, possa dar concretude aos dispositivos constitucionais. A não ser assim, teria que, mesmo entendendo que a norma se reveste de inconstitucionalidade, e que há uma outra opção interpretativa que melhor consagre os ideais constitucionais, restaria impedido de levar a cabo esta outra interpretação. Doutro lado, tem-

²⁴² Op.cit.p. 215-216.

se que, uma vez vinculante para o legislador, como inúmeras vezes afirmado, não poderia sequer o legislador positivar em termos legais que estaria impedido que se considerasse a união estável de pessoas do mesmo sexo como interdito no direito pátrio, posto que feriria o princípio da igualdade até não mais poder. Assim, uma pergunta, poderia o legislador fazer o discrimine ou deixar que o aplicar o faça sem outras consequências jurídicas?

8.3.7. O elemento escolhido pelo legislador como essencial para o descrime satisfaz o princípio da igualdade, passa pelo teste da razoabilidade dizer que a orientação sexual da pessoa é elemento para que, a partir daí, se impeça de estabelecer laços afetivos com outra pessoa, e portanto, constitua união estável entre pessoas do mesmo sexo ? ou ao réves, isso violaria o princípio do igual tratamento na lei? Por isso é que José Afonso da Silva prossegue na lição:

“Mas, como já vimos, o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos “essenciais” previstos por essas normas possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse sentido, já se pronunciou, também Seabra Fagundes, para lembrar que os “conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório”²⁴³

8.3.8. Sobre o direito a igualdade, mais uma vez lição magistral de Flávia Piovesan no sentido de que:

“A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano”.

²⁴³ Op.cit,p.216.

8.3.9. A par de outras considerações sobre o direito de igualdade, principalmente quantos as violações que se perpetraram em razão das intolerâncias, aduz a autora que hoje, muito mais que um direito a igualdade se vê como um direito a diferença:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, entre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também como direito fundamental, o direito a diferença. Importa o respeito a diferença e a diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.²⁴⁴

8.3.10. E, asseverando que hoje o princípio da igualdade se sustenta em dois pilares: o da redistribuição e o do reconhecimento leciona:

“Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora:” O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função do status.

Complementa esta lição com Boaventura de Souza Santos:

Ainda Boaventura acrescenta ‘temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.’

Acrescentando ainda que:

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva contruir e afirmar a igualdade com respeito a diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. A emergência conceitual do direito a diferença e do

²⁴⁴ Op.cit.

reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz dos movimentos sociais e o surgimento de uma sociedade civil plural e diversa do marco do multiculturalismo.²⁴⁵

8.3.11. Daí que, longe de violar dispositivos constitucionais, a afirmação dos direitos fundamentais, **sob a ótica do direito a orientação sexual**, sob a ótica do respeito a diferença, mostra-se, na verdade, **em total compasso com a Constituição Federal** e, assim, com o sistema de direitos humanos por ela protegidos, e mais, com todo o sistema internacional de direitos humanos, construído sob uma pauta axiológica que veda a discriminação, a intolerância e procura valorizar a diferença. É justamente por isso que Flavia Piovesan diz que:

“Sob o prisma do sistema global de proteção, constata-se que o direito a igualdade e a proibição da discriminação foram enfaticamente consagrados pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”²⁴⁶

No mesmo sentido, quanto ao sistema regional de proteção aos direitos humanos aduz:

“A cláusula da proibição da discriminação é também enunciada enfaticamente pela Convenção Americana de 1969, ao estabelecer o dever dos Estados-partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (art. 1º)²⁴⁷.

8.3.12. Com isso se verifica que, não somente no ordenamento jurídico doméstico, mas também no que toca ao sistema de proteção de direitos humanos internacional ou regional, se verifica a vigência do princípio da igualdade, sob o viés da não discriminação. O que poderia levar a um raciocínio de que, mais uma vez, longe de violar a Constituição, dar guarida a pretensão de pessoas do mesmo sexo constituírem união estável seria render homenagens tanto a Constituição Federal e aos diversos sistemas de proteção de direitos humanos, como visto.

8.3.13. Não discrepa destas lições Inocêncio Mártires Coelho ao lecionar sobre os fundamentos do Estado de Direito. Destacando, para tanto, que o princípio do pluralismo político vai além do conceito de política para abarcar os inúmeros pluralismo na sociedade e, como já o fizeram os autores antes mencionados, que reforçam o papel da diferença e da

²⁴⁵ Op. Cit. p. 298.

²⁴⁶ Op. cit. p. 310.

²⁴⁷ Op. Cit. p. 310.

tolerância no convívio social. Assim está vazada sua lição:

Embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a preferências políticas e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, **significando pluralismo na polis, ou seja, um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana - tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras** -, um valor fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: **não só, mas também.** (grifamos).

E remarcando a dimensão de liberdade para as escolhas e realizações de projetos de vida, afirma:

Dessarte, falar em pluralismo político significa dizer que, respeitadas as poucas restrições estabelecidas na própria Lei Fundamental - pois nesse terreno é imperativa a reserva de Constituição -, **o indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem lhe aprover, imune a intromissões de terceiros, sejam elas provenientes do Estado, por tendencialmente invasor, ou mesmo de particulares.**²⁴⁸

Na seqüência:

“Atente-se, a propósito, afim de melhor delinear-mos esse princípio, para o que disse Paul Ricoeur a respeito das fases por que passou o fato do pluralismo até chegarmos aos dias atuais, em que se proclama o direito à diferença como inerente à própria dignidade da pessoa humana: a) inicialmente, tolera-se aquilo que se desaprova mas não se pode impedir; b) a seguir, tenta-se compreender as convicções contrárias as nossas, mas sem aderir a elas; c) e, finalmente, reconhece-se o direito ao erro, **ou seja, o direito de todo indivíduo de acreditar no que bem entender e de levar a vida como lhe convier, com a só condição de que as suas escolhas pessoais não causem prejuízo a outrem, nem impeçam o exercício de igual direito pelos demais integrantes do grupo.** (grifamos).

8.3.14. Esta parte da lição do professor paraense é de importância capital para o debate aqui travado, posto que alinhava duas questões fundamentais, **uma, de que deve-se garantir o direito a diferença; outra, de que o limite deste direito é que não causem prejuízo a outrem e nem impeçam o exercício de igual direito pelos demais.** E isso, de forma límpida, o direito a união estável de pessoa do mesmo sexo não ofende. A seguir conclui seu raciocínio:

O mesmo se diga da idéia de tolerância - correlata ao conceito de

²⁴⁸ Op. Cit. p. 178.

pluralismo – a significar que ninguém pode ser vítima de preconceitos, de ódio ou perseguições pelo simples fato de ser diferente, como tem acontecido no curso da História, em que pesem os esforços de quantos nos advertem de que o normal é ser diferente e que os traços característicos de cada indivíduo não devem ser vistos como estigmas mas, antes, como expressão da sua metafísica singularidade.²⁴⁹ (grifamos).

8.3.15. Ainda na busca quanto à resposta quanto à indagação, o sistema jurídico-constitucional impede a união de pessoas de mesmo sexo? Ou ao revés, são as visões morais pré-estabelecidas que procuram encontrar fundamentos constitucionais para tal. Ora, se é certo que a disciplina constitucional específica da união estável reconduz a homem e mulher, porém, e com idêntica dignidade normativa, se não mais, diríamos nós, os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, devem, sem dúvida, proporcionar que todas as pessoas na República Federativa do Brasil possam desenhar e buscar um projeto de vida e, mais ainda um projeto de vida com a pessoa que desejam. Além do mais, a todas as luzes, se pode afirmar que a busca deste projeto não afeta direitos fundamentais de terceiros, e sendo assim, estes não poderiam impedir a busca e realização deste projeto por quaisquer visões outras, sejam políticas, religiosas, que não as consagrados como limites a autonomia individual posta diretamente pelo constituinte originário. E não parece crível que o constituinte que elevou a valor-norma a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a privacidade, a igualdade e a segurança jurídica impedir um gozo de um direito que não afeta de qualquer forma outras pessoas. Lembra Alexy que o direito de igualdade não tem função somente na aplicação da lei, posto que:

“Nesses termos, o Tribunal Constitucional Federal, desde as suas primeiras decisões, assumiu como evidente a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade, ou seja, assumiu uma interpretação do art. 3, §1º, não apenas como um dever de igualdade na aplicação, mas também na criação do direito. Em seus pontos principais, o tribunal pode se apoiar em trabalhos da época da República de Weimar, sobretudo nos de Leibholz. Com exceção de algumas poucas divergências, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal foi recebida com grande concordância ou, ao menos, com simples aceitação. Essa jurisprudência será objeto principal das considerações que serão feitas a seguir acerca da estrutura do direito geral de liberdade.

8.3.16. É possível perguntar se as normas constitucionais mencionadas possuem suficientemente densidade normativa para amparar pretensões subjetivas, e *pari passu*, possibilitam a interpretação que estamos a fazer, no sentido de que, as normas constitucionais dão o tom e assim permitem a coloração das interpretações do sistema infraconstitucional. Sendo assim, não se poderia, sem agredir a Constituição, dar azo a diferenciações que o texto constitucional veda expressamente, e isto é importante, posto que

²⁴⁹ Op. Cit. p.178-79.

estamos a falar não em vedações implícitas, mas em vedações explícitas, expressas, aliás, em vários comandos do texto constitucional. E isso não é pouco. Calha lembrar a advertência de Dworkin no sentido de que direito é atitude. Ouçamos:

“O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosas das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a ultima palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão.

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. E, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isso é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.” (grifamos).

8.13.17. Ricardo Pereira Lira escreveu como prefácio para a importante obra do prof. Luiz Edson Fachin que:

“Se, às vésperas de um novo milênio, voltamos nossas vistas para um passado não muito longínquo, teremos a oportunidade de verificar a existência de profundas e sucessivas mudanças na realidade social, com as suas contradições, ambigüidades e questionamentos radicais, em que os valores fundamentais se modificam e novos sujeitos se apresentam, reivindicando direitos e prerrogativas.”

8.13.18 Com efeito, os valores fundamentais se modificam e novos sujeitos se apresentam, reivindicando direitos e prerrogativas, como, no caso, pessoas que reivindicam o direito a diferença, diferença esta que, como visto em Flavia Piosevan, com apoio em Nancy Fraser, é um dos grandes pilares dos direitos fundamentais, assim, reconhecimento e igualdade constroem hoje as bases dos direitos fundamentais. Neste passo, o autor nos lembra que a família desenhada no do Código Civil de 1916 correspondia a uma estrutura social:

“a família clássica, desenhada no Código Civil brasileiro de 1916, correspondeu a uma realidade social de um Brasil do final do século XIX, de um país essencialmente rural, sem nenhum vestígio significativo de uma industrialização sequer incipiente.”

8.13.19. Se não se cumprir o texto constitucional, provavelmente, neste peculiar

aspecto da união estável das pessoas do mesmo sexo, estaremos diante, não só de uma constitucionalização simbólica, mas mais ainda, diante de uma verdadeira insinceridade normativa. Que para Luis Roberto Barroso pode ser assim traduzida: “Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido.”²⁵⁰

8.13.20. Com efeito, embora, saibamos das dificuldades se dar fiel cumprimento a norma constitucional, em dar concreção os comandos constitucionais, a postura do interprete não pode ficar irremediavelmente contida por estas dificuldades, deve, antes, fiar-se numa postura hermenêutica que viabilize ao máximo possível, o cumprimento da norma, lembrando a lição de Hesse sobre a “vontade de constituição”, no sentido de se ter uma postura que se converta numa espécie de “a vontade de dar cumprimento ao seu texto constitucional.”

8.13.21. Barroso ainda traz alguns motivos pelo qual disposições constantes expressamente nas constituições não são cumpridas. Confira-se:

“Por mais de uma razão, determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede suas concretizações, por contrariar-lhe o interesse político. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômicos e politicamente influentes.”²⁵¹

8.13.22. Por evidente, o mestre carioca foi comedido com relação aos que impedem a concretização de determinada normatividade constitucional, contudo, seu alerta bem demonstra a necessidade de se perquirir sobre as dificuldades reais, quando não se esta a falar em normas ligadas a questões meramente econômicas, mas, ligadas a questões de afeto, na lição de Luiz Fachin e Maria Berenice Dias. Impedimento esses que são opostos por grupos que não conseguem ver no texto constitucional uma normatividade bastante para regular relações que, fora o traço da orientação sexual diversa, são as mesmas das relações heterossexual. O que faz com que entre a possibilidade de dar cumprimento às normas constitucionais e a insinceridade normativa, fiquemos com a primeira opção, por melhor realizar a “promessa constitucional de igualdade”

8.14. O DIREITO FUNDAMENTAL A PRIVACIDADE. O DIREITO A ORIENTAÇÃO SEXUAL E AO EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE COMO CONTEÚDO PROTEGIDO PELAS CLAUSULAS CONSTITUCIONAIS DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.61.

²⁵¹ Idem, ibidem.

8.14.1. Esta leitura do direito fundamental a orientação sexual, como apoio no direito a privacidade, em boa medida, deve muito à jurisprudência da Suprema Corte americana, e, mesmo sabedores de que, em decisões como *Bowers v. Hardwick* (1986) a Corte aceitou a criminalização da homossexualidade²⁵², sob o fundamento, dentre outros, de que “ esta prática não era” “profundamente entranhada na tradição e na história da nação” , embora, como nos lembra Eduardo Appio “Durante o julgamento do caso *Bowers*, dois juízes da Suprema Corte sustentaram a decisão tomada pela Corte de Apelação da Georgia em favor de Hardwick e que havia declarado a inconstitucionalidade das leis da Georgia.” Citando o Justice Stevens que sustentou que:

“a liberdade essencial de escolha sobre como conduzir condutas privadas de natureza sexual certamente que compreende o direito de se engajar em atividades não reprodutivas de cunho sexual que outros possam considerar imorais.” O Justice Balckmun, por sua vez, defendeu que “ o Estado no presente caso está legislando a respeito de formas particulares de privacidade baseadas em conduta sexual consentida”²⁵³. (grifamos).

8.14.2. Este precedente foi revertido no caso *Romer v Evans* (1996), e principalmente no caso *Lawrence v. Texas* , 2003, assevera Appio que : “ O caso mais recente envolvendo os direitos dos gays na Supre Corte dos Estados Unidos é o caso *Lawrence v. Texas*, de 2003, no qual, por uma maioria de seis votos contra três, a Suprema Corte decidiu que era inconstitucional a lei do Texas que proibia seus cidadãos de se engajar em atividades sexuais com pessoas do mesmo sexo.” Ainda sobre a evolução dos direitos na Suprema Corte Americana, Appio leciona:

A opinião predominante foi retratada – como no caso anterior em 1996 – pelo Justice Kennedy, o qual sustentou que a lei estadual do Texas violava a cláusula do devido processo legal substantivo. A Justice O Connor – hoje, pode-se lembrar que no caso *Planned Parenthood v. Casey* de (1992), “ **a Suprema Corte enfatizou que o direito á privacidade envolvia “ escolhas centrais para a dignidade pessoal e autonomia” e que “ o direito de definir seu próprio conceito de existência, fé, significado do universo e do mistério da vida humana”**²⁵⁴.

8.14.3. Com efeito, este precedente, mesmo voltado não diretamente ligadas a união

²⁵² Confira-se a evolução do debate sobre o assunto, uma vez que até 1961 os cinquenta Estados norte-americanos consideravam a conduta (homossexual) como criminosa. Appio, op. cit. p. 255.

²⁵³ APPIO, Eduardo. Direitos das Minorias. São Paulo: RT, 2008. p. 255.

²⁵⁴ Idem, ibidem.

homoafetiva, no diz muita coisa. Principalmente, no tocante ao conteúdo possível do direito a privacidade, que englobaria, pelos seus termos “escolhas centrais para a dignidade pessoal e autonomia” ou de “definir seu próprio conceito de existência”, o que certamente abarca as opções sexuais.

8.14.4. Flávia Piovesan colaciona importantes julgados da Corte Européia de Direitos Humanos envolvendo casos de pessoas discriminadas por serem homossexuais, no primeiro deles, no tocante a pessoas afastadas da Real Força Aérea e da Marinha do Reino Unido, nos informa que:

“A Corte acolheu os dois casos, sob o fundamento de que a política de banir a presença de homossexuais nas forças armadas, mediante investigação na vida privada e sexualidade, constituía violação aos arts. 8º (direito ao respeito à vida privada) e 14 (proibição de discriminação) da Convenção Européia. Argumentou que tal prática constituía uma flagrante discriminação e indevida ingerência no direito ao respeito à vida privada, não justificável à luz do § 2º do art. 8º da Convenção como uma medida “necessária em uma sociedade democrática”.²⁵⁵ (grifamos).

8.14.5. Também, no mesmo sentido, a Corte considerou que violava o direito a privacidade o seguinte caso de uma pessoa realizou operação de mudança de sexo e postulou em juízo que lhe fosse possível as alterações nos assentos e registros, que foi negada na Jurisdição Doméstica. Recorrendo a Corte Européia de Direitos Humanos, a decisão, na mesma linha da anterior, é assim resumida pela doutrinadora:

A Corte assumiu a necessidade de recorrer a uma interpretação dinâmica e evolutiva, de modo a aplicar a Convenção à luz das condições da realidade atual. Ressaltou que a falta de consenso na sociedade a respeito do status de um transexual (pós-operação) não pode ser compreendida como uma mera inconveniência ou formalidade. Não parece lógico, entendeu a Corte, permitir que a aludida cirurgia seja feita pelo sistema nacional de saúde e depois negar suas implicações legais e impacto jurídico. Tal situação tem gerado à peticionária consequência de alto relevância.

(...) Realçou ser a essência da Convenção assegurar o respeito a dignidade humana e a liberdade, o que abrangeria, no século XXI, o direito dos transexuais ao desenvolvimento pessoal e a segurança física e moral de forma plena, tal como assegurada as demais pessoas. A zona intermediária em que os transexuais pós operados se situam não e

²⁵⁵ PIOVESA, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Org. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 314.

mais sustentável. Ponderou não haver nenhum suposto interesse público a caracterizar a chamada “margem de apreciação” para eventualmente legitimar a restrição do direito da peticionaria. Na ponderação de bens, a Convenção mostrou-se absolutamente favorável ao direito da peticionaria.²⁵⁶

8.14.6. Neste debate sobre o direito a privacidade ganha especial relevo a temática da separação entre o público e o privado, que é um ganho enorme da idade moderna. E rápidas palavras, desde o famoso artigo de Samuel Warrem e Louis Brandeis (1890) “ o direito a intimidade” tem-se que a proteção constitucional dos aspectos ligados a vida privada do individuo é uma proteção que não pode ser violada pelo legislador²⁵⁷. Não parece difícil, então, conceber o direito a orientação sexual e a concretização de sua sexualidade dentro do direito a intimidade e a vida privada, posto serem manifestações ligadas a aspectos privados, íntimos da pessoa, sem deixar de entender, também que podem ser insertos tanto na clausula geral da dignidade da pessoa humana como no âmbito de proteção do direito a liberdade. Isto porque os fatos que digam respeito à pessoa na sua intimidade devem ser por ela decididos sem intervenção estatal. Não se compadece com uma sociedade democrática e também um Estado que se quer de direito e democrático, que, por isso mesmo deve respeito aos direitos fundamentais, uma intervenção em área tão íntima da vida privada, há isso este Estado que se diz e se quer ser democrático, não pode chegar.

8.14.7. Claro, por evidente, os limites a direitos existem, e o direito constitucional e sua jurisprudência constitucional não fogem deste debate. Desde os limites a liberdade de expressão, por exemplo, no limite a esta liberdade proibindo-se o *Hate speech*, o discurso do ódio. Ora, se já se disse que gravações clandestina afrontam o principio da intimidade e da vida privada, que os sigilos bancários e fiscal do individuo estão protegidos solenemente por estes direitos, o que dizer então de um aspecto intrínseco da vida humana que é a sexualidade? Então a proteção aqui deveria ser dar nos exatos limites da compreensão atual do tema na sociedade brasileira. E esta compreensão, que já foi muito menor, hoje atinge um grau de civilidade importante, um grau de civilidade que torna possível dizer que a proteção da intimidade e da vida privada, tem, no conteúdo do seu programa normativo, a proteção da orientação sexual. Na linha de que a liberdade sexual é conteúdo do direito fundamental a intimidade e a vida privada, pode-se citar a doutrina José Adércio Leite Sampaio. O autor traz a colação diversos casos julgados na Corte Europeia de Direitos do Homem, asserando que:

²⁵⁶ Op.cit,p.315.

²⁵⁷ Cf. a lição de Maria Claudia Cachapuz “ A primeira referencia jurídica doutrinaria sobre a privacidade é sempre relacionada ao ensaio oferecido por Samuel Warrem e Louis Brandeis (1890) em face da preocupação que esse estudo demonstra a construção de um direito à privacidade. A partir das decisões historicamente acolhidas pelos tribunais ingleses e norte-americano. (...). A força do estudo está, precisamente, no reconhecimento de um direito próprio aquilo que se faz identificado por *privacy*, então evidenciado como um direito do individuo de não ser molestado ou ainda, de ser deixado só. Justamente porque a aspiração da sociedade da época – ao final do século XIX – era encontrar no ordenamento jurídico uma resposta adequado para o resguardo da esfera privada, inclusive em relação ao patrimônio imaterial. CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma Leitura Orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre.. Sergio Antonio Fabris Editor. 2006, p. 76.

“O direito ao respeito da vida privada também compreende em princípio a liberdade de relações entre dois sexos, desde que consentidas, por uma vontade livre e consciente. Descarta-se, de plano, o envolvimento de pessoas menores ou incapazes. Decidiu-se, nesse sentido, que o comportamento de um homem que mantivera relações sexuais com uma deficiente mental de 16 anos violava o direito ao respeito da vida privada dessa jovem. Também se reconheceu atentatória a esse direito a incriminação, pela legislação da Irlanda do Norte, das relações entre homens maiores de 21 anos de idade.”²⁵⁸

8.14.8. Esse direito fundamental da pessoa é supedâneo constitucional para que se afaste a interpretação que impossibilita a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Tanto doutrina como jurisprudência encarem que o tratamento impeditivo da união estável as pessoas do mesmo sexo viola o princípio da não discriminação. Na jurisprudência, por exemplo, acórdão do TRF 1, da lavra do Des. Federal Souza Prudente, diz que esta discriminação é odiosa²⁵⁹, também acórdão de 2003 do mesmo TRF 1 no mesmo sentido, da

²⁵⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à Intimidade e à Vida Privada. Uma Visão Jurídica da Sexualidade, da Família, da Comunicação e Informações Pessoais, da Vida e da Morte. Belo Horizonte.. Del Rey, 1998, p. 128.

²⁵⁹ CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO COMO DEPENDENTE/BENEFICIÁRIO DE PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. GARANTIA DE FORMAÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL BRASILEIRO, ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO.

I - Afigura-se odiosa a negativa do reconhecimento dos direitos concedidos às pessoas de sexos diferentes aos do mesmo sexo, inclusive aos relacionados com a inclusão como dependente/beneficiário de plano de assistência médica, porque tal discriminação preconceituosa afronta os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles, o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da marginalização e da redução das desigualdades sociais, e, também, o da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

II - O reconhecimento de vínculos entre pessoas do mesmo sexo atende, também, a defesa constitucional da unidade familiar, da promoção do bem estar e da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da legalidade, e, especificamente na espécie dos autos, da saúde, que é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal).

III - Se o homossexual não é cidadão de segunda categoria e sua opção ou condição sexual não lhe diminui direitos, muito menos, a dignidade de pessoa humana (STJ - RESP 238715/RS - Terceira Turma - DJ de 02/10/2006, p. 263) e, se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, caput), não há de se admitir a submissão de qualquer pessoa a tratamento discriminatório e marginalizador ou degradante, garantindo-se o desenvolvimento sustentável do patrimônio cultural do povo brasileiro, constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, como portadores de referência à identidade à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver (CF, arts. 216, I e II), essenciais à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações (CF, arts. 225, caput). IV - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(TRF 1; AMS 2005.34.00.013248-1/DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE - SEXTA TURMA; Publicação: 01/10/2007 DJ p.87; Data da Decisão: 03/09/2007)

lavra do Des. Tourinho Neto²⁶⁰.

8.15.9 UMA CONSTITUIÇÃO DISCRIMINATÓRIA?

8.15.1. Sobre o levantado, da existência de uma Constituição discriminatória, Eduardo Appio, no seu Direito das Minorias, bem desenha o quadro sobre a questão dos direitos de liberdade e igualdade das pessoas homossexuais:

O argumento em favor da deferência e modéstia judicial neste caso, situado exclusivamente na arena política a resolução do problema, apresenta uma série de problemas para aqueles que se denominam “substancialistas”, o que redundaria dizer, não-textualistas (e não-originalistas). Se o não textualismo implica uma opção clara do intérprete em buscar fora do texto expresso da Constituição o valor moral que melhor atenda o objetivo da regra que está sendo interpretada, **estabelecendo uma clara escala hierárquica em favor da proteção dos direitos fundamentais, como então defender que é o texto da Constituição que permite a discriminação por orientação por conta de uma menos-valia de determinados cidadãos de nosso país**, talvez a falha não seja do processo democrático em si – que terá, segundo Streck, de ser revisto-, mas antes de uma interpretação nitidamente textualista que se mostra incompatível com a nossa estrutura democrática.²⁶¹ (grifamos).

8.15.2. Sobre esta passagem do importante texto de Appio, somente um pequeno reparo. Se se busca, a toda evidência, a proteção dos direitos de liberdade, de igualdade, de privacidade, e se mostra perfeitamente amoldável ao âmbito de proteção do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, então, e isso se mostra decisivo para desenlace

²⁶⁰ PREVIDENCIÁRIO. O DIREITO. PENSÃO POR MORTE AO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.

1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais.

2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário.

3. "O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ..." (Pontes de Miranda).

4. "O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos" (Jean Cruet).

5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela.

6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei. (TRF 1; AG 2003.01.00.000697-0/MG; AGRAVO DE INSTRUMENTO; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO- SEGUNDA TURMA Publicação: 29/04/2004 DJ p.27; Data da Decisão: 29/04/2003)

²⁶¹ Op. Cit. p. 374.

da questão, não se esta a buscar fora do texto constitucional o valor a ser defendido, pelo contrário, no máximo, o que poderia verificar é uma colisão aparente de direitos, fato aliás, por demais comum na jurisprudência constitucional, que deve ser solvido pela regras hermenêuticas, ou no dizer de Canotilho, “ pelo catálogo-tópico dos princípios de interpretação constitucional, em especial pelos princípios da unidade da constituição, da máxima efetividade, da concordância prática ou da harmonização e o princípio da força normativa da constituição. O mesmo constitucionalista nos adverte ainda que:

Recomendar que as minorias empreendam os esforços necessários para aprovar uma Emenda à Constituição e que, nesse meio-tempo, devam retardar ou mesmo abandonar opções existenciais que para a maioria de nós significaria a renúncia do próprio sentido da vida (digna) - como estabelecer vínculos públicos de afeto com outras pessoas sem qualquer discriminação - é uma idéia menos próxima do substancialismo e mais próxima do textualismo e, por via de consequência, do próprio procedimentalismo. A resposta não está no texto, mas sim no valor a ser protegido²⁶². (grifamos).

8.15.3. Mais uma vez o reparo, posto que, uma Constituição que fez uma opção clara, indiscutível pelo princípio da dignidade da pessoa humana, dela não se poderia retirar o sentido de que proíbe projetos de vida em comum, pela razão de as pessoas serem do mesmo sexo. Assim, nos parece que tanto o valor e texto estão em conformidade, e não o contrário. Com efeito, há que se privilegiar uma interpretação constitucional que privilegie os conteúdos presentes nos princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação, do direito a privacidade. Princípios consagradores de valores da mais alta importância para a sociedade, regras de convivências balisares, construídas ao longo dos tempos. No mesmo passo, a lição de Eduardo Appio é esclarecedora:

Existe, contudo, outro direito de conteúdo bem mais amplo, porque diretamente conectado à dignidade da pessoa humana, ou seja, à liberdade. Isto significa dizer, protegendo o direito de os cidadãos estabelecerem relações jurídicas de natureza estritamente sentimental, porque somente por meio dessas entidades (familiares) se reconhecem como indivíduos singulares no contexto social, o que traz profundas repercussões de natureza moral e psicológica, o Estado está protegendo a liberdade humana²⁶³.

8.15.4. E, tomando esta assertiva como ponto decisivo desta manifestação, o candente apelo do doutrinador por uma interpretação que privilegie a liberdade e a igualdade, para que um grupo importante de pessoas possam estabelecer laços sentimentais duradouros, e assim, empreender esforços na buscar pelas suas felicidades, construindo projetos de vida em comum:

²⁶² Idem, ibidem.

²⁶³ Op.cit.p.378.

Uma interpretação constitucional que assuma que o objetivo declarado do constituinte de 1988 foi discriminar determinado grupo de pessoas por conta de sua orientação sexual aceita a premissa de que essas pessoas não fora politicamente consideradas seres humanos completos e que, bem por isso, não gozam do mesmo status jurídico dos demais. Uma Constituição com este viés discriminatório romperia com a tradição de proteção dos direitos individuais fundamentais, com especial ênfase na liberdade humana, pois estaria impedindo determinadas pessoas de estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo, mesmo que essa vedação implicasse a completa renúncia das mais importantes expectativas desses seres humanos. A Constituição – interpretada desta maneira – estaria em contradição com seus fundamentos básicos, ou seja, com os alicerces indispensáveis para a manutenção de uma coerência interna²⁶⁴.

8.15.5. Registre-se isso uma vez mais. O § 3º do art. 226 da Constituição não pode ser lido no sentido de impossibilitar a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, e assim realizar uma verdadeira discriminação sem um “ motivo racionalmente adequado” , posto ser um ganho enorme da modernidade a perspectiva decisiva para este debate de que, para se discriminar, é sempre necessário se desincumbir do ônus argumentativo, e assim, na razão prática procurar os elementos que justifiquem este discrimen. E aqui simplesmente estes elementos não existem. Não há ganho algum para as pessoas que não pertencem ao campo, por assim dizer, da homoafetividade, não há, por via de consequência, qualquer argumento que viabilize a coerência da argumentação de que haveria ali uma razão pública para o discrimem.

8.15.6. Assim, nos parece que a melhor compreensão que deva se dar o sentido e alcance da norma jurídica insculpida no texto do § 3º do art. 226 é que esta norma impede a discriminação entre pessoas casadas e pessoas que vivem em união estável, e não que impede que pessoas do mesmo sexo possam conviver em união estável, uma vez que, se assim interpretada, estaria contradição direta com outras normas constitucionais, como salientado. Neste caso, como acima pretendemos ter feito, dever-se-a o interprete utilizar dos processos de soluções destes conflitos, se assim se entender, sem recorrer a qualquer argumento sobre normas constitucionais inconstitucionais, mas, dentro mesmo dos princípios da interpretação constitucional, solver a questão.

8.15.7. Dessarte, por este ponto de vista **não há um silêncio eloquente posto nas normas que regulam a matéria no âmbito da Administração Pública Federal.** - Estatuto dos Servidores Cíveis, Estatuto dos Militares, Plano de Benefícios da Previdência Social - , há tão somente uma regulação jurídica de aspecto da convivência humana que antes era tida como antissocial, não natural, prejudicial a sociedade e a família. Igualmente, como se vê hoje, as uniões homoafetivas.

²⁶⁴ Idem, ibidem.

8.15.8. A par disso, é possível dizer que o constituinte não regulou a matéria, deixando assim um espaço interpretativo que deve ser preenchido pelos princípios jurídico-constitucionais, que como visto, bem demonstram que a solução pende em muito para a conclusão de que é possível, nos marcos institucionais postos, pelo preenchimento da lacuna com os princípios constitucionais multicitados nesta manifestação, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁶⁵

8.15.9. Corroborando o entendimento aqui esposado a possibilidade de prosperar os pedidos formulados na Adin nº 4277, no sentido de que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, em razão da aplicação do princípio da interpretação sistemática da constituição, corolário lógico disto é que o princípio da interpretação conforme permite que se afaste do espectro semântico do art. 1.723 do Código Civil, a compreensão de que tão somente as pessoas de sexo diferentes estariam abrangidas pelo dispositivo, conquanto há que se render, no mesmo passo, homenagens aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, no viés da liberdade de opção sexual, do estado laico e por fim do princípio constitucional da igualdade, como visto acima.²⁶⁶

8.15.10. Com efeito, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da técnica da interpretação conforme, verdadeiro ganho hermenêutico consagrado pela ciência do direito constitucional, poder declarar a inconstitucionalidade da interpretação que entendam que não pode ser compreendida como união estável a união entre duas pessoas, em muito, contribuir com esta esperança. Nesse sentido, no âmbito da Administração Pública, se revela jurídica e constitucionalmente adequada, nos termos sustentados nesta manifestação, a interpretação que possibilite que pessoas do mesmo sexo possam exercer os mesmos direitos relativos as pessoas heterossexuais, que possam

²⁶⁵ Nesse sentido, por todos, Luis Roberto Barroso: “ É certo, por outro lado, que a referencia a homem e mulher 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 e os fins que a justificaram. Insita-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “ união estável entre homem e 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.” (grifamos). Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.” In. Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. P.29.

²⁶⁶ Por ultimo, uma citação importante para o debate aqui travado, onde se discute sobre possibilidade de união estável de pessoas, então, por via de consequência projetos de vida em comum, projetos de felicidade, talvez. Assim, sobre a busca de um projeto de vida a conclusão de Daniel Guérin no seu Um Ensaio sobre A Revolução Sexual “ Conclusão? Penso que hoje, cada vez mais – e como isso me deixa contente! – existe uma tendência geral de diminuir a diferença entre os dois sexos. Muitas vezes acontece não podermos mais distinguir uma garota de um rapaz. No que diz respeito aos homossexuais, penso antes de tudo naqueles que são presos como um delinquente comum por terem tentado satisfazer sua sexualidade através de um ato que era a plena expressão deles mesmos. Penso em todos os homossexuais que sentem uma grande dificuldade em se assumir, em suportar a reprovação social de que são objeto e que são atormentados pela idéia do suicídio. Em relação a isso recebi cartas perturbadoras. O mais urgente é devolver-lhes o gosto de viver. (grifamos).

estabelecer uniões estáveis, como previstos nos diversos diplomas legais que regem a matéria, em especial para os efeitos sucessórios e previdenciários, e assim sejam reestabelecidos os plenos direitos destas pessoas.

8.15.11. Assim, toda a argumentação é no sentido de que os princípios constitucionais fartamente elencados não impedem que o regime jurídico da união estável, inicialmente trazido pelo legislador constituinte como forma de impedir a discriminação que antes se operava nas relações entre homem e mulher que não eram casados, seja aplicado aos parceiros homoafetivos, uma vez presentes os mesmos requisitos.

8.16. O DITO PELO NÃO DITO: O FATO INESCONDÍVEL SUBJACENTE A QUESTÃO FÁTICA - A DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA HUMANA POR ORIENTAÇÃO SEXUAL DIVERSA

8.16.1 O ponto de partida desta discussão, as discriminações sofridas pelas pessoas com orientação sexual homoafetiva, reforçado pelo fato de que o tratamento legislativo dado à matéria não se coaduna, principalmente, com o princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro vetor axiológico de toda a ordem constitucional, com o princípio constitucional da igualdade e, reforçado pela proibição constitucional de discriminação.

8.16.2. Em face disso, tendo presente que há espaço interpretativo para que se imprima uma leitura constitucional do ordenamento infraconstitucional, no sentido de possibilitar o mesmo tratamento de entidade familiar dado as uniões de pessoas de sexo diferente às pessoas do mesmo sexo, inúmeras ações judiciais são diuturnamente propostas no Poder Judiciário para que, afinal, se ampare estas opções de vida. Assim, além das controvérsias sobre partilha de bens, quando da separação dos companheiros (as), ou desta partilha quando um dos companheiros (as) falece, inúmeras outras ações judiciais são propostas contra órgãos da Administração Pública, em especialmente contra o órgão previdenciário, no sentido de procurar alcançar direitos consagrados no texto constitucional de 1988.

8.16.3. Além dos preconceitos sofridos, causando danos psicológicos à pessoa, a longa caminhada judicial não tem percorrido um caminho único, tendo em vista as oscilações da jurisprudência pátria, tanto no sentido de negar guarida a união estável, amparando-a no direito das obrigações, como sociedade de fato²⁶⁷, quanto no sentido de estender a união estável entre pessoas do mesmo sexo à mesma disciplina legal conferida aos heterossexuais.

²⁶⁷ STJ - [RESP 148897](#)-MG (RSTJ 110/313, RT 756/117, LEXSTJ; VOL.:00108 AGOSTO/1998/235, RJTAMG), [RESP 238715](#)-RS (RNDJ 87/95, RDTJRJ 73/105, RIOBTP;

8.16.4. Revela-se incontroversa, posto ser uma realidade para qual não se pode fechar os olhos, a união entre pessoas do mesmo sexo. E isso, sem qualquer aporte histórico da questão. Assim, no Brasil e no mundo, pessoas do mesmo sexo convivem em regime de união estável, amparados ou não pela legislação, embora diversos países do mundo já tenham alterado seu sistema de direito positivo para incluir a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Destarte, estas alterações de interpretação dos marcos legais, ou mudanças operadas nas legislações de diversos países, foram frutos da luta pela consolidação de direitos civis, pela efetivação de direitos, e dessa luta participam as pessoas com orientação sexual diversa. Assim, movimentos em prol do direito de liberdade de orientação sexual, pela identidade de gays e lésbicas e diminuição do preconceito muito contribuem para esse novo quadro social e, por via de consequência, para desenho institucional do tema.

8.16.5. Entre nós, diferentes visões se lançam sobre a questão da união homoafetiva. Entre os que argumentam que há verdadeira impossibilidade constitucional frente o obstáculo jurídico oposto pela existência do § 3º do art. 226²⁶⁸, e praticamente reproduzido no art. 1723 do CC²⁶⁹, este objeto de impugnação pela Procuradoria-Geral da República na Adin 4277, que pede que seja feita uma interpretação conforme, eliminando assim, a interpretação que vedasse que fosse considerado também como união estável, uma vez preenchidos os requisitos legais, a união de pessoas do mesmo sexo.

8.17 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O RECONHECIMENTO DO DIREITO A ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO CONTEÚDO SIGNIFICATIVO DESTES PRINCÍPIOS

8.17.1. Antes de qualquer comentário sobre este princípio, cumpre trazer à baila uma importante observação de Ingo Wolfgang Sarlet²⁷⁰ no sentido de que não se deve aceitar a compreensão de que o conceito de dignidade da pessoa é “um cânone perdido e vazio, que se presta a todo e qualquer tipo de abusos e interpretações equivocadas”, e da outra ponta, também a afirmação que não se pode utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como panacéia para solução todos os males, “posto que aí se estaria incorrendo num voluntarismo hermenêutico arbitrário e, portanto, constitucionalmente ilegítimo²⁷¹”.

²⁶⁸ § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁶⁹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149.

²⁷¹ “Apesar disso (e, em parte, por isso mesmo), vale reafirmar que os diversos desdobramentos concretos da

Esta advertência inicial se faz necessária tendo em vista que a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana de forma argumentativa, procurando afastar qualquer consideração arbitrária na eleição deste princípio como apto a fundamentar a possibilidade de tese jurídica que estamos a perfilar. Estabelecido isso, ouçamos o constitucionalista gaúcho:

“Cuidando-se a dignidade – e aqui tomamos emprestadas as expressivas palavras de Cármem Lúcia Antunes Rocha – do que se poderia denominar de “ coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”, é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas e, quando estas se fizerem inadiáveis, que tenha por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja (ou pelo menos, que venha a estar) a bater todas as pessoas com a mesma intensidade”²⁷².

“Com efeito, justamente em função de sua condição (também) principiológicas e de sua conseqüente abertura à complexidade e ao pluralismo, a dignidade da pessoa humana permite a substituição de padrões normativos absolutos e estritos por referenciais normativos flexíveis e compatíveis com a salvaguarda da identidade na diferença, numa ambiência comunicativa e relacional.”²⁷³

8.17.2. Melhor não poderia dizer. Ao reforça a relação de dignidade humana e abertura as complexidades e ao pluralismo reforça a importância que tem este centro axiológico da Constituição para a escolha do resultado interpretativo que estamos a fazer. Uma vez que, as duas interpretações seriam aceitáveis do ponto de vista estritamente dogmático, cabe, entretanto verificar se, sob este aspecto mais do que específico, qual deles atende melhor ao princípio da dignidade da pessoa humana. Está fora de dúvidas, então, que a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo não é uma interpretação constitucionalmente inadequada, impossível, fora dos padrões normativos pautados na Constituição, fora disso, é esta interpretação que se conduz a um resultado “constitucionalmente adequado”.

8.17.3. Cabe perguntar se não violaria até não mais poder o princípio da dignidade da

dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa, por só evidenciam o quanto não se pode aceitar a afirmação genérica de que o conceito de dignidade da pessoa é algo como um cânone perdido e vazio, que se presta a todo e qualquer tipo de abusos e interpretações equivocadas, já que estamos convictos de que – e esperamos que pelo menos algum momento isso tenha sido demonstrado – de que também e acima de tudo em matéria de dignidade da pessoa humana não se deve e nem se pode legitimamente dizer e aceitar qualquer coisa, pois mesmo que se venha a oscilar entre uma hermenêutica pautada pela melhor resposta possível ou única resposta correta, qualquer uma das alternativas, consoante, de resto já sinalado, repudia um voluntarismo hermenêutico arbitrário e, portanto, também constitucionalmente ilegítimo”. Op.cit. p. 147.

²⁷² Op.cit p.. 149.

²⁷³ Ob.cit.p.150.

peessoa humana exigir de uma pessoa um comportamento que talvez ela nem ela mesma pôde fazer tal opção, assim, melhor refletindo, a expressão orientação sexual²⁷⁴, a exemplo das pessoas que não optaram por direcionar sua sexualidade para outrem do mesmo sexo. Aliás, é princípio assente de direito que não se pode exigir o impossível. Sob o direito a orientação sexual como integrante do âmbito de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, Maria Berenice Dias Leciona:

“O direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira-geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente. A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduos por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, em o qual a condição humana não se realiza²⁷⁵.” (grifamos).

8.17.4. Não é por outro motivo que Gustavo Tepedino, ao tratar da família constitucionaliza pelo constituinte de 1988 reconduz esta à realização da personalidade dos seus membros, portanto, tendo em mira não mais uma estrutura funcional que privilegie esta ou aquela entidade que deve ser preservada, mas, ao revés, seja ambiente para a realização da personalidade humana e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana:

“Pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família. De se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbraram em institutos do direito de família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa.

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel da promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da

²⁷⁴ É necessário precisar o sentido da expressão orientação sexual, que descabe ser chamada de “opção sexual”, desde que se descobriu a involuntariedade do agir homossexual.” P.46 O fato é que a ciência tem pouco a explicar e ainda trata a identidade homossexual como um enigma. As conclusões tidas como científicas acabam sempre refutadas cientificamente. Parece que a explicação reside algures, entre o inato e o adquirido.” DIAS, Berenice. Op cit.p. 53.

²⁷⁵ União Homoafetiva, p. 100.

concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.²⁷⁶”

8.17.5. E, no sentir de Emerson Garcia:

“No atual estágio de evolução da humanidade, em que o ser humano tem sido inserido no epicentro das estruturas estatais de poder (ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal) é inegável o relevante papel desempenhado pelos direitos fundamentais na preservação da coerência lógica do sistema, contribuindo para mantê-los adstrito e, principalmente, comprometido com a consecução desse fim. Com isto, preserva-se a unidade do sistema, que se concretizará e gravitará em torno de um objetivo comum, lastreado em bases democraticamente legitimadas²⁷⁷.”

(...)

“A Noção de dignidade da pessoa humana, como é fácil intuir, encerra o que se convencionou denominar de conceito jurídico indeterminado.

(...).

Em seus traços essenciais, os conceitos indeterminados podem derivar: a) de uma imprecisão conceitual lingüística; b) da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor; ou c) da exigência de realização de um juízo de prognose.

A indeterminação inerente à noção de dignidade resulta, claramente da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e especialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta. A exclusão de um raciocínio subsuntivo e a exigência de contínua concretização do padrão normativo, além de permitirem a adequação da norma aos influxos sociais, impedem que à noção de dignidade será atribuído um conteúdo atemporal e indiferente ao seu espaço de aplicação. Sob uma ótica metodológica, pode-se afirmar que a abertura propiciada pela utilização desses conceitos reflete uma verdadeira “delegação operativa aos órgãos concretizadores.”

(...)

A exigência de integração do conceito de dignidade humana a partir de um juízo valorativo não impede sejam identificados, *a priori* (ainda que

²⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

²⁷⁷ Op.cit. p.79.

a conclusão seja temporalmente variável), uma zona de certeza ou um núcleo fixo concebido in abstrato, vale dizer, dissociado da situação concreta que ensejará a projeção dos efeitos a ele inerentes. A identificação desse núcleo fixo, não é exagero afirmar, é realizada com maior facilidade a partir de uma análise sentimental do que propriamente lógica-racional. Essa afirmação, aparentemente incompatível com o desenvolvimento de uma metodologia de estudo de ordem jurídica, encontra ressonância na concepção de que os componentes de determinado grupamento, em dado momento histórico, na maior ou menor medida, apresentam um conteúdo mínimo comum em sua escala de valores – e aqui se manifesta a jurisprudência dos valores. Com isto, ainda que sejam inevitáveis as dificuldades na fundamentação do discurso, é facilmente sentida a sua correção.

É valor assente, independente de qualquer fundamentação e em praticamente todos os povos, que a escravidão e a tortura aviltam a dignidade, o mesmo ocorrendo com o não-fornecimento de medicamentos ou alimentos essenciais à sobrevivência humana, conclusão a que se chega a partir de critérios meramente intuitivos e independentes de um acurado espírito científico. Esse valor comum, de indiscutível tendência à universalidade, em muito contribui para a paulatina sedimentação do respeito à dignidade, permitindo a aproximação dos vetores que consubstanciam os valores que a integram, enquanto em potência, e a sua projeção na realidade.

Esse sentimento do justo, inerente ao *homo medius*, possibilita a identificação prévia de comportamentos que, indiscutivelmente, prestigiam ou aviltam a dignidade humana, daí se falar que o prisma sentimental, na medida em que alcança conclusões similares em a desgantes preocupação com o complexo iter de fundamentação, tem suas vantagens em relação ao prisma lógico-racional. Vantagens à parte, sob uma perspectiva metodológica, não é possível justificar um princípio fundamental do Estado ou um direito fundamental tendo como base única e exclusiva, sentimentos, por mais puros e relevantes que sejam: o método há de ser outro.

(...)

Em outros casos, busca-se conceituar a dignidade humana a partir da remissão a estruturas conceituais igualmente vagas, o que somente na aparência soluciona os problemas associados à sua fluidez. Neste particular, merece referência o conceito esboçado pelo Conselho Constitucional francês, *no Caso Bioéthique*, em que se considerou a dignidade humana um princípio de valor constitucional: “ todo ser humano possui, perante a sociedade, os direitos que garantam, na integridade e na dignidade de sua pessoa, o pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral.”

Ainda aqui, o sentimento parece subjugar o tecnicismo: pleno desenvolvimento e dignidade, apesar da maior especificidade do primeiro, mantém uma nítida proximidade no que concerne à

generalidade conceitual; o mesmo podendo ser dito quanto às noções de físico, intelectual e moral, que tão-somente refletem as partições do qualificativo humana. O conceito, no entanto, deixa claro que a noção de dignidade não se limita a proteger o homem em sua expressão corporal, evitando seja concebido como um mero objeto: a proteção deve se estender à multiplicidade de formas em que se manifesta a sua condição humana.

A fundamentalidade e a indeterminação do conceito de dignidade humana aconselham sejam encetados esforços no sentido de permitir um controle racional do discurso jurídico que redunde na sua aplicação. O discurso jurídico somente será palpável ser o iter for racionalmente demonstrado, se possível com a utilização de critérios que gozem de uma relativa objetividade, indicando os valores sociojurídicos já sedimentados no grupamento e delineadores do ideal de justiça, tendo sempre o ser humano como epicentro dessa verdadeira atividade de densificação de um princípio dotado de amplíssima generalidade.²⁷⁸

8.17.6. A lição destaca a dificuldade de verificar o conteúdo do princípio, asseverando que, mesmo que se chegue a ele por via do “sentimentalismo” isto não é adequado juridicamente. Encarecendo que, como já referido, deve-se centrar-se a interpretação no ser humano, “ como epicentro dessa verdadeira atividade”, tem-se, assim, que a perspectiva de que a Constituição vedou a união estável entre pessoas do mesmo sexo alia-se a visão centrada “não” na pessoa humana, mas “sim” *na funcionalização de uma dada estrutura e de uma dada instituição impermeável* as transformações operadas no seio da sociedade.

8.17.7. Com efeito, ao se preocupar tão com a “ instituição” desenhada num único dispositivo constitucional, e a partir dele somente extrair todas as consequências normativas, acaba-se por conferir muito mais valor a esta “ entidade jurídica” do que propriamente seus aos seus membros. Ademais, como já explicitado por Gustavo Tepedino, a Constituição procurou centrar seu foco nos membros dos grupos familiares, e assim, tornou possível um conjunto de verdadeiras “entidades familiares”, e não somente uma entidade formada pelo casamento e outra pela união estável, uma vez que, no mínimo, assumiu como entidade familiar também as famílias monoparentais²⁷⁹, a teor do § 4º do art. 226, igualmente protegidas pela Magna Carta.

8.17.8. Decorre daí que Constituição protegeu o afeto, dando valor jurídico a ele, como não cansa de afirmar a doutrina, afastando-se, dessa forma, de uma leitura funcional que mais se amoldava a defesa de uma certa e específica entidade familiar, cuja defesa fazia com que qualquer outra forma de entidade familiar estivesse fora da “ instituição” que se previa única e inabalável.

“Sob esta ótica, não basta dizer que determinada ação ou abstenção é

²⁷⁸ Op.cit. p. 135.

²⁷⁹ § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

essencial à dignidade humana. Essa conclusão, por si, é um invólucro destituído de conteúdo. A solidez do discurso pressupõe a possibilidade de sua reconstrução lógica-racional, o que se dará, por exemplo, com a demonstração de que o comportamento está em harmonia com certos padrões institucionais da sociedade (família, religião, etc.), que é aceito no cotidiano da população, estando perfeitamente adequado aos seus padrões socioculturais; que há muito está sedimentado na sociedade, tendo uma precedência histórica; que tem sido freqüentemente reconhecido pelo direito positivo, em especial no âmbito constitucional; e que está disseminado em inúmeros atos de direitos internacional, sendo aceito pela generalidade dos Estados, cujos hábitos sociais, jurídicos e culturais se assemelham ao meio social em que se projetará a aplicação do princípio. As possibilidades, enfim, são múltiplas, o que permite concluir que uma fundamentação inadequada do discurso não pode ser tributada à feição hermética do princípio, mas, sim, à opção do próprio intérprete.”

“ O enfoque baseado na solidez do discurso jurídico já é um claro indicativo da inviabilidade de se esboçar um conceito que abarque todas as variantes argumentativas conducentes à idéia de dignidade humana. As concepções de dignidade e indignidade, além de estarem enraizadas numa visão filosófica do mundo e do homem, será claramente influenciadas por elementos circunstâncias de ordem temporal, especial e pessoal, isto sem olvidar a necessária visualização do homem nas distintas fases do seu desenvolvimento psicossocial, o que inviabiliza qualquer tentativa de trato da matéria numa perspectiva puramente abstrata”.²⁸⁰

8.17.9. Ingo Wolfgang Sarlet traz a historicidade que passou o princípio da dignidade da pessoa humana, desde a consideração cristã²⁸¹ de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o “cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.” De outra banda, para os efeitos aqui perfilhados merece destaque a lição de que, na antiguidade clássica, a dignidade estava ligada a uma posição social ocupada pelo indivíduo, o que, como consequência, se podia falar em quantificação e modulação da dignidade, “ no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas”.

8.17.10. Com efeito, ao vedar que pessoas manifestem afeto a outras pessoas estar-se claramente afirmando que estas pessoas são menos dignas que outras. Não se está, assim, indiretamente barateando uma dignidade, estar sim modulando e quantificando diretamente esta dignidade, da mesmíssima forma que se fazia na antiguidade pela posição social, e aqui,

²⁸⁰ Op.cit. 135.

²⁸¹ Observação do próprio autor sobre as outras religiões “ Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a estes aspecto – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa (...)”. op.cit.p.30.

não só, mas também, infelizmente, pela opção ou quando muito, de uma orientação sexual da pessoa, posto que, reafirme-se isso, muitas vezes, não se trata de uma verdadeira opção da pessoa, o que inviabilizaria falar em opção, mas sim em “orientação sexual” da pessoa humana, o que somente aumenta o grau de intolerância e, por conseguinte, de violação a sua dignidade enquanto pessoa que deve ser reconhecida e respeitada por todos.

8.17.11. Então, ao se aceitar a tese de que estaria vedado, posto que a Constituição não possibilitaria, ou se se aceitar a tese de que ela não proíbe, não obstante isso, também não autoriza diretamente, necessitando de interposição legislativa para que se fixe este direito a proteção da união estável, para que, assim, se pudesse dar guarida a este direito as uniões homoafetivas, temos que menospreza o afeto destas pessoas. Destarte, ao se negar as pessoas com orientação sexual diferente a possibilidade de firmarem relacionamentos estáveis, teríamos inelutavelmente a seguinte conclusão, superamos a modulação e a quantificação da dignidade em termos sociais como na antiguidade, tendo em vistas a posição ocupada pelo indivíduo – pelo menos teoricamente, - mas não conseguimos, ainda, superar em sede de dignidade, esta mesma modulação e quantificação no reconhecimento do outro quando o assunto envolve sexualidade, posto que ainda consideramos uma pessoa menos digna pelo fato de suas opções sexuais serem diferentes da maioria, não vislumbrando aí uma violação ao princípio do igual respeito e consideração, e portanto, violador da dignidade humana.

8.17.12. Vários séculos nos separam desta valoração, e não é à toa que muitos países, por vários modos, reconheceram este direito, principalmente por não encontrar qualquer razão pública para não fazê-lo.

8.17.13. Avançando sobre o tema, Ingo Sarlet nos possibilita o entendimento de dignidade para os estóicos que muito contribuíram para o entendimento do princípio:

“a dignidade era tida como qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoa de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.”

8.17.14. Neste sentido, a dignidade permite a afirmação do princípio da liberdade humana e da igualdade, fundamento dos próprios direitos fundamentais, reunidos mesmos axiologicamente num valor central que é a própria dignidade. A lição de Maria Celina Bodin de Moraes, trazida por Sarlet, permite que se distinga as notas características do princípio da dignidade, e por aí se entende o porque de se afirmar que ele é o elo que reúne em torno de si os direitos fundamentais, daí que, violado uma de suas manifestações, viola-se a dignidade:

É neste contexto que, igualmente buscando uma concretização da dignidade da pessoa humana na perspectiva do Direito, poder-se-á acompanhar, em linhas gerais, a lição de Maria Celina Moraes, para quem do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios

jurídicos fundamentais, nomeadamente os da igualdade (que, em suma, veda toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da liberdade (que assegura a autonomia ética e moral (que, no nosso sentir inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais eu asseguram uma vida digna) e da solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações). Que tais princípios concretizadores da dignidade, por sua vez, encontram-se vinculados a todo um conjunto de direito fundamentais que aqui vai como pressuposto...(...)”²⁸²

8.17.15. É justamente por isso que se afirma que a unidade axiológica dos direitos fundamentais se reconduz todos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na mesma senda Jorge Miranda, que, a par de trazer um elenco das manifestações do princípio, leciona sobre esta unidade de sentido:

“A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias, pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comum têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idêia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.”²⁸³

8.17.16. Dizer que o homem é livre e responsável por seus atos e seu destino é permitir que trilhe um projeto escolhido de vida para uma vida boa, de acordo com seu entendimento, se isto não causar danos a bens jurídicos protegidos de outrem ou mesmo da sociedade.

Poderíamos, então, legitimamente perguntar, quais os danos a outrem causados por igual respeito e consideração de pessoas que resolvem se unir? Fora da razão pública, com certeza, a resposta só pode ser negativa. Fora, então, do preconceito e da intolerância com o diferente, não haveria como negar este direito.

8.17.17. E, por aí se vê, pois, que todos ganham com esse resultado interpretativo. Assim, por via de consequência ganham não só as pessoas homossexuais que poderiam planejar suas vidas como bem lhes aprouverem, buscando o projeto de vida que lhes indicasse a felicidade, mas, ao mesmo tempo, ganhamos todos, posto que o respeito ao próximo traduz-se em respeito a nós mesmos, quando exercitamos algo fundamental para a boa convivência em comunidade, que é fundamental e necessário respeito ao diferente, seja este uma pessoa com deficiência física, seja com problemas mentais, seja uma determinada

²⁸² Op.cit.p.35.

²⁸³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 197.

minoria. A lição de Uadi Lamegos Bulos também proclama que o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta e contempla a proteção contra a intolerância e a discriminação na medida em que:

“Este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 188. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão.”²⁸⁴

8.17.18. Remarque, que, para o constitucionalista o princípio da dignidade da pessoa humana, se acatado, representa um vitória contra a intolerância e o preconceito, valores perseguidos pelo resultado interpretativo que se busca fundamentar, no sentido de que viola este princípio, e assim não se revela constitucional a interpretação que não se coaduna com a dignidade humana, porque imantada de intolerância e preconceito, pelo menos na sua pré-compreensão.

8.17.19. Aliás, em sede de tolerância, lembremos das minorias que já foram tida como passíveis de ser dizimadas e hoje a sociedade tenta fazer um resgate histórico dos flagelos que lhes foram infligidos ao longe de muito tempo, com índios²⁸⁵, dedicando a Constituição todo um capítulo a seus direitos²⁸⁶ e os negros – que por anos foram negados a condições de pessoa²⁸⁷ – como princípio de relações internacionais do país, inciso VIII do art. 4º²⁸⁸, o

²⁸⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao Alcance de Todos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

²⁸⁵ Sobre o ponto, Cf.” Para a afirmação da idéia de dignidade humana, foi especialmente preciosa a contribuição do espanhol Francisco de Vitoria, quando, no século XVI, no limiar da expansão colonial espanhola, sustentou, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos habitantes dos índios e baseado no pensamento estóico e cristão, que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana – e não pelo fato de serem cristãos, católicos ou protestantes – eram sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a cora espanhola.” *Op.c it.p.* 32.

²⁸⁶ CAPÍTULO VIIDOS ÍNDIOS Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens .Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo

²⁸⁷ Na lição precisa de Sérgio Moro sobre a escravidão nos Estados Unidos no caso Dred Scott “ No século XIX, a escravidão constituía questão central nos Estados Unidos, assim como no Brasil. Embora incompatível com os ideais proclamados na Declaração de Independência norte-americana, não foi ela proibida pela posteriormente promulgada Constituição Federal. Ao contrário, continha ela norma explícita que impedia de proibir a importação de escravos antes do ano 1808” a partir desta contextualização nos traz a decisão da Suprema Corte americana através do voto vencedor proferido pelo juiz Taney que “ por outro lado, defendeu que a Constituição, originariamente, não teria pretendido conferir cidadania aos negros e que “ toda pessoa e toda classe e descrição de pessoas que, ao tempo da adoção da Constituição, eram consideradas como cidadãos nos diversos estados tornaram-se também cidadãos do novo corpo político; mas não outras além destes”. (grifamos).Negando aos negros a cidadania, a decisão também os

mandado constitucional expresso de criminalização de condutas discriminatórias, previsto no inciso XLII do art. 5º²⁸⁹ e as ações afirmativas que visam dar concretude ao princípio da igualdade na sua dimensão material (art. 5º).

8.17.20. No medievo, a importância do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola que já afirmava que a dignidade humana se assentava na racionalidade, qualidade intrínseca ao ser humano e que lhe possibilita construir de forma livre independente sua própria existência e seu próprio destino.

8.17.21. Então, desde o medievo que, pelo menos racionalmente, se poderia considerar que não poderia um grupo comunitário, por mais majoritário que seja, impedir que a pessoa dotada de racionalidade, construísse e desse um sentido a sua vida e assim o destino que lhe aprouver para a conquista de sua felicidade. Completando o processo de secularização do conceito de dignidade humana, Kant oferece a humanidade seu conceito de dignidade humana que fundamenta muitos outros extraídos na doutrina nacional e internacional, posto que o conteúdo da dignidade humana é extraída da racionalidade do ser humano e assim da sua autonomia da vontade, considerando-se que o ser humano não pode ser objeto, uma vez que estes tem valor, e o humano, tem dignidade²⁹⁰.

8.17.22. Também por esta percepção da dignidade humana a tese que inadmite possibilidade da união entre homossexuais se revela em descompasso com o pensamento kantiano. E isto se dá exatamente pelo desenvolvimento que Kant dá ao conceito dignidade humana, ligando-o umbilicalmente ao conceito de autonomia da vontade. Daí que se segue que ao impossibilitar a concretização de pensamentos, de emoções e manifestações de afeto da pessoa no mundo jurídico - posto que seria impossível proibir no mundo dos fatos - , viola-se a dignidade da pessoa humana, uma vez que a autonomia da vontade é ferida, posto que o Estado não é dado tratar a pessoa como objeto, porque este não tem sentimento e afeto, e o

impedia de serem partes em processos judiciais.” MORO, Sérgio. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: RT, 2004, p. 27.

²⁸⁸ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

²⁸⁹ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

²⁹⁰ “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, lita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).” Ainda segundo Kant, afirmando a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.”

faz deste modo, quando inadmitte que se concretize sentimentos, principalmente, quando isto se dá com fundamento em interesses e vontades que não se sustentam publicamente.

8.17.23. Ademais, conceitos como de dignidade humana, autonomia da vontade, direitos de personalidade, estes últimos, no âmbito privado, tão caros ao liberalismo e ao direito privado, servem de anteparos para as ações estatais, proibindo toda sorte de discriminações, mesmos as jurídicas, como as leis de criminalização da conduta homossexual que alguns países do mundo²⁹¹ – principalmente os ligados por uma certa visão de mundo – ainda estabelecem. Não obstante isso, uma grande maioria de países que tinham esta conduta como afronta criminal, acabaram, por força do compromisso com os direitos humanos, como visto, cada vez mais internacionalizado, trilhado o caminho de que esta não é, definitivamente, uma área afeta a intervenção estatal, mas, sim, ligada totalmente a autonomia privada do indivíduo enquanto pessoa e, por isso não cabe definitivamente ao Estado procurar dirigir opções de vida sexual de seus cidadãos²⁹². Ao Estado, não é dado intervir onde há um campo inviolável da pessoa, e onde se revela até não mais poder esta autonomia da pessoa é no campo afeto, afeto este multiplicado no âmbito familiar, e no específico caso aqui debatido, no seio da possibilidade de estabelecer união estável com outra pessoa.

8.17.24. Assim, não pode o Estado querer dirigir, direcionar o afeto de ninguém, sob pena de violar a autonomia da pessoa, de tratá-la como objeto, ferindo assim a dignidade da pessoa, adotando-se para tanto o conceito o kantiano a dignidade da pessoa humana. Destarte, não se pode tratar a pessoa como instrumento de realização de uma só idéia de vida boa, instrumentalizando-as, posto que, ao não tratar estas pessoas com igual respeito e consideração outra coisa não se faz senão coisificá-las e instrumentalizá-las para que se leve a efeito uma certa e determinada idéia de entidade familiar, que esta distante do requerido pelo texto constitucional, quando considerado em seu inteireza principiológica, mormente, como aqui se afirma, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda, com Sarlet:

“Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colocados em cartáter

²⁹¹ Cf. Maria Berenice Dias “ No grupo de extrema repressão, situam-se os países islâmicos e muçulmanos, onde é prevista a pena de morte à manifestação da homossexualidade, tanto masculina quanto feminina. Assim, no Afeganistão, Arábia Saudita, Sudão e Emirados Árabes, ser homossexual pode custar a vida. No Irã, os condenados por sodomia, entre outras punições, têm os pés e as mãos amputados ou são condenados à morte. No Paquistão os homossexuais masculinos estão sujeitos à prisão perpétua, mas a lei não fala nas mulheres.

Em mais de setenta países do mundo, a homossexualidade é considerada crime sujeito à sanção penal. O Chile é o único país da América do Sul que ainda criminaliza a prática homossexual.” In União Homoafetiva. O Preconceito e a Justiça. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 62-63.

²⁹² “ A Suprema Corte dos Estados Unidos derrubou a lei do Texas que criminalizava a sodomia, decisão que se refletiu em doze outros estados americanos que dispunham de lei impondo sanções penais à prática homossexual. Os países do Leste Europeu – Hungria, República Tcheca, Eslováquia, Polônia, Bulgária e Eslovênia – ao ingressarem no Conselho da Europa, descriminalizaram os atos homossexual praticados privadamente entre adultos. A Romênia, por pressão da União Européia, revogou a lei que permitia a condenação de homossexuais à pena de até cinco anos de prisão. Atendendo à solicitação do Parlamento Europeu, a Austria acabou com a distinção de idade para relações heterossexuais (14 anos) e homossexuais (18 anos). Foi solicitado também que o governo austríaco anistiasse as pessoas que foram condenas com base nesta proibição.” In, Maria Berenice Dias. *idem ibidem*.

exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continua sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).

8.17.25. À frente, Sarlet situa em Hegel a idéia de que a dignidade humana situa-se no campo do reconhecimento. Matéria com especial significado para nós, posto que é justamente o que se esta a postular, o reconhecimento de dignidade ao outro, independentemente de esta ou aquela opção ou orientação sexual:

Esta dimensão intersubjetiva que já se acentuou que não afasta a dimensão ontológica da dignidade humana, pelo contrário, a realizar em maior intensidade, pois, são nas relações intersubjetivas que a pessoa manifesta sua autonomia e, para outros, somente quando esta autonomia é reconhecida que se têm dignidade.

“(…) Aliás, consoante já anunciado, a própria dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica) da dignidade assume seu pleno significado em função no contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.”²⁹³

8.17.26. Posto isso, diga-se que se pode compreender como uma manifestação legítima da pessoa, intrínseca a ela, a necessidade de receber e dar afeto, aliando-se a isso a constatação natural que o afeto é dirigido a outrem, o reconhecimento por parte de todo o grupo social deste afeto o que faz com que a dimensão da intersubjetividade da dignidade da pessoa humana assumam um caráter especialíssimo neste debate, tendo em conta que o outro, aqui, tanto pode ser a pessoa a qual o afeto é dirigido, como se exige, para que se verifique que este grupo social reconheça a dignidade humana daquelas pessoas. Ademais, acrescenta o autor:

“Em verdade – e tal aspecto deve ser destacado – a dignidade da pessoa humana (assim como – na esteira de Hannah Arendt – a própria existência e condição humana), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por esta razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade, igualmente subjacente ao pensamento de Hanna Arendt, no

²⁹³ Op.cit. p. 24

sentido de que a pluralidade pode ser considerada como a condição (e não apenas como uma das condições) da ação humana e da política. Na perspectiva ora apontada, vale consignar a lição de Jurgem Habermas, considerando que a dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua intangibilidade (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, tal sorte que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade. Assim, como bem destaca Hasso Hofmann, a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co- humanidade de cada indivíduo (Mitmenschlichkeit des Individuums)”²⁹⁴

8.17.27. Assim, ao proibir ou mesmo dificultar juridicamente a manifestação desta intersubjetividade estará o Estado violando preceito que ele deve observância irrestrita. Além disso, colhe-se da lição o importante sentido de que, se a comunidade não reconhece o outro com possibilidade de ter igual direito de relacionamento, trata as pessoas de orientação sexual diversa de forma preconceituosa, ao não considera-las dignas de respeito e consideração, daí a necessidade de que, pelo menos no âmbito da legislação, não se faça esta diferenciação, sob pena de de manter e encorajar no corpo social uma discriminação não permita pelo conteúdo de um princípio que é fundante do Estado Democrático de Direito. De outra parte, reforçando este entendimento, a afirmação de Francis Fukuyama, de que como seres humanos “ partilhamos uma humanidade comum que permite a todo o ser humano se comunicar com todos os demais seres humanos no planeta e entrar numa relação moral com eles”. Ainda seguindo a trilha oferecida por Sarlet:

“É precisamente com base nesta linha argumentativa, visceralmente vinculada à dimensão intersubjetiva (e, portanto, sempre relacional) da dignidade da pessoa humana, que se tem podido sustentar, como alternativa ou mesmo (se assim se preferir) como tese complementar à tese ontológico-biológica, a noção da dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana. Nesse sentido, há como afirmar eu a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa, ou da dignidade como reconhecimento, a teor de uma, já expressiva e influente doutrina, que, contudo, aqui não mais poder ser inventariada e analisada.”²⁹⁵

8.17.28. Além do reconhecimento da “essencial unicidade de cada pessoa humana”, ligada a dimensão ontológica da dignidade, o que mais de perto nos toca é

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39.

²⁹⁵ Op.cit.p.27.

justamente é “ o fato de esta ser credora de dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana”. E, neste particular aspecto, deve esta comunidade humana respeitar a opção ou a orientação sexual da pessoa, no sentido de que, assim o fazendo, estará respeitando a dignidade desta pessoa, e isto se revela essencial nesta quadra de desenvolvimento da sociedade, como afirmação mesma do processo civilizatório que alcançamos, permitindo-nos mitigar as discriminações ao máximo que nossa razão possa permitir.

8.17.29. Resulta, assim, a constatação de que, onde não existir reconhecimento não haverá, por via de consequência, dignidade. Assim, é exatamente a partir da dimensão intersubjetiva do conteúdo do princípio da dignidade humana que se pode afirmar existir uma grave violação deste direito, posto que, ao trabalhar com a noção de cidadãos de segunda grandeza, posto que, ao não serem tratados como pessoas merecedoras de igual dignidade e reconhecimento, impedindo que estabeleçam laços afetivos reconhecidos pelo Direito, outra coisa não se faz senão considerá-los como indignos de uma plena convivência na comunidade. Ademais, colha-se que o conteúdo e significado da dignidade humana também não fica imune a evolução sócio-cultural, tanto é assim que:

“Já por esta razão, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, guardando, além disso, relação direta com o que se poderá designar de dimensão prestacional (ou positiva) da dignidade.”²⁹⁶

Ou, na lição de Dieter Grimm, colacionada por Sarlet de que :

“ao sustentar que a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera pra o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana.”

“ (...) Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de

²⁹⁶ Op.cit.p.31.

medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção”²⁹⁷

8.17.30. Com efeito, o resultado da aplicação, tão somente, da literalidade do § 3º do art. 226 da Constituição, desconhecendo assim qualquer interpretação teleológica, sistemática, concretizadora de direitos fundamentais, de princípios como a força normativa da Constituição, do efeito integrador, da unidade da constituição, viola a dignidade humana, posto que, ao encampar esta perspectiva, assume para si a violação perpetrada por um grupo social sobre o outro. Infirmando a idéia de que o princípio majoritária deve guardar reserva com relação à determinação posições que se trazem como direito fundamentais, dentre elas, a dignidade humana.

8.17.31. Não somente nesta visão da dignidade como limite a ação estatal, mas, da mesma forma, como prestação, posto que, em sede de reconhecimento, se esta a demandar tanto o reconhecimento no grupo social quanto o reconhecimento do próprio Estado, razão mesma deste parecer, notadamente quando se assevera que para o gozo e fruição de inúmeros direitos o Estado deve reconhecer o projeto de vida autonomamente escolhido pela pessoa. Nesta lição de dignidade como tarefa estatal, com arrimo nas lições Adalbert Podlech:

“Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade; este seria, portanto (segundo o mesmo Podleck), o elemento mutável da dignidade.”²⁹⁸

8.17.32. O reconhecimento de iguais direitos poderia a só tempo contribuir para remediar a violação consubstanciada na imposição de uma proibição de darem continuidade a uma relação estável reconhecida pelo Estado e, mais ainda, contribuir para que a intolerância e a discriminação percam a força que muitas vezes se diz extrair da própria letra da lei, o que não é o caso, como estamos a dizer, posto que, longe disso, talvez sua letra, mas seu espírito é de igualdade, de liberdade e de fraternidade, mesmo que se reconheça as dificuldades de concretizá-las. Por todos estes motivos que a doutrina considera que o resultado interpretativo da vedação de união estável por pessoas do mesmo sexo viola o princípio da dignidade da pessoa humana, aqui, colacionamos, dentre muitos, a doutrina de Daniel Sarmento, para que:

“Por outro lado, o não-reconhecimento priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável e aos cônjuges no matrimônio: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no

²⁹⁷ Op.cit,p.32.

²⁹⁸ Op.cit.33.

campo contratual, direitos na esfera tributária etc. Alguns destes direitos são ligados às condições básicas de existência, como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários, no regime geral do INSS ou no regime estatutário dos servidores públicos.”²⁹⁹

Concluindo, ademais, na linha de todo o exposto:

“Portanto, privar os membros de uniões afetivas destes e de outros direitos, atenta contra a sua dignidade, expondo-os a situações de risco social injustificado, em que pode haver comprometimento às suas condições materiais mínimas para a vida digna.

Mas não é só isso. O não-reconhecimento encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor senão merece respeito social.”³⁰⁰

8.17.33.

Com igual teor e fervor, Maria Berenice Dias:

“A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art.1º, III, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais; promete a promoção positiva de suas liberdades. A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições. Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O valor da pessoa humana assegura o poder de cada uma exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilha a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspectos primordial da existência humana.”³⁰¹

8.17.34. Para Roger Raupo Rios também o não reconhecimento do direito a opção sexual, ou mesmo a orientação sexual também fere o princípio da dignidade humana, na medida em que revela um tratamento indigno com um ser humano:

²⁹⁹ Op.cit.p. 410.

³⁰⁰ Idem, ibidem.

³⁰¹ DIAS, Berenice Maria. União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 103.

“Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana”³⁰².

8.17.35. Também Luís Roberto Barroso segue estas pegadas ao dizer que:

“É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”. A não-atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.”³⁰³

8.17.36. Significa dizer que Barroso reafirma o que a doutrina constitucionalista veem constantemente dizendo, que não se pode funcionalizar as relações afetivas³⁰⁴ a um projeto determinado de sociedade, o mesmo do que em outro momento dissemos, de que não se pode impor um determinado ethos a todos os membros da comunidade, ainda mais quando este ethos se assenta a formas de vida que não são compartilhados por todos, compartilhamento este difícil mesmo numa sociedade plural e hipercomplexa, que possibilita no seu interior a convivências de inúmeras formas de realização de projetos de vida “razoáveis” são possíveis de serem concretizados, projetos estes que perseguem o que cada tem em vista o que lhe seja uma “vida boa” e, e com isso, a busca da felicidade.

9. DIREITO A DIFERENÇA, A AUTODETERMINAÇÃO, ALTERIDADE E A QUESTÃO DA INCLUSÃO DO OUTRO E O PROBLEMA DA TOLERÂNCIA E DO PLURALISMO

³⁰² RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual. São Paulo: RT, 2009,

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Professor Jorge Miranda. Coord. Maria Elizabete Guimarães Teixeira Rocha e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.122.

³⁰⁴ Na lição de Daniel Sarmiento “Ora, subjacente à negação ao reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, seja sob a forma do casamento, seja a da união estável, existe o mal disfarçado propósito de subordinar as escolhas existenciais do indivíduo, no que tange aos seus relacionamentos afetivos mais duradouros e profundos, a um determinado modelo tradicional de sociedade e família. Trata-se a pessoa humana como um meio para a garantia de fins que ela não partilha, nem pode ser obrigada a partilhar: a manutenção de valores sociais tradicionais e o engessamento de uma sociedade estruturada sobre famílias heterossexuais, dedicadas basicamente à reprodução e à criação da prole” op. Cit. p. 410

9.1. Defendendo o respeito a alteridade, a diferença e ao outro, tendo em conta o próprio universalismo, Habbermas, no seu a “ A inclusão do outro” leciona:

“ (...) defendo o conteúdo racional de uma moral baseado no mesmo respeito por todos e na responsabilidade solidária geral de cada um pelo outro. A desconfiança moderna diante de um universalismo que, sem nenhuma cerimônia, a todos assimila e iguala não entende o sentido dessa moral e, no ardor da batalha, faz desaparecer a estrutura relacional da alteridade e da diferença, que vem sendo validada por um universalismo bem entendido. Na teoria da ação comunicativa, formulei esses princípios básicos de modo que eles constituíssem uma perspectiva para condições de vida que rompesse a falsa alternativa entre ‘comunidade e ‘sociedade’. A essa orientação da teoria da sociedade corresponde, na teoria da moral e do direito, um universalismo dotado de uma marcada sensibilidade para as diferenças. O mesmo respeito para todos e cada um não se estende aqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos se refere ao ‘nós’ flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas. Essa comunidade moral se constitui exclusivamente pela idéia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados - e de cada marginalizado em particular - em relação a deferência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtiva não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados a afirmação da índole própria de cada um. Inclusão não significa aqui confinamento dentro do próprio e fechamento diante do alheio. Antes, a inclusão do outro significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos - também e justamente àqueles que são estranho um ao outro - e querem continuar sendo estranhos”³⁰⁵.

9.2. A lição do mestre germânico destaca a problemática da alteridade, que, se vincula a capacidade de entendimento da “diferença”, que, se traduz “ num universalismo dotado de uma marcada sensibilidade para as diferenças”. E, ainda, na idéia negativa de “abolição da discriminação” e, por via de consequência, do sofrimento causado por esta. Colhe-se, ademais, que, na teórica de Habbermas, a inclusão do outro é ponto fundamental do debate sobre universalização dos direitos humanos. Como exemplo do que afirma, no tocante aos problemas relacionados as minorias nos estados nacionais, argumenta que este problema poderia ser melhor solucionado com os princípios republicanos, a seu ver, então:

“Os apologistas da nação-povo deixam de perceber que são justamente as notáveis conquistas do estado nacional democrático e seus princípios constitucionais republicanos os que podem dar-nos lições a respeito de como deveríamos lidar com os problemas da atualidade, decorrentes da

³⁰⁵ HABBERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p.7.

passagem inevitável a formas de socialização pós-nacionais.”³⁰⁶

9.3. Em outra senda, desta vez com Dworkin, que apresenta seu raciocínio tendo com referencia o Relatório Willians de 1979, cujo *leitmotiv* se baseia na seguinte afirmação “ Ele expressa e endossa o que chama de condição prejudicial, que ‘nenhuma conduta deve ser suprimida por lei a menos que se possa demonstrar que prejudica alguém’³⁰⁷. , em breve trecho, este é o comando que Dworkin afirma que se trata de argumento de política, ou, no que chama de visão utilitarista, de que, ao fim e ao cabo, cabe perguntar se o grupo estará melhor a longo prazo com a prática de uma conduta sob censura. Contudo, é conhecida a oposição de Dworkin a argumento de política, contrapondo-os com os chamdos argumentos de direito, fundados principalmente em argumentos de princípios, e são, justamente estes que fundamentam a tese sob comento, posto que, se se pode discordar-se legitimamente, no dizer de Habbermas, se faz necessário que todos tenham acesso a palavra e ao seu conteúdo, necessidade requerida mesma pela contexto democrático, para que, ao fim e ao cabo todos se sintam co-participes da decisão – mas, não se pode discordar sem antes ter que enfrentar questão difíceis sobre o violação do principio da igualdade, no tocante a impossibilidade de estabelecerem união estável, sob pena de a eleição do fator descrimin revelar uma sociedade que está um passo atrás quando deveria estar, pelo menos, um passo a frente no tocante ao combate as diversas formas de discriminação e intolerância, sejam elas, racial, religiosa, política, e agora, por orientação sexual, como requerido pela leitura desprestenciosa da Constituição. Á frente, Dworkin, embora trabalhando com o problema da liberdade de expressão, nos revela que a um só tempo o problema relacionado tanto ao modo e ao conteúdo de expressar e também de viver, posto que:

“Portanto, se reconhecemos o valor geral da livre expressão, deveríamos aceitar um pressuposto contra a censura ou a proibição de qualquer atividade quando esta, mesmo discutivelmente, expressa uma convicção sobre como as pessoas devem viver ou sentir, ou quando se opõe a convicções estabelecidas ou difundidas. O pressuposto não precisa ser absoluto. Pode ser superado pela demonstração de que o prejuízo que a atividade ameaça produzir é grave, provável e incontroverso, por exemplo. Mas deve, não obstante ser um pressuposto forte para proteger o objetivo de longo prazo de assegurar, a despeito de nossa ignorância, as melhores condições ao nosso alcance para o desenvolvimento humano.”

9.4. Trazendo esta lição para o debate aqui desenvolvido, e procurando enxergar o assunto por este específico ponto de vista, se se revela argumento de muitas pessoas contrária a tese aqui sustentada, poder-se-ia perguntar se o fato de conceber a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo traria mais crimes sexuais ou violência, o que nos parece fora de contexto. E realmente não há a mínima evidencia de que isso possa ocorrer. Ainda, sobre o tema, este enxerto de Dworkin contribui para o entendimento da relação entre modo de vida e aceitação social:

³⁰⁶ Op.cit.p.8.

³⁰⁷ Dworkin, Ronald. Uma Questão de Princípio. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 499.

“ A estratégia Willims é uma versão da estratégia baseada no objetivo, que distingue anteriormente da estratégia baseada nos direitos. Ela não define o objetivo que busca promover como o resultado que produz o maior excedente de prazer em contraposição à dor – como poderia fazer um benhtmiano primário- ou como, talvez, o resultado em que mais pessoas tem mais daquilo que desejam ter – como o definiria um utilitarista mais refinado. Em vez disso, o Relatório fala do desenvolvimento humano e insiste em que alguns desenvolvimentos sociais, morais e intelectuais são mais “ desejáveis” que outros. Não estaríamos muito errados, penso, se resumíssemos a concepção do Relatório acerca da melhor sociedade como aquele que mais contribui para que os seres humanos tomem decisões inteligentes sobre qual é a melhor vida a levar e depois prosperem nessa vida.”³⁰⁸

E continua:

“ A estratégia Willims enfatiza, porém, uma importante idéia latente dessa concepção. Seria errado pensar que as decisões sociais e políticas são voltadas apenas para a produção da melhor sociedade em algum tempo futuro específico (e, portanto, arbitrário), de modo que os atos e abstenções das pessoas agora sejam meramente partes de um desenvolvimento a ser julgado por seu valor instrumental na produção da melhor sociedade futura. O modo como se desenvolve uma sociedade é uma parte importante do valor dessa sociedade, agora concebida a partir de uma perspectiva maior que inclui o presente e também o futuro indefinido. Em particular, o desenvolvimento social dos ideais da prosperidade humana deve ser “ consciente” “ racionalmente compreendido” e “ um processo constituído em parte pela livre expressão e pelo intercambio da comunicação humana”. O desenvolvimento humano deve ser o autodesenvolvimento, ou seu valor será comprometido logo de início.”

9.5. Ora, este ataque ao tempo futuro indefinido de que nos fala Dworkin bem nos lembra a distante expressão do “Brasil como país do futuro”, posto que, no futuro poderíamos chegar a amadurecer a idéia de convivência em regime de igualdade, principalmente igualdade social, amenizando as disparidade sociais que ainda hoje causam choque em qualquer observador ainda não anestesiado pela realidade que se impõem.

9.6. Mas, se podemos desde já discutir estas desigualdades, se podemos, então, avançar na diminuição delas, então é de se pensar que isso não pode se dar somente no futuro. A partir do momento que há condições fáticas e jurídicas para tal, - as mesmíssimas condições de aplicabilidade das normas que veiculam princípios - então, indo ao encontro da assertiva lançada por Dworkin, nao se pode falar somente em futuro, mas em presente, para

³⁰⁸ Ob.cit.p.502.

que as pessoas possam se desenvolver em função de suas opções de vida, de seus projetos de vida, que, na prática já são aceitos pela sociedade, carecendo, assim, tão somente do manto protetor da judiciedade, neste caso, por via interpretativa dos comandos constitucionais e legais aplicados a espécie.

9.7. Também contribui para lançar luzes sobre o tema, a nova configuração da distinção entre o público o privado, no qual Dworkin traz estes exemplos:

“ Vimos grandes reordenamentos dessas fronteiras mesmo em anos recentes. As pessoas agora comum nas ruas, beijam-se e abraçam-se em público e brincam nuas pelo menos em certas praias públicas, e essas atividades, não muito tempo atrás pertenciam muito mais claramente ao espaço privado. No mesmo período, e em outros aspectos, contraíram as fronteiras que a cultura estabelece quanto ao que é público : agora é muito menos provável que as pessoas rezem em público, por exemplo, porque a postura de que a oração é uma atividade mais privada que pública, limitada ao lar ou a locais especiais de culto, tornou-se muito mais difundida. Com certeza, as dimensões e contornos do espaço público pertencem adequadamente ao dialogo, por meio de exemplo, a respeito das possibilidade do desenvolvimento humano, o dialogo que a estratégia Williams deseja proteger. A vitalidade e o caráter da distinção básica, a idéia básica de que deve existir um espaço privado, é mais ameaçada por um congelamento legalmente imposto das fronteiras estabelecidas em qualquer tempo específico do que permitindo que o mercado da expressão reexamine e desenhe essas fronteiras constantemente³⁰⁹.

9.8. Ou ainda, no que concerne a possível colisão entre os direitos da maioria (o principio democrático) e os direitos da minoria (os direitos fundamentais), Dworkin destaca a necessidade de preservação dos direitos fundamentais:

“Somente precisamos dos direitos, enquanto um elemento distinto da teoria política, quando alguma decisão que prejudique certas pessoas encontre, não obstante, apoio *prima facie* na afirmação de que isso deixará a comunidade como um todo em melhor situação segundo alguma descrição plausível de onde reside o bem-estar geral da comunidade. Mas a fonte mais natural de qualquer objeção que possamos ter a tal decisão é a de que, no seu interesse pelo bem-estar, prosperidade ou florescimento das pessoas como um todo, ou na concretização de algum interesse difunindo na comunidade, a decisão não presta suficiente atenção ao seu imnpacto sobre a minoria, e certo recurso à igualdade parece uma expressão natural de uma objeção proveniente dessa fonte. Queremos dizer que a decisão está errada, apesar de seu mérito aparente, porque não leva em conta, da maneira correta, o dano que causa a alguns e, portanto, não trata essas pessoas

³⁰⁹ Op.cit.p.511.

como iguais, com direito à mesma consideração que outras.”³¹⁰

9.9. Exatamente por isso são importantes os direitos fundamentais, como forma de conferir limites às atividades estatais, capazes de darem um colorido substancial ao próprio processo democrático. Especificamente sobre os direitos das pessoas homossexuais em confronto com um suposto direito da maioria em não estender a estas pessoas todos os direitos que possuem com fundamento no princípio da igualdade, Dworkin leciona:

“Esse ataque nunca é válido por si mesmo. Deve ser desenvolvido mediante alguma teoria sobre o que exige o igual interesse, ou, como no caso do argumento que ofereci, sobre o que a própria justificativa de fundo supõe que o tratamento igual requer. Outros inevitavelmente rejeitarão qualquer teoria desse tipo. Alguém pode dizer, por exemplo, que o tratamento igual exige apenas que as pessoas recebam aquilo a que tem direito quando suas preferências são confrontadas com as preferências, inclusive políticas e morais, dos outros. Nesse caso (se estou correto em que o direito à liberdade sexual baseia-se na igualdade), ele não mais apoiaria esse direito. Mas como poderia? **Suponha que a decisão de banir a homossexualidade, mesmo privadamente, seja a decisão a que se chegou após confrontarem-se preferências que, segundo poderia dizer que, embora a decisão trate os homossexuais com igualdade, dando-lhes tudo o que a igualdade de tratamento por sua situação exige, a decisão, não obstante, é errada porque invade sua liberdade.** Se alguns restrições à liberdade podem ser justificadas pela comparação das preferências, por que não essa? **Suponha que ele tomasse a idéia de que a liberdade sexual é um interesse fundamental.** Ela, porém, trata as pessoas como iguais para violar seus interesses fundamentais em nome dos ganhos menores para um grande número de outros cidadãos?) Ele dirá talvez que sim, porque o caráter fundamental dos interesses violados foi levado em conta no processo de pesagem, de modo que se estes são suplantados, é porque os ganhos para outros, pelo menos no agregado, são muito grandes para serem ignorados com justiça. Mas se é assim, anuir aos interesses da minoria suplantada seria dar à minoria mais atenção do que permite a igualdade, o que é favoritismo. Como pode, então, reprovar a decisão a que chegou o processo de pesagem? Portanto, se alguém realmente pensa em banir as relações homossexuais é tratar os homossexuais com igualdade, quando essa é a decisão a que chegou por uma pesagem utilitarista, irrestrita, ele carece não ter nenhum fundamento persuasivo para dizer que a decisão, não obstante, invade seus

³¹⁰ Op.cit.p.553.

direitos.³¹¹ (grifamos).

9.10. Muito já se discutiu aqui sobre as normais colisões entre regras que porventura poderiam traduzir os anseios da maioria e princípios jurídico-constitucionais que preservam os direitos da minoria, princípios estes que não são simplesmente direitos naturais, seja pela sua fundamentação racional ou teológica, mas, direitos fundamentais da pessoa humana, posto que positivados no texto constitucional e dotados de eficácia vinculante para os poderes da República, assim, no nosso sistema de direito positivo, em face da eficácia das cláusulas de direitos fundamentais não se afigura possível de discussão a proteção dos direitos da minoria frente a maioria, pelo menos no círculo protegido pelos direitos fundamentais. À maioria está interdito violar os direitos da minoria, posto que, protegidos até mesmo contra as maiorias super-qualificadas, requeridas quando das emendas constitucionais, uma vez que se trata de direitos da pessoa postos como cláusulas pétreas, e assim protegidas contra estas maiorias, inclusive.

Ainda discutindo o direito a independência moral e o conceito de vida adequada, nos fala Dworkin que:

“É o contrário: quando se nega a alguma pessoa a liberdade da prática sexual em virtude de uma justificativa utilitarista que se apóia nas preferências moralistas de outras pessoas, ela sofre desvantagem pelo fato de seu conceito de uma vida adequada já ser desprezado por outros. Hart diz que a ‘principal fraqueza’ de meu argumento – a característica que o torna ‘fundamentalmente errado’ – é presumir que se a liberdade de alguém é restringida, isso deve ser interpretado como uma negação de igual tratamento. Meu argumento, porém, é de que isso nem sempre ou geralmente é assim, mas apenas quando a justificativa da restrição se apóia, de alguma maneira, no fato de outros condenarem as convicções ou valores daquela pessoa. Hart diz que a interpretação da negação da liberdade como negação de igual consideração é “ainda menos crível” no caso que discuto, isto é, quando a negação é justificada por meio de um argumento utilitarista, porque, diz ele, a mensagem dessa justificação não é a de que a minoria derrotada ou suas convicções sejam inferiores, mas apenas que eles são muito poucos para contrabalançar as preferências da maioria, que só pode ser alcançadas se for negada à minoria a liberdade que ela deseja. Contudo, mais uma vez, isso ignora a distinção que quero fazer. Se a justificativa utilitarista para negar a liberdade de prática sexual aos homossexuais pode ser bem sucedida sem se levarem em conta as preferências moralistas da maioria (como poderia ser, se houvesse bons motivos para se acreditar no que, na verdade, é incrível, que a expansão da homossexualidade promove o crime violento), a mensagem da proibição seria apenas aquela que Hart aponta, que poderia ser colocada desta maneira “ É impossível que todos sejam protegidos em todos os seus interesses, e os interesses da minoria devem ceder, lamentavelmente, ao interesse da maioria para sua

³¹¹ Op.cit. 554.

segurança” Não existe, pelo menos no meu presente argumento, nenhuma negação do tratamento como igual nessa afirmação. Mas se a justificativa utilitarista não pode ter sucesso sem que se recorra às preferências moralistas sobre como a minoria deve viver, e o governo, não obstante, insiste nessa justificativa, a mensagem então é muito diferente e, na minha opinião, mais repulsiva. Consiste exatamente em que a minoria deve sofrer porque outros julgam repulsivas as vidas que ela se propõe a viver, o que não parece mais justificável, numa sociedade comprometida com tratar as pessoas com igualdade, que a proposição que examinamos anteriormente e rejeitamos como incompatível com a igualdade, de que algumas pessoas devem sofrer desvantagem pela lei porque outros não gostam delas.³¹²

9.11. Extrai-se daí que não se pode excluir direitos porque simplesmente não se gosta do modo, do estilo, do projeto de vida de uma pessoa, e como disse Dworkin, “não parece mais justificável, numa sociedade comprometida com tratar as pessoas com igualdade, (...) que algumas pessoas devem sofrer desvantagem pela lei porque outros não gostam delas.” E isso é o bastante para dizer que, sem sombra de dúvida, viola a cláusula do igual tratamento a interpretação que conduz ao resultado hermenêutico que discrimine pessoas em função de sua orientação sexual. Ainda sobre o peso das preferências de vida quando da análise do princípio da igualdade:

“Suponha que alguma versão do utilitarismo estipulasse que as preferências de algumas pessoas deveriam contar menos que as de outras no cálculo de como melhor realizar a maioria das preferências, quer porque essas pessoas fossem, em si, menos dignas, menos atraentes ou menos amadas, quer porque as preferências em questão se combinassem para formar um modo de vida desprezível. Isso nos pareceria francamente inaceitável e, de qualquer modo, muito menos atraente, que as formas padrão de utilitarismo. Em qualquer uma de suas versões padrão, o utilitarismo pode reivindicar oferecer uma concepção de como o governo trata as pessoas como iguais, ou como o governo respeita a exigência fundamental de que deve tratar as pessoas como iguais. O utilitarismo afirma que as pessoas são tratadas como iguais quando as preferências de cada uma, avaliadas apenas no que diz respeito à intensidade, são equilibradas na mesma balança, sem nenhuma distinção de pessoa ou mérito. A versão correta do utilitarismo que acaba de ser descrita, que confere menos peso a algumas pessoas que a outras ou descarta algumas preferências porque elas são ignóbeis, perde o direito a essa reivindicação. Mas se, na prática, o utilitarismo não for detido por algo como o direito a independência moral (e por outros direitos afins), ele irá descambar, para todos os propósitos práticos, exatamente nessa versão.”³¹³

³¹² Op.cit.p.547.

³¹³ Op.cit.p.537-538.

“As pessoas tem o direito de não sofrer desvantagens na distribuição de bens e oportunidades sociais, inclusive desvantagens nas liberdades que lhes são concebidas pelo Direito Criminal, apenas porque suas autoridades ou concidadãos acham que suas opiniões a respeito da maneira certa de levarem suas próprias vidas são ignóbeis ou erradas. Chamarei esse direito (putativo) de direito de independência moral.”³¹⁴

“Os direitos, como afirmei em outra parte, são mais bem compreendidos como trunfos sobre a mesma justificativa de fundo para decisões políticas que formula um objetivo para a comunidade como um todo. Se alguém tem direito a independência moral, isso significa que, por alguma razão, é errado que as autoridades atuem violando esse direito, mesmo que acreditem (corretamente) que a comunidade como um todo estaria em melhor situação se assim o fizessem.”³¹⁵

9.12 No tocante a um verdadeiro direito a diferença, a lição de Flávia Piovesan se revelasse incontestável:

“O temor á diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal – eis que o legado do nazismo pautou-se na diferença com base para as políticas de extermínio, sob o lema da prevalência e da superioridade da raça pura ariana e da eliminação dos demais.” (grifamos).

9.13. E, ademais, procura reafirmar que hoje os direitos fundamentais protegem o tratamento diferenciado :

“Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário, as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, as pessoas com deficiência, entre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.” (grifamos).

³¹⁴ Op.cit.525.

³¹⁵ Op.cit.p. 534

9.14 Estabelecida esta premissa, torna-se irrecusável a afirmação de que não se pode discriminar por orientação sexual diversa, pois, as diferenças, como nos lembra Flávia Piovesan, hoje devem reconhecidas, e não eliminadas. Hodiernamente, para dar cumprimento ao princípio da igualdade, duas condições são necessárias, uma a redistribuição e outra, que nos toca mais na temática, o direito ao reconhecimento:

“Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora.. “ O reconhecimento não pode se reduzir a distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status.

Há assim, o caráter bidimensional da justiça, redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade. Atente-se que esta feição bidimensional da justiça mantém uma relação dinâmica e dialética, ou seja, os dois termos relacionam-se e interagem mutuamente, na medida em que a discriminação implica pobreza e a pobreza implica discriminação³¹⁶.

Ainda Boaventura acrescenta “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não reduza, alimente ou reproduza as desigualdades” .

9.15. E, especificamente sobre homossexualidade como diferença que deve ser respeitada, no mesmo sentir, a lição de Maria Berenice Dias, assim vazada :

“A homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas tem de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Alias, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. Mas tanto a orientação homossexual não é doença que, na Classificação Internacional das Doenças - CID, está inserida no Capítulo Dos Sintomas Decorrentes de

³¹⁶ Idem, ibdim.

Circunstancias Psicossociais. O termo “ homossexualismo” foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo “ ismo” significa doença, enquanto o sufixo “dade” quer dizer modo de ser”.³¹⁷ (grifos do original) .

9.16. Não destoa deste entendimento Luiz Fachin sobre o outro assevera

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

9.17. Sobre as conseqüências de não se reconhecer as diferenças Maria Berenice Dias expõe:

“Nem a ausência de leis, nem a omissão do Judiciário podem levar a exclusão da tutela jurídica. Preconceitos de ordem moral não devem servir de justificativa para alijar direitos. É descabido negar proteção e subtrair direitos a quem vive fora dos padrões sociais e busca direito não previsto em norma legal expressa. Ao se atribuírem possíveis efeitos jurídicos a tais relacionamentos, irrelevante emitir juízo valorativo sobre essa contingência social. Inviável uma valoração tão-somente em critérios uniformes da opinião pública. Qualquer construção jurídica que se pretenda fazer supostamente científica não se compadece com tal subjetivismo. Na medida em que o relacionamento intimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque esta

³¹⁷ DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva,

ultima, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil.”

9.18. Ainda sobre a relação entre hermenêutica constitucional e Pluralismo, Marcelo Campos Galuppo leciona que:

Isto exige de nós, como já indicava Habermas na década de setenta, uma nova compreensão do que seja a Constituição. A Constituição não mais pode ser entendida apenas como um consenso de fundo, mas deve também ser entendida como a manifestação indireta de um dissenso, ou, caso se prefira, de um pluralismo. Neste sentido, a Constituição deve ser vista antes como a organização e conformação jurídica da possibilidade de exercício deste pluralismo que como um conjunto de regras prontas e acabadas sobre como agir.

Acrescentando que:

É exatamente por isto, não é possível encontrar no Estado Democrático de Direito uma absoluta harmonia entre todas as normas constitucionais. Se a sociedade que produz uma dada Constituição é pluralista, e se o pluralismo significa antes de mais nada a irredutibilidade de um projeto acerca do que seja a vida boa a outro, bem como a igualdade de direitos de ambos os projetos se realizarem, então também a sua Constituição deve refletir este pluralismo. Conseqüentemente, os conflitos entre os diversos projetos acerca da vida boa não raramente se manifestam como antagônicos no interior da Constituição, já no plano de sua justificação. Uma Constituição Democrática não pode expurgar de seu interior os projetos minoritários que conformam o pluralismo.”

9.19. De particular importância para o debate sobre o tema, as lições de Bobbio sobre o princípio da tolerância, que chama a atenção para a necessidade de se distinguir duas formas de preconceito e intolerância, pelas diferenças de fundamentação entre elas, aduzindo, para tanto, que se revela diferente em termos de argumento aquele que não concorda com outras orientações religiosas ou políticas, porque acredita sinceramente que detém a verdade, por outro lado, quanto a intolerância e preconceito a pessoas, por situações especiais, particularidade físicas, por orientação sexual, que textualmente aduz,

“Inicio com uma consideração sobre o próprio conceito de tolerância e sobre o diferente uso que dele se pode fazer em diferentes contextos. Essa premissa é necessária porque a tolerância cujas “razões” pretendo analisar corresponde a apenas um dos seus significados, ainda que seja o historicamente predominante. Quando se fala de tolerância

nesse seu significado histórico predominante, o que se tem em mente é o problema da convivência de crenças (primeiro religiosas, depois também políticas) diversas. Hoje, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, lingüísticas, raciais, para os que são chamados geralmente de “ diferentes”, como, por exemplo, os homossexuais, os loucos ou os deficientes. Os problemas a que se referem esses dois modos de entender, de praticar e de justificar a tolerância não são os mesmos. Uma coisa é o problema da tolerância de crenças e opiniões diversas, que implica um discurso sobre a verdade e a compatibilidade teórica ou prática de verdades até mesmo contrapostas; outra é o problema da tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais, um problema que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da conseqüente discriminação. As razões que podem aduzir (e que forma efetivamente aduzidas, nos séculos em que fervia o debate religioso) em defesa da tolerância no primeiro sentido não são as mesmas que se aduzem para defender a tolerância no segundo. Do mesmo modo, são diferentes as razões das duas formas de intolerância. A primeira deriva da convicção de possuir a verdade; a segunda deriva de um preconceito, entendido como uma opinião ou conjunto de opiniões que são acolhidas de modo acrítico passivo pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade cujos ditames são aceitos sem discussão. Decerto, também a convicção de possuir a verdade pode ser falsa e assumir a forma de um preconceito. Mas é um preconceito que se combate de modo inteiramente diverso: não se podem pôr no mesmo plano os argumentos utilizados para convencer o fiel de uma Igreja ou o seguidor de um partido a admitir a presença de outras confissões e de outros partidos, por um lado, e, por outro, os argumentos que se devem aduzir para convencer um branco a conviver pacificamente com um negro, um turinês com um sulita, a não discriminar social e legalmente um homossexual, etc.³¹⁸ _

E continua sua lição:

“A questão fundamental que foi posta sempre pelos defensores da tolerância religiosa ou política é deste teor: como são compatíveis, teórica e praticamente, duas verdades opostas? A questão que deve pôr a si mesmo o defensor da tolerância em face dos diferentes é outra: como é possível demonstrar que o mal-estar diante de uma minoria ou diante do irregular, do anormal, mas precisamente do “ diferente”, deriva de preconceitos inveterados, de formas irracionais, puramente

³¹⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 203-204.

emotivas, de julgar os homens e os eventos? A melhor prova dessa diferença está no fato de que, no segundo caso, a expressão habitual com que se designa o que deve ser combatido, mesmo nos documentos oficiais internacionais, não é a intolerância, mas a discriminação, seja esta racial, sexual, étnica, etc.

9.20. Daí a afirmação de Bobbio de que, neste último caso, para o jurista italiano, não se tratar de simples intolerância, por não ser, no fundo, uma discussão sobre a verdade, mas, de discriminação, e talvez, pelo que se pode depreender, não merecer tantas tintas uma vez esta deve ser combatida a partir de outras formas e outros argumentos, pelo seu vil, como deixado expresso “ derivado de preconceitos inveterados, de formas irracionais, puramente emotivas, de julgar homens e eventos.” Também para José Afonso da Silva a construção de uma sociedade pluralista, que respeite a pessoa humana, que possibilite o exercício da liberdade, em contraposição a uma sociedade monista, é objetivo que deve ser perseguido por quem deve respeito a Constituição, uma vez que esta opta por este modelo de sociedade:

“A Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflituosa, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis. Aí se insere o papel do poder político: “satisfazer pela edição de medidas adequadas o pluralismo social, contendo seu efeito dissolvente pela unidade de fundamento da ordem jurídica.”³¹⁹

9.21. Além disso, como vetor interpretativo, o preâmbulo do Texto Constitucional muito nos auxilia nesta tarefa hermenêutica, daí afirmar José Afonso da Silva que:

“Essa concepção, está expressamente traduzida no preâmbulo, quando eleva os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (solidária), pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social da Nação (integração social) e

³¹⁹ Op.cit. p. 143.

comprometida com a solução pacífica de todas as controvérsias, tanto na ordem interna como na internacional. Resta, no entanto, realizar na prática o tipo de sociedade aí prometida e assegurada. Resta concretizar esses valores e princípios. Essa será luta subsequente do povo brasileiro em prol da efetividade das normas constitucionais que lhe garantem essa sociedade de direitos fundamentais.

São essas as bases da democracia pluralista, ou melhor, do princípio pluralista que enriquece a democracia, que a Constituição adota.”³²⁰ (grifamos).

10. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURIDICA CONTIDA NO § 3º do art. 226 DA CONSTITUIÇÃO COMO CLÁUSULA INCLUSIVA E NÃO UMA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO

10.1 Este ponto específico do debate é levantado para enfrentar a questão dos limites do § 3º do art. 226 da CF, embora, todo o texto na verdade seja justamente para isso. Neste passo, aqui se procura fazer uma análise pormenorizada deste específico ponto, e assim, enfrentar de perto o argumento muitas vezes repetido de que “há uma vedação constitucional implícita”; além disso, voltando para o debate entre interpretativistas e não interpretativistas, desde já é preciso deixar claro o posicionamento diante deste debate, vazado na seguinte lição: “Identificar como “ objetivo” da interpretação constitucional a descoberta da prévia vontade objetiva do constituinte é o mesmo que pretender cumprir algo que em realidade não preexiste e, portanto equivocar-se desde logo o ponto de partida da problemática da interpretação constitucional.”³²¹

³²⁰ Op.cit. p.145.

³²¹ A lição completa de Hesse” Sobre as dificuldades de encontrar uma vontade do constituinte originário, além do debate já travado entre interpretativistas e não interpretativistas, cabe trazer aqui esta lição de Hesse “ O Objetivo da interpretação só em termos relativos pode consistir na descoberta de uma “ vontade”, objetiva ou subjetiva preexistente na Constituição. Deixando de lado o que é discutível nos fundamentos dessa tese (que, afinal, se apóia no dogma da vontade elaborada pela pandectística do século XIX e adotada pela sua contemporânea ciência do Direito Político que, por si só, não é suficiente para uma compreensão), desde logo tem-se encoberta a verdadeira situação. Isso porque, no pressuposto de que Constituição não possui qualquer critério inequívoco – o que equivale a dizer o mesmo em relação a todos os pressupostos de interpretação constitucional -, nem ela nem o constituinte decidiram nada, limitando-se a proporcionar uma série mais ou menos numerosa, porém, incompleta, de pontos de apoio para a sua compreensão. Onde não se quis nada de modo inequívoco, torna-se impossível descobrir a vontade

10.2. O que equivale a dizer que a doutrina que pretende que o constituinte quis dizer algo com relação às famílias homoafetivas, e assim, ser possível de forma incontroversa desvelar uma possível intenção do constituinte, “equivoca-se, desde o ponto de partida”, manejando uma implicitude incapaz de dar conta de afazeres constitucionais do presente e que podem muito bem serem reconduzidos a normas constantes na Constituição Federal.

Então, sob esta ótica de ver o problema, colacionamos a lição de alguns importantes autores e, primeiramente, por sua militância e insistência da defesa desta tese, colacionamos a lição de Maria Berenice Dias sobre o conteúdo e extensão do dispositivo constitucional em referencia:

“A Constituição, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de relações afetivas fora do casamento. Assim, emprestou especial proteção às entidades familiares formadas por um dos pais e sua prole, bem como a união estável entre homem e mulher. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Tem origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal. (grifamos).

10.3. Seu raciocínio é sustentado a partir do manejo do instrumento teórico permitido pelos princípios constitucionais Sustenta seu raciocínio com os seguintes princípios constitucionais, largamente manejados nesta manifestação.

“O princípio norteador da Constituição, que serve de norte ao sistema jurídico, é o que consagra o respeito à dignidade humana. O compromisso do Estado para como o cidadão sustenta-se no primado da igualdade e da liberdade, estampado já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mais.. ao elencar os direitos e

suposta ou fictícia, da nada servindo, para nos tirar desse aperto, quaisquer recurso semântico, do tipo “ obediência reflexiva” do intérprete”, por exemplo. Identificar como “ objetivo” da interpretação constitucional a descoberta da prévia vontade objetiva ou do constituinte é o mesmo que pretender cumprir algo que em realidade não preexiste e, portanto equivocar-se desde logo o ponto de partida da problemática da interpretação constitucional. Em razão do seu objeto, só com reservas cabe admitir-se que a interpretação seja execução, mas, desde logo, nunca subsunção. Pelo contrário, deverá partir-se do fato de que o seu “ objetivo”, realmente ainda não existe” ob.cit.p.005-106..

garantias fundamentais, proclama (CF, 5º).. todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esses valores implicam dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do Estado de Direito.

E arremata

“Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. Diante das garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.

10.4. Ademais, some-se a isso, sob a perspectiva analítica, os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva no tocante a colisão entre regras e princípios. Aqui, para os efeitos do desenho metodológico da questão equacionando a vedação implícita do § 3º do art. 226, portanto, com uma estrutura de regra, e sua colisão frontal com diversos princípios constitucionais muticitados. O próprio Virgílio Afonso da Silva é categórico em dizer que a doutrina não tem se preocupado com este tipo de colisão, para tanto aduz que:

“Se as normas jurídicas podem ser regras ou princípios e se existem conflitos entre regras e colisões entre princípios, é intuitivo que se imagine que possam também existir colisões entre uma regra e um princípio. Esse é talvez o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios. Isso porque, para uma eventual colisão nesses termos, haveria duas respostas possíveis, baseadas nas duas formas de se solucionar conflitos normativos vistas acima. Ambas, porém, são problemáticas.”³²²

Após colacionar as duas propostas de solução chega a conclusão que

³²² SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais. Conteúdo essência, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 51.

“Esse é um ponto muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um princípio não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Em regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção.”

10.5. Ora, tudo estaria perfeito e a aplicação da regra, pelo processo subsuntivo acabaria com qualquer dúvida, posto, que, estar-se-ia dando aplicabilidade a uma restrição formalmente posta e imposta pelo próprio legislador, aqui, ainda mais grave, pelo próprio constituinte originário. Contudo, como estamos a dizer, não se pode entender as coisas dessa forma pelo motivo também simples de que o resultado interpretativo que veda a união estável entre pessoas do mesmo sexo contém uma grave inconstitucionalidade, razão pelo qual não deve ser aceito, sob pena de se aceitar no sistema uma norma que esteja em desarmonia com ele mesmo, furando o princípio da unidade sistêmica do ordenamento jurídico e mais ainda do ordenamento constitucional.

10.6. Esta peculiaridade não passou despercebida por Virgílio Afonso da Silva:

“Mas, há, de fato, casos em que esse cenário pode se complicar. O primeiro deles – e o mais simples –, é a existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra. Nesse caso, compete ao juiz controlar essa constitucionalidade. Esse caso é simples, porque o resultado desse controle pode ser ou pela constitucionalidade da regra – e, nesse caso, deve ela, como toda regra, ser aplicada por subsunção –, ou pela sua inconstitucionalidade em face de outro princípio, que seria, portanto, mais importante, naquela situação descrita pela regra, que o princípio ao qual o legislador deu primazia – nesse caso, a regra é declarada inconstitucional e, portanto, a situação de colisão desaparece sem que haja qualquer modificação nos critérios propostos nos dois tópicos anteriores.”³²³

10.7. Daí que, por estas lições, deve-se fazer o teste de inconstitucionalidade do resultado interpretativo que se obtém *prima facie* do comando estatuído no § 3º do art. 226 da Constituição, sob pena de se violar direitos fundamentais, e sendo assim, afrontar gravemente a Constituição Federal. Lecionando sobre a interpretação das normas constitucionais, destacando a necessidade de “interação entre as disposições normativas e a realidade e remarcando que o objetivo da interpretação constitucional seria conduzir o interprete a um resultado racionalmente justificável e constitucionalmente correto, que, entendemos ser exatamente a interpretação que conduz a inclusão de outros grupos familiares, os

³²³ Op.cit.p. 53.

homoafetivos no conceito de união estável, por aplicação direta dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, Emerson Garcia assevera:

“A Constituição, corretamente interpretada, alcançará um “ final feliz” (happy ending), noção indicativa daquilo que a justiça ou a filosofia política requer, vale dizer, corresponderá aos valores supremos ou históricos que inspiram a ordem jurídica. A partir da atividade desenvolvida pelo intérprete, a Constituição, como o direito, pode ser justa ou injusta, conclusão que será alcançada com a realização de um juízo valorativo voltado à interação entre as disposições normativa e realidade. Em outras palavras, somente será possível concluir pela justiça ou injustiça de uma disposição constitucional ao final do processo de concretização. O objetivo da interpretação constitucional é conduzir o operador do direito à obtenção de um resultado racionalmente justificável e constitucionalmente correto.

A importância da interpretação constitucional decorre de três fatores principais: a) a indeterminação de sentido do texto, que pode ser vago ou ambíguo, absorvendo uma pluralidade de conteúdos, isto sem olvidar que as disposições constitucionais são acentuadamente conflitantes; b) a irrelevância da interação dos constituintes; e c) a evolução das concepções políticas e sociais, exigindo a contínua atualização de conteúdo normativo da Constituição³²⁴.

10.8. Nos valem das lições de Gustavo Tepedino sobre o tema família da Constituição de 1988

“A arguta observação indica a relatividade do conceito de família que, alterando-se continuamente, se renova como ponto de referencia central do individuo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Além disso, ajuda a compreender que qualquer estudo sobre o tema deve pressupor a correta interpretação do momento histórico e do sistema normativo vigente. No caso brasileiro, há de se verificar, com base nos valores constitucionais, os novos contornos do direito de família, definindo-se, a partir daí, a disciplina jurídica das entidades familiares.

Pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1º,III, da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para

³²⁴ Op.cit. 63.

cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família. De se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbraram em institutos do direito de família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa.

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel da promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.”³²⁵

10.9. Assim, uma vez afastada a idéia de que a Constituição fez uma só opção de entidade familiar, ou que, fazendo uma principal, barateou as demais, e mais, ainda, que somente deve receber este rótulo aquelas entidades que promovam a dignidade humana e sirvam de espaço para realização da personalidade de seus componentes nem seria de se indagar se isso se daria nos casais homoafetivos.

10.10. Destarte, uma vez abraçada varias espécies de família na Constituição, desde a estabelecida pelo casamento, pela união estável, a família monoparental, esta mesma Constituição colhe em seus termos mais seguros, a dignidade humana, a família homoafetiva, uma vez que ela abriga em seu seio os mesmíssimos pressupostos para a configuração de uma família cuja tutela a Constituição protege. Na lição de Emerson Garcia:

“A eficácia direta, por sua vez, faria que a Constituição fosse necessariamente valorada em toda e qualquer atividade de aplicação do direito. A premissa fundamental é a de que a Constituição, em amor ou menor medida, projeta a sua força normativa sobre todas as situações tuteladas pelo direito: omissa a legislação infraconstitucional, projetar-se-à diretamente sobre as relações jurídicas ; pretendida a legislação infraconstitucional, comandará a sua edição; presente a legislação infraconstitucional, além de reger o caso concreto, determinará a sua validade e direcionará a sua interpretação”³²⁶.

Ainda, a advertência quanto aos limites da interpretação:

³²⁵ Op. Cit. p.394.

³²⁶ Ob.cit.p. 52.

“Note-se que a referencia à “aplicação imediata” das disposições constitucionais consagradoras dos direitos fundamntias, máxime quando integrada a uma” Constituição dirigente”, não pode ensejar o surgimento de uma norma dissociada da realidade ou das potencialidades do programa normativo que se oferece ao intérprete.”

10.11. Lúcio Antônio Chamon Junior, em obra dedicada a relação entre constitucionalismo e democracia, analisando o problema, o falso problema das lacunas no direito, após fazer um sumário das principais correntes doutrinárias sobre estas, adverte que no direito moderno isto não seria possível por causa da completude do sistema em face da normatividade dos princípios constitucionais.

“Tanto a legislação quanto a jurisdição devem levar em consideração a exigência do reconhecimento, na maior medida possível, de iguais liberdades fundamentais a todos os concidadãos.”³²⁷

10.12. Isto equivale a dizer que, em linha de princípios, como já anotado anteriormente, que entre duas interpretações possíveis deve-se preferir aquela que “reconhece na maior medida possível , iguais liberdades fundamentais”

“É claro que, do ponto de vista da legislação, isso exige que todos os cidadãos sejam tratados e reconhecidos de maneira igual sob pena de inconstitucionalidade da lei. Isso significa dizer que o sentido dessa igualdade há que ser assumido em face do sistema de direitos fundamentais. Um projeto de lei jamais pode negar direitos fundamentais argumentativamente sustentáveis de quem quer que seja sob o argumento de imposição de um ethos, como imposição de uma determinada compreensão privada de vida boa sobre uma minoria, ou ainda que venha a restringir liberdades fundamentais de todos. A questão é que a justificativa da criação normativa jamais pode ser assumida como imposição de um ethos, de uma particular concepção de mundo sobre os demais. Antes, a criação normativa somente se pode dar de maneira adequada quando proveitosamente é capaz de articular soberania popular e direitos fundamentais. Decisões legislativas devem ser vislumbradas como decisões coletivamente vinculantes, o que significa dizer que em um processo legislativo são tomadas decisões que devem ser assumidas como vinculantes de maneira generalizada. Internamente à questão da legitimidade, a exigência do reconhecimento, na maior medida possível, de iguais liberdades fundamentais a todos, impõe um sentido normativo à legislação, o fato de que essas decisões coletivamente vinculante somente têm sentido, qual seja, o desenvolvimento desse sistema de

³²⁷ CHAMON JR. Lúcio Antônio. Teoria da Argumentação Jurídica. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 98.

direitos fundamentais, de maneira a reconhecer, no maior grau possível, iguais liberdades a todos.

(...)

A ilegitimidade da assunção determinativa de argumento éticos em um discurso de justificação normativa somente se dará quando essa assunção se der ao preço ou ao custo de violação e desrespeito a direitos fundamentais de qualquer concidadão, isto é, quando tal assunção encontrar como justificativa não um exercício democrático das liberdades comunicativas, mas sim a pretensão de imposição de um ethos.³²⁸

(..) isso implica dizer que caso a prática legislativa não se esforce rumo ao maior reconhecimento possível de liberdades a todos, isto é, se não atualizar constantemente a pressão moral que o Direito sofre, corre-se o risco de se fazer desmoronar a democracia e a própria forma jurídica moderna, uma vez que a questão passa a ser parasitariamente entendida em termos de imposição de um ethos, de uma concepção de vida boa sobre os demais.”³²⁹

10.13 Aqui Lúcio Antônio Chamon jr faz um paralelo entre a possibilidade de um maior reconhecimento possível de liberdades a todos e seu contraponto, a imposição de um determinado ethos, de uma determinada visão de mundo e, por conseguinte, de uma concepção do que seja uma vida boa para todos. De mais a mais, este é justamente o cerne do debate aqui travado, posto que coloca de um lado aqueles que retiram da literalidade do preceito insculpido no § 3º do art. 226 da Constituição uma possibilidade de impor sua visão de mundo e assim o que consideram como entidade familiar e, por tal, neste aspecto, de uma vida boa, regular, etc.

10.14. De outra parte, em verdadeira tensão dialética, aqueles que advogam que, uma vez estando num estado laico, plural, que pese a dignidade humana, grupo algum poderia impor sua visão de mundo sobre os demais, sob pena de ruir o contrato social em que todos devem ter lugar e voz numa sociedade democrática de direito.

“ Por isso é que a exigência do reconhecimento na maior medida possível de iguais liberdades a todos se faz aqui determinante. Uma vez que moralmente as liberdades já são reconhecidas de maneira a satisfazer de forma igual o interesse dos afetados – o que implica reconhecer que meu âmbito de ação somente pode ser restringido pela igual consideração que devo ter sobre a liberdade do outro -, no Direito

³²⁸ Op.cit.p.98.

³²⁹ Op.cit. 101.

o reconhecimento das liberdades é também, mas não só, dependente de decisões legislativas que, por sua vez, se valem, no processo de sua justificação, de argumentos não só morais, mas inclusive éticos e pragmatistas³³⁰.

Ou ainda “Por isso o Direito não se pode apartar da exigência normativa de reconhecimento, no maior grau possível, de iguais liberdades a todos.” Ou dito de outra forma:

“Uma legislação que tenha conciliatória e convencionalmente privilegiado uma determinada concepção ética e que não seja capaz de compatibilizar com uma interpretação coerente do sistema de direitos fundamentais deve ser assumida, desde a óptica de aplicação jurídico-normativa, como inconstitucional”³³¹.

10.15. Assim, a interpretação constitucional que leve ao entendimento de que uma determina concepção ética excludente de outras visões de mundo que fira o sistema de direitos fundamentais positivados na Constituição, notadamente o princípio da dignidade humana, será, também, uma interpretação inconstitucional. Somente realiza o ideal constitucional de resgate dos princípios da liberdade e da igualdade a interpretação conforme dos dispositivos legais que tratam de união estável que considere estas uniões independentemente dos sexos dos companheiros. Sobre a interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal e a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, na linha do que estamos afirmar nesta manifestação, de forma muito clara Luis Roberto Barroso assenta:

“É certo, por outro lado, que a referencia a homem e mulher 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 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.”³³²

Procura não deixar a mínima dúvida sobre o entendimento esposado ao dizer

³³⁰ Op.cit. p. 101.

³³¹ Op.cit. p. 103.

³³² Op.cit. p.128.

que:

“Insista-se, para que não haja margem à 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.”³³³

10.16. Assim, a exclusão operada pela interpretação contrária conduz ao entendimento de que a vedação constitucional da união estável entre pessoas do mesmo sexo não se coaduna com o próprio preceito insculpido no § 3º do art. 226, posto que, ao pretende retirar de uma norma de inclusão - inclusão de um determinado grupo de pessoas, aquelas que vivem em união estáveis que antes de 1988 não eram reconhecidas legalmente, e somente eram por uma parte da jurisprudência, que valorava o afeto e não as relações obrigacionais subjacentes a ela – consequências que levem na verdade a uma exclusão de um outro grupo, exclusão esta não autorizada pelo sistema constitucional, uma vez que viola diversos dispositivos constitucionais também regentes da matéria. Maria Berenice Dias, com arrimo na lição de Paulo Lôbo, igual pensamento, também é enfática ao dizer que a regra do § 3º do art. 226 é de inclusão e não uma regra de exclusão:

“Conforme Paulo Lôbo, na Constituição atual, não há qualquer referencia a determinado tipo de família, como ocorria com as constituições brasileiras anteriores. O suprimir a locução “ constituída pelo casamento”, sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “ a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “ a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos.” E conclui de modo enfático: A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referencia constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família – que dispõe de um conceito plural – a entidade familiar homoafetivas.”³³⁴

³³³ Idem, ibidem.

³³⁴ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva. O preconceito & a Justiça. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 2209.

10.17. Também não há um silêncio eloquente na regra constitucional. Silêncio este que poderia ser interpretado como impedimento implícito de qualquer reconhecimento da união estável, o que, por via de consequência levaria tão somente a jurisprudência a optar entre um caminho de desconhecimento total destes fatos³³⁵ e o caminho das sociedades de fato³³⁶, que, por estarem nos direitos das obrigações não são capazes de captarem todas as liames das relações homoafetivas, mormente porque não fundamentadas em patrimônio, mas no afeto.

10.18. Assim, a jurisprudência que se formou em torno do sentido normativo de que somente há de se entender as uniões homoafetivas como sociedades de fato desconhece outras possibilidades interpretativas, ou quando não, faz tabula rasa de princípios maiores vazados no Texto Constitucional. Segue que, das possibilidades de entendimento da aplicação do § 3º do art. 226 da CF, na linha de que é possível ou

a) a união estável ali prevista ser estendida tendo em vistas as formas de colmatção de lacunas oferecidas pela lei de introdução ao Código Civil, qual seja, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, mecanismos de integração da ordem jurídica postos a disposição do

³³⁵ REsp 820475 / RJ RECURSO ESPECIAL 2006/0034525-4PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.5. Recurso especial conhecido e provido.

³³⁶ RECURSO ESPECIAL Nº 502.995 - RN (2002/0174503-5)RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVESRECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTERECORRIDO : S R DE LADVOGADO : ELYANE FIALHO DE ALMEIDADIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA.VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele *munus*, sem questionamento por parte dos familiares.3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.4. Recurso especial não conhecido.ACÓRDÃOVistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator. Brasília, 26 de abril de 2005 (data de julgamento).

interprete para superar questões relacionadas a fatos que não encontram seu justo enquadramento a uma determinada medida legislativa ou,

b) de outra banda, por aplicação direta de normas constitucionais, na linha da força normativa da Constituição e, corolário lógico disso, da força normativa dos princípios nela insculpidos, temos certo que, embora se chegue ao mesmos resultados, todo o cimento argumentativo aqui utilizado é no sentido que esta ultima opção melhor se coaduna com o atual estado da arte da ciência do direito constitucional, pois, a um só tempo homenageia os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e conduz a fazer que suas normas tenham eficácia no mundo real, tendo elas, então, a tão sonhada “efetividade normativa”³³⁷.

11. O ENTRELAÇAMENTO DO ESTADO LAICO COM O DIREITO FUNDAMENTAL A LIBERDADE RELIGIOSA: UMA CONQUISTA DE TODA UMA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE

11.1. Uma das grandes conquistas em sede de direitos fundamentais diz respeito diretamente a liberdade religiosa. Guerras de conquistas, massacres, intolerância, estas são imagens comum antes do estabelecimento e efetividade do direito a liberdade de opção religiosa. Se não podemos dizer que hoje a liberdade religiosa se apresenta em sua plenitude, não menos verdade é que ela é considerada um dado pacífico para a grande maioria. Sabedores que a opção religiosa determina a opção por uma determinada e específica forma de ver o mundo, da qual acreditam sinceramente ser a verdade, a única verdade, excluem os outros que não participam desta visão de mundo.

11.2. Ocorre que, numa sociedade plural, onde o Estado não encampa, sob pena de cometer enormes injustiças, qualquer opção religiosa, é possível dizer que é justamente essa característica do Estado moderno, a laicidade, que, ao mesmo tempo em que afasta a religião do Estado ela garante a existência da liberdade religiosa, por conseguinte das diversas visões de mundo que ela sugere. Ocorre que, pelo grau de civilidade alcançada, não se pode impor certa visão de mundo aos outros membros da comunidade. Existem espaços legítimos para isso³³⁸.

³³⁷ “Ora bem, em parte anterior do presente trabalho sustentou-se que sequer existe lacuna normativa, de vez que os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica impunham a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas.” Op.cit. p.129-130.

³³⁸ Bobbio, escrevendo sobre a tolerância, cita esta importante lição de Locke também sobre a tolerância: “ Seria de se desejar que um dia se permitisse à verdade defender-se por si só. Muito pouca ajuda lhe conferiu o poder dos grandes, que nem sempre a conhecem e nem sempre lhe são favoráveis (...) A verdade não precisa da violência para ser ouvida pelo espírito dos homens; e não se pode ensiná-la pela boca da lei. São os erros que reinam graças à ajuda externa, tomada emprestada de outros meios. Mas a verdade, senão é captada pelo intelecto com sua luz, não poderá

11.4 A positivação da laicidade do Estado é fora de dúvidas, então, não podem quaisquer grupos se filiarem a este argumento para impedir que outro grupo social possa exercer legitimamente qualquer direito. Lembremos que a centralidade de uma única visão de mundo sobre algo tão importante como a família não só impediu o desenvolvimento psicológico das conviventes numa relação, posto que, na imagem oferecida por Hegel³³⁹, onde a dominadores e dominantes, ou seja, senhor e escravo, fatalmente os dois assumem papéis que os impedem de crescer, mas que atingiu pessoas absolutamente fora das opções feitas por outros, como os filhos, por exemplo.

11.5. Estas opções levavam a designações discriminatórias que somente foram superadas quando se aprofundou em sede legislativa a separação entre um visão religiosa e uma pública. Não obstante fora do Estado, fora da legislação portanto, o tratamento ainda ser dado de maneira diferente, não se pode mais, sob o fundamento subjacente ligado a uma opção de mundo, entabular quaisquer discriminações com relação aos filhos.

11.6. O passo ser dado, com fundamento em norma expressa do texto constitucional equivale ao importante passo dados pelo constituinte de 1988. Se o constituinte foi revolucionário ao estabelecer importante princípio como o princípio da convivência das liberdades. No tocante aos filhos, o princípio da não discriminação, na lição de Alexandre de Moraes

“Filiação: os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado³⁴⁰.

11.7. Assim, se não se pode mais admitir qualquer discriminação com relação aos filhos, por regra expressa constante da Constituição Federal, seria de se perguntar, se não estivesse assim escrito poderíamos fazer estas discriminações? Haveria justificativa plausível para que, **utilizando-se de uma específica visão de mundo** pessoas pudessem discriminar indivíduos que não tiveram opção no tocante a filiação? Este talvez seja um dos caminhos a trilha com relação à opção sexual, porque, neste específico ponto do debate, muito de perto nos interessa aqui a questão se estaríamos diante de um verdadeira opção sexual ou um certo determinismo biológico, afora o caso que em uma outra jamais autorizariam o tratamento desigual, reforça o argumento o fato de não sabermos se se trata verdadeiramente de uma opção, o que levaria fatalmente a uma discriminação não pela

triumfar com a força externa.” (grifamos). Bobbio, Norberto, op. Cit. p. 208.

³³⁹ MENELICK, op.cit.p. 153

³⁴⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 846.

liberdade de escolha do sujeito, mas, pior ainda, por uma característica pessoa que ele nem pôde ao menos escolher. Odiosa a discriminação nos dois casos, repetia-se, uma vez mais, para deixar remarcado, apenas levando a crer que num caso acentua-se a discriminação de um grupo sobre o outro.

11.8. Nesse sentido, visões de mundo que consideravam o filho nascido fora do casamento como manifestação do pecado, ainda que o façam, não podem mais utilizar este argumento posto que em sede legislativa, e mesmo constitucional, felizmente, isso se tornou impossível. Da mesma forma os mesmos argumentos são utilizados no trata da análise da sexualidade humana. Não pode um grupo impor ao outro uma visão de mundo, claro que aqui estamos a falar de um mínimo de consenso, posto que no limite dissolveríamos a sociedade. E não é isso que se esta a dizer. Sobre esta questão de visões que mundo que tratam a homossexualidade como pecado, e também como doença, é salutar citar a lição de Daniel Sarmento:

“Primeiro, o argumento do” pecado” é francamente incompatível com os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado (CF, art.5º, VI, e 19,I). O Estado laico não pode basear-se os seus atos em concepções religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, pois, do contrário, estaria desrespeitando todos aqueles que não a professam, sobretudo quando estiverem em jogo os seus próprios direitos fundamentais³⁴¹.

11.9. E este argumento é bastante reforçado pela característica fundante mesmo do Estado moderno, qual seja, a pluralidade, posto que, para que todos possam conviver na busca da paz e buscar suas felicidades, modelos, estilos de vida que não violem direitos de outros devem ser admitidos como legítimos, esta peculiaridade não escapa a pena do constitucionalista:

Em uma democracia constitucional caracterizada pelo pluralismo, o fundamento de legitimidade das normas jurídicas não pode repousar sobre concepções religiosas ou metafísicas, porque estas não são compartilhadas por todos e não podem ser heteronomamente impostas. A legitimidade da ação do Estado, sobretudo quando estiverem em jogo os princípios fundamentais da justiça da comunidade política, depende da existência de razões públicas que justifiquem que possam ser racionalmente aceitas por todos os seus destinatários independentemente das respectivas crenças religiosas ou concepções metafísicas.

³⁴¹ SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In Direito Privado e Constituição. Ensaios para uma Reconstrução Valorativa da Pessoa e do Patrimônio. Coord. Marcelo Conrado e Rosalice Fidalgo Pinheiro. Curitiba: Juruá, 2009, p. 406.

Por isso, as religiões que se opõem à legalização da união ente pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem estes laços afetivos. O Estado, contudo, não pode basear-se no discurso religioso para o exercício do seu poder temporal, sob pena de grave afronta à Constituição.

11.10 Não é toa que Canotilho, referindo-se a relação entre República e dignidade da pessoa humana acentua que na República não se pode falar em identificação desta com qualquer tese, dogma, religião ou verdade de compreensão do mundo e da vida:

“O expresso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como ‘núcleo essencial’ da República significará, assim, o contrário de ‘verdades’ ou ‘fixismos’, políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprimia esta idéia através dos princípios da não identificação e da neutralidade, pois a República só poderia conceber-se como ordem livre na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão do mundo e da vida. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente (J. Rawls)”³⁴². (grifamos).

11.11. Daí que, o argumento de que não se poderia aceitar a união estável entre pessoas do mesmo sexo em função de contrariar dogmas religiosos assentes na nossa cultura não pode prosperar, porque, sendo livre para assumir estes dogmas, a pessoa deve circunscrever esta visão de mundo aos que assim entendem, sob pena de violar a liberdade daqueles que não o fazem, uma vez que, no limite, estarmos todos contra todos. Neste ponto, a síntese de Marco Hauco, para quem:

“Em relação ao fundamento secular da legitimidade e dos princípios e valores primordiais do Estado e do Governo: trata-se de que o Estado já não se baseia em legitimidades religiosas para exercer o poder, mas sim, se fundamenta cada vez mais na soberania popular e no respeito a valores mínimos e comuns a toda a sociedade como fonte de tal legitimidade como, por exemplo, o respeito aos direitos humanos.”³⁴³

11.12. Com efeito, nenhuma tradição religiosa, por maior que seja, pode comprometer com sua visão de fundo o respeito aos direitos humanos, e principalmente, sua regra matriz, a dignidade de toda e qualquer pessoa.

“Quando aludimos à “ secularidade” dos fundamentos deontológicos, ontológicos e normativos do Estado não queremos dizer que as

³⁴² Op.cit.p.226.

³⁴³ HUACO, Marco. A Laicidade como princípio Constitucional do Estado de Direito. In Em Defesa das Liberdades Laicas. Org. Roberto Arriada Lorea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 43.

contribuições religiosas sejam excluídas, nem sejam totalmente alheias à conformação de tais fundamentos, mas sim que – com o advento do pluralismo – a definição destes já não depende única e exclusivamente de legitimidade religiosas – e menos eclesiásticas – para serem construídos, interpretados e desenvolvidos, e que se somam a todos os existentes na cultura e inclusive chegam a secularizar-se, e somente a partir deste processo é que terminam por conformar os valores públicos”.

11.13. Esta lição traduz o porque da existência do Estado laico, na verdade somente ele pode amparar todas as visões de mundo que subjazem na sociedade, posto que, o pluralismo é noção fundamental para a convivência pacífica entre as diversas culturas no seio do espaço público. O que, à evidência, como destaque por Marco Huaco, não retira, não exclui a importância das contribuições das visões de mundo veiculadas pelas diversas religiões para o advento da conformação dos valores deste mesmo Estado.

“Os valores do Estado democrático expressam-se através dos valores juridicizados nas Constituições, que são reflexo dos consensos culturais e morais de um dado momento, mas que têm vocação de perenidade. Assim, sendo, os princípios que busca o Estado, e seus valores máximos – se bem que às vezes podem coincidir, e de fato coincidem na maioria das vezes – não devem se derivar dos princípios e valores perseguidos pelos agrupamentos religiosos, ainda que uma delas seja a dominante em uma determinada sociedade. O Estado não busca a salvação das almas, mas sim, a máxima expansão das liberdades humanas em um âmbito de ordem pública protegida, ainda que às vezes o exercício de tais liberdades seja contrário aos padrões éticos das religiões. A comunidade política deve responder a uma constelação de valores próprios e plenamente secularizados. Por exemplo, entre tais valores não se encontram a proteção e o fomento da religião como objeto em si, mas sim como garantia e a promoção da liberdade dos indivíduos e dos grupos.”³⁴⁴

11.14. Ao dizer que os princípios e os valores buscados pelo Estado não devem derivar dos princípios e valores derivados pelos grupos religiosos, ainda que coincidam, e também, ainda que haja um grupo dominante na sociedade, estes valores e princípios devem ser notadamente, os plasmados no Texto Constitucional, posto que positivados se tornem obrigatórios, independentemente de regras morais e filiação a esta ou aquela agremiação religiosa. Assim, ainda que se considere se é que se pode ter tanta certeza assim, que os

³⁴⁴ Idem, ibidem.

grupos religiosos combatam a união de pessoas do mesmo sexo, configura-se tão somente uma orientação voltada a aos membros de seus agrupamentos, posto que não possa servir de orientação geral para toda a comunidade tendo em conta que a direção desta é dada pelos valores e princípios insculpidos na Carta Política.

11.15 Daí a importância o trecho final do grande livro de Bobbio “ A Era dos Direitos” cuja lição bem representa o que procuramos dizer, o entrelaçamento entre o Estado Laico e as liberdades de outro :

“Onde a história destes últimos séculos não parece ambígua é quando mostra a interdependência entre a teoria e a prática da tolerância, por um lado, e o espírito laico, por outro, entendido este como a formação daquela mentalidade que confia a sorte do regnum hominis mais às razões que une todos os homens do que aos impulsos da fé. Esse espírito deu origem, por um lado, aos Estados não confessionais, ou neutros em matéria política; e, por outro, à chamada sociedade aberta, na qual a superação dos contrates de fé, de crenças, de doutrinas, de opiniões, deve-se ao imérito da áurea regra segundo a qual minha liberdade se estende até o ponto em que não invada a liberdade dos outros, ou, para usar as palavras de Kant, “ a liberdade do arbitrio de um pode subsistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal” (que é a razão)”³⁴⁵.

12. A SIMILITUDE ENTRE A EVOLUÇÃO JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMEM E MULHER E O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL.

12.1. Aqui, por todos que fazem esta história da união estável, as lições de Silvio Rodrigues são esclarecedoras. Não só por assumir uma doutrina que, se não era totalmente majoritária, espelhava a desconfiança nos dizeres da Constituição e, por conseguinte não levava a todas as consequências a normatividade das disposições constitucionais. Daí que, a evolução do tema, teve muito percalços, não de conquistas legislativas, mas, problemas em torno da sua aplicação aos fatos sociais subsumidos as normas.

12.2. Assim, não revela um debate fora de lugar à pretensão das pessoas homossexuais de pretenderem a extensão dos mesmos direitos dos conviventes

³⁴⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, op.cit.p. 216.

heterossexuais, e assim, exercitarem direitos que hoje lhes são vedados por certa interpretação das normas constitucionalmente aplicáveis a matéria. É certo, então, que, este passo da uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo apenas aprofunda o âmbito do princípio da liberdade no direito de família, haja visto que consagra mais um leque de opções que, num momento relativamente próximo, década de 70, só era aberto uma via para que os indivíduos pudesse ter a proteção do Estado e da sociedade. Na verdade, caminha-se, dá-se um passo que precisa ser dado. O tempo não pára.

12.3. Nesta senda da historicidade deste peculiar setor do direito de família, a lição do mestre de que no início parte da jurisprudência considerava que, mesmo constitucionalizado o direito a união estável somente as varas civis deveriam julgar os litígios dela decorrentes.

“Entretanto, o advento da Constituição provocou alguma agitação na doutrina e na jurisprudência; e algumas de suas manifestações precisam ser referidas.

O primeiro problema que se apresentou foi o da competência das Varas de Família para o julgamento das questões derivadas da extinção do concubinato.

A jurisprudência, através da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal (v. supra, n.5115-c), considerava que o fundamento da pretensão dos concumbinos que se separavam era baseado na existência de uma sociedade de fato estabelecida entre eles e cuja dissolução permitida a divisão do patrimônio auferido por esforço comum.

Ora, sendo a questão a ser dirimida, no conflito então estabelecido, matéria de sociedade de fato e não de direito de família, competência jurisdição específica circunscrita do julgamento do estado, capacidade das pessoas, anulação de casamento, separações, divórcio etc. Não foram poucos, entretanto, os debates suscitados e os conflitos de competência que se apresentaram a respeito. YUSSEF SAID CAHALI, em aplaudido trabalho (Do Direito de Alimentos de Concubina, in Direito de Família, coordenado por Tereza Arruda Alvim Pinto, Saraiva, 1993), analisa o problema e informa que a Justiça do Rio Grande do Sul chegou mesmo a consolidar súmula a respeito nestes termos:

‘E de Vara de Família, onde houver, a competência para as ações oriundas de união estável’,

Essa orientação, entretanto, não progrediu, e nos principais tribunais do Brasil, se não em todos, prevaleceu a linha anterior. Acho que o assunto

hoje se encontra superado.³⁴⁶”

E continua seu raciocínio, no tocante a sucessão entre os companheiros:

“Essa tentativa de equiparação da união estável ao casamento, com base na regra constitucional que reconhecia naquele a condição de entidade familiar, provocou alguns pronunciamentos merecedores de registro, pela amplidão que tentaram dar ao texto.

Vi mais de um julgado em que se pleiteou incluir o concubino na sucessão do seu companheiro, deferindo-lhe a herança em detrimento de irmãos do defunto, tomando aquela o lugar do cônjuge sobrevivente, na ordem de sucessão hereditária. Não encontrei entre os julgados, que tive em mãos, nenhum que acolhesse tal tese; entretanto, em um deles, impressionou-se o voto vencido de ilustre desembargador do Tribunal do Rio de Janeiro (AC 1.208;90), que é veemente ao afirmar:

“É o caso dos tipifica, sem qualquer sombra de dúvidas, a situação que a Constituição quis salvar, alçando o seu trato no plano da entidade familiar, e não mais no da sociedade concubinária ou de fato.

A apelante e o finado Lupércio mantiveram a vida em comum, caracterizando uma nítida união estável, por mais de trinta anos. Todos os bens, e isto reconheceu a Corte, foram adquiridos durante a convivência, pelo que, desde logo, a douta maioria acolheu sua meação.

Ora, em casos que tais, entendo que os direitos da mulher, membro da entidade familiar, equiparam-se para os efeitos da sucessão hereditária, solteiro o de cujus, sem herdeiros necessários, aos do cônjuge sobrevivente, com previsto no inciso III do art. 1603 do Código Civil.”³⁴⁷

12.4. Veja-se, assim, o tempo desta união estável, trinta anos. E voto, como disse Silvio Rodrigues, foi vencido, não obstante retirar toda carga de fundamentação diretamente das disposições expressas da Constituição. Não obstante isso, o apego legalista, impediu de tornar-se voto vencedor, hoje consolidadíssimo em doutrina, jurisprudência e legislação. Outra análise, a possibilidade usufruto de bens:

Já vi, igualmente, o Tribunal de São Paulo negar pretensão da concubina de haver para si o usufruto concedido ao cônjuge viúvo, pelo art. 1.611, §1º, do Código Civil, alegando que a Constituição igualava casamento à união estável (Agl 194.370 - 1;3,AASP, n. 1785).

³⁴⁶ Op.cit. p. 261.

³⁴⁷ Op. Cit.p.262.

E, por final, nesta historicidade da saga dos direitos dos companheiros:

“Questão que levantou algumas controvérsias na doutrina é a dos eventuais alimentos devidos à companheira quando se rompe o concubinato. Naquele artigo acima citado, meu ilustre colega YUSEF SAID CAHALI cuida, com a habitual proficiência, desse sério problema do eventual direito da concubina a alimentos. Depois de apontar a posição doutrinária daqueles que acolhiam tal tese e de referir a alguns julgados que admitiam a possibilidade de a companheira pleitear alimentos de seu antigo concubino, ele conclui, com uma argumentação irretorquível, que no estado atual de nosso direito tais alimentos não são devidos.

Compartilho inteiramente de tal opinião. Sim, porque a obrigação de prestar alimentos é daqueles que derivam da lei (v. Do Direito de Alimentos de Concubina, In Direito de Família, cit., v.2, n.4), e, sem lei expressa que a admita não se pode impor a alguém obrigação de tal natureza³⁴⁸.

12.5. Ora, mais uma vez se tem o conflito entre o estabelecido no texto constitucional e a lei ordinária da época. É bom que se esclareça que o civilista esta a falar de união estável, não obstante utilizar-se para isso o vocábulo concubinato, o que poderia gerar confusão, visto que, parece tranquilo na doutrina e na jurisprudência, a Constituição de 1988 bem extremou o conteúdo destas expressões. Assim, o direito a alimentos, que em alguns casos seria direito de vida ou morte, foi negado com fundamento que não havia lei para tanto, com o aplauso da doutrina, isso porque, a todas as luzes, e por todas as evidencias, estava proclamado a proteção do Estado a união estável no § 3º do art. 226.

12.6. É esta visão que impede de ver que, não só a sociedade, posto existirem uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, mas, a própria Constituição tutela estas, posto que incidem diretamente direitos fundamentais no corpo social, posto que, se ficasse ao dispor do legislador não teríamos uma eficácia da Constituição, que ficaria a depender de lei, onde a lei seria maior do que a Constituição, doutrina há muito superada, nas lições de Canotilho forte em Kriele com visto no início. À frente, o arrematando a lição, Silvio Rodrigues aduz:

“Impossível, contudo, ignorar a existência de várias decisões admitindo a pretensão da concubina de receber alimentos de seu companheiro (AC 590.069.368 Porto Alegre, AASP, n. 1.708). Aliás, CAHALI, no citado trabalho, menciona mais de uma decisão em tal sentido.

Por outro lado, a idéia de se conceber alimentos à companheira, acolhida excepcionalmente em algumas legislações (cf. JOSÉ ROBERTO PACHECO DI FRANCESCO, Da Obrigação Alimentar entre Parentes, tese,

³⁴⁸ Op.cit.263.

São Paulo, 1984, n.51), talvez represente uma tendência a se firmar no futuro.

Com efeito, não me surpreenderia se o legislador viesse a admitir expressamente ou a jurisprudência a se pronunciar torrencialmente em tal sentido, pelo menos em algumas hipóteses em que o rompimento de união estável se apresentasse como gritantemente injusta, deixando a companheira ao desamparo. ”³⁴⁹

12.7. Esta possibilidade de injustiça gritante é o que se revela também nas uniões desfeitas entre pessoas do mesmo sexo. Assim, colhe-se a evolução do tema, que, não obstante o preceito constitucional para o caso das pessoas heterossexuais, a jurisprudência não retirou o que poderia do § 3º do art. 226 da Constituição, preferindo, num primeiro momento, voltar-se para o passado, num velho problema de hermenêutica, interpretar o novo com os olhos no velho. E isso, que não se pode fazer em sede de união estável entre pessoas de sexo iguais. Gustavo Tepedino faz um histórico da evolução do tratamento legislativa e jurisprudencial sobre o tema:

“A evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa do tratamento jurídico das entidades familiares extramatrimonias no Brasil, embora conturbada e nada linear, pode ser mais bem entendida considerando-se três distintas fases: a) A primeira tem iniciado com a rejeição pura e simples do concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 com relação adulterina, culminado com a sua assimilação pela jurisprudência no âmbito do direito obrigacional, produzindo efeitos que impedissem o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. b) Em seguida, delineia-se nitidamente a relevância atribuída pelo legislador especial ao concubinato (desde que não adulterino), não mais como mera relação de direito obrigacional mas como vida lícita em comum, sendo-lhe atribuídos efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc. Pode-se considerar esta fase como o ingresso do concubinato no direito de família. C) A terceira fase, finalmente, compreende a tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio, admitindo o art. 226, § 3º formas familiares não fundadas no casamento.

Esta caminho parece ser igualmente o trilhado pela união de pessoas do mesmo sexo. Sim, porque, se no início tanto doutrina e jurisprudência se negavam a reconhecer efeitos jurídicos, e ao depois, sem poderem ignorar-las, passaram a reconhecer como sociedade de fato, e num passo que não poderia deixar de ser dado, tendo em vistas, no campo jurídico, as conquistas com relação a força normativa da Constituição e

³⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 21ª ed. São Paulo: Saraiva 1995, p. 260.

com isso a juridicidade plena dos princípios constitucionais³⁵⁰.

Ou, de outra forma:

“Estabelecida a proteção patrimonial dos concubinos, nova etapa se consolidou na sua evolução do direito brasileiro. O ingresso do concubinato no direito de família caracterizou, com efeito, uma nova e importante fase, na qual o legislador especial e, paulatinamente, a jurisprudência passaram a considerá-lo não só do ponto de vistas das relações obrigacionais interpostas, tendo-se, ao contrário, em conta as relações de afeto e de solidariedade levadas a cabo pelos companheiros. Uma série de direitos foi gradualmente concedida à concubina por força de longo vida em comum, parecendo oportuno passar em resenha os principais direitos então consagrados, sob pena de se perder de vista, como comumente parece ocorrer na manualística, esta significativa alteração na política legislativa, fundamental para que se perceba a fase seguinte, da absorção constitucional dos valores sedimentados na sociedade desde os anos 70.”

12.8. Na linha de que o Esta conclusão é compartilhada igualmente por Daniel Sarmiento:

“Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, a contrario sensu, o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina à inclusão, como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais.”³⁵¹

³⁵⁰ “ Entendia-se que “ estender os braços protetores aos concumbinos terminará, sem dúvida, por prejudicar e comprometer a estabilidade e a dignidade da família legítima” e além disso “ Tamanha hostilidade, contudo, num país onde mais da metade da população vivia e vive sob regime de união livre, não se justificava, senão por preconceito religioso, sendo certo que o desfavor legislativo era dirigido exclusivamente ao conbumbinato contemporâneo à relação matrimonial, não se estendendo às uniões formadas por parceiros sem impedimento legal para o casamento.” Ob.cit.p. 398.

³⁵¹ SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In Direito Privado e Constituição. Ensaios para uma Reconstrução Valorativa da Pessoa e do Patrimônio. Coord. Marcelo

12.9. Fazemos nossas as palavras de Wilson Júlio Zanluqui quando aduz a evolução da união estável:

“Libertos de preconceitos ultrapassados precisamos visualizar aquilo que não a lei, mas a realidade nos impõe.

Pensamentos antiquados, data vênua, não auxiliam na inclusão, delineamento e garantia de situações jurídicas vividas por milhões de brasileiros que desfrutam de uma família constituída por meios pouco ortodoxos.

A sociedade mudou. Talvez para pior, mas mudou. O manejador do direito precisa trazer a realidade social para dentro da legislação. Se o legislador não reconhece os apupos das ruas para a indiferença e a segregação normativa, deve o operador do direito atualizar a legislação ao seu tempo.

Convicções como a do saudoso professor Washington não cabem mais aos novos tempos: “De concessão em concessão, chegar-se-á ao aniquilamento da família legítima; nada mais a separará da ilegítima. De lembrar-se aqui a prudente advertência de Plínio Barreto: há uma luta contínua entre as duas instituições, a legal e a ilegal, ensaiando esta (o concubinato) os mais variados meios de ação para reduzir o domínio daquela (o matrimônio). Ora, quanto mais o concubinato puxa a coberta para si, mais desnudado fica o matrimônio. “

São posições respeitáveis, contudo, ultrapassadas e diríamos atropeladas pela evolução social. Não se está buscando garantir a sobrevivência da união estável e o decreto de morte do casamento. O instituto do casamento ainda congrega a segurança e a estabilidade aos consortes e aos frutos decorrentes; como também a burocracia, a ineficiência do Estado.

Fechar os olhos para a situação atual da sociedade brasileira é proporcionar injustiças em nome do casamento e de uma pseudo garantia da família, como já se fez, em triste memória, com os filhos tidos como ilegítimos.

Não se busca a conversão dos relacionamentos de companheiros, até porque os próprios conviventes assim não desejam, entretanto a igualdade de tratamento no campo sucessório é medida de justiça, com

razões de ordem moral. Como reforço de convicção, contém mencionar que daquela união livre existente – sem qualquer previsão de requisito e consequências jurídicas – nasceu a união estável de hoje, que em muito se aproxima do casamento. Os deveres previstos no art. 1724, imposto aos companheiros, não diferem daqueles previstos no art. 1566, descritos aos cônjuges.

Inconcebível que uma simples certidão possa diferenciar uma família em primeira ou segunda categoria. Não foi assim que vislumbrou o constituinte de 1988”³⁵².

13. AS NORMAS ADMINISTRATIVAS QUE JÁ RECONHECEM A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO SEXO COMO UNIÃO ESTÁVEL. A NOVA ORIENTAÇÃO LEGAL RECONHECENDO A NOVA CONFIGURAÇÃO INDEPENDENTE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL.

13.1. Uma série de direitos foram gradualmente sendo admitidos, como por exemplo a Resolução nº 5 de 2009, do Conselho de Educação Dispõe sobre a inclusão do nome social de travestis e transexuais nos registros escolares³⁵³, Portaria 1.707/2008 do Ministério da Saúde, de 18 de agosto de 2008 Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão³⁵⁴; Resolução Normativa nº 77/2008 do Conselho

³⁵² ZANLUQUI, Wilson Júlio. O direito da sucessão entre cônjuge e companheiros no código civil de 2002. In. O Código Civil e sua Interdisciplinaridade. Os Reflexos do Código Civil Nos Demais Ramos do Direito. Coord. José Geraldo Brito Filomeno, Luis Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 434.

³⁵³ Art. 1º - Determinar que as escolas do sistema educativo de Goiás que, em respeito a cidadania, aos direitos humanos, a diversidade, ao pluralismo, a dignidade humana, incluam a nome social de travestis e transexuais, nos registros escolares para garantir o acesso, a permanência e o êxito desses cidadãos no processo de escolarização e de aprendizagem. § 1º - Entende-se por nome social a forma pela qual travestis e transexuais se reconhecem, são identificados, são reconhecidos e são denominados por sua comunidade e em sua inserção social. § 2º - O(a) aluno(a) travesti ou transexual deve manifestar, por escrito, seu interesse da inclusão do nome social no ato de sua matrícula ao longo do ano letivo. § 3º - O nome civil deve acompanhar a nome social em todos os registros e documentos escolares, excluindo a nome social do histórico escolar e do diploma. Art. 2º - Determinar que todas as mantenedoras assegurem para as unidades escolares acompanhamento especializado as travestis e transexuais na sua trajetória escolar, viabilizando as condições necessárias a sua permanência e êxito desta população na escola. Art. 3º - Orientar a todas as unidades escolares que mantenham programa em suas atividades educativas de combate a homofobia, com vistas ao fiel cumprimento do disposto nesta Resolução e ao respeito a dignidade humana e a diversidade social.

³⁵⁴ Portaria 1.707/2008 do Ministério da Saúde, de 18 de agosto de 2008 Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das suas atribuições, que lhe confere os incisos I e II do parágrafo único do artigo 87 da Constituição e, Considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade; CONSIDERANDO que a Carta dos

Nacional de Imigração, de 29 de janeiro de 2008 Dispõe sobre critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo³⁵⁵, Resolução nº 39/2007 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de agosto de 2007 Dispõe sobre o instituto da dependência econômica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça³⁵⁶. Ou mesmo “ A partir de tais distinções, passaram doutrina e jurisprudência, despidendo-se pouco a pouco de preconceitos do passado, a procurar dar solução às situações de fato que, unindo pessoas em vida comum, honrada e estável, careciam de disciplina jurídica.”³⁵⁷

Direitos dos Usuários da Saúde, instituída pela Portaria nº 675/GM, de 31 de março de 2006, menciona, explicitamente, o direito ao atendimento humanizado e livre de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero a todos os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS); CONSIDERANDO que o transexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadequação por referência a seu próprio sexo anatómico, situações estas que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde preconizada e a ser prestada pelo SUS; Considerando a Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia do transgenitalismo; Considerando a necessidade de regulamentação dos procedimentos de transgenitalização no SUS; CONSIDERANDO a necessidade de se estabelecerem as bases para as indicações, organização da rede assistencial, regulação do acesso, controle, avaliação e auditoria do processo transexualizador no SUS, e Considerando a pactuação ocorrida na Reunião da Comissão Intergestores Tripartite - CIT do dia 31 de julho de 2008, resolve: Art. 1º - Instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador a ser empreendido em serviços de referência devidamente habilitados à atenção integral à saúde aos indivíduos que dele necessitem, observadas as condições estabelecidas na Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, expedida pelo Conselho Federal de Medicina. Art. 2º - Estabelecer que sejam organizadas e implantadas, de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, as ações para o Processo Transexualizador no âmbito do SUS, permitindo: I - a integralidade da atenção, não restringindo nem centralizando a meta terapêutica no procedimento cirúrgico de transgenitalização e de demais intervenções somáticas aparentes ou inaparentes; II - a humanização da atenção, promovendo um atendimento livre de discriminação, inclusive pela sensibilização dos trabalhadores e dos demais usuários do estabelecimento de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana; III - a fomentação, a coordenação e a execução de projetos estratégicos que visem ao estudo de eficácia, efetividade, custo/benefício e qualidade do processo transexualizador; e IV - a capacitação, a manutenção e a educação permanente das equipes de saúde em todo o âmbito da atenção, enfocando a promoção da saúde, da primária à quaternária, e interessando os pólos de educação permanente em saúde. Art. 3º - Determinar à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde - SAS/MS que, isoladamente ou em conjunto com outras áreas e agências vinculadas ao Ministério da Saúde, adote as providências necessárias à plena estruturação e implantação do Processo Transexualizador no SUS, definindo os critérios mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços. Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. DOU 19.08.2008

³⁵⁵ O CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO, instituído pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 e organizado pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto nº 840, de 22 de junho de 1993, resolve: Art. 1º - As solicitações de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência para companheiro ou companheira, **em união estável, sem distinção de sexo**, deverão ser examinadas ao amparo da Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998, relativa às situações especiais ou casos omissos, e da Resolução Normativa nº 36, de 28 de setembro de 1999, sobre reunião familiar.

³⁵⁶ Resolução nº 39/2007 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de agosto de 2007 Dispõe sobre o instituto da dependência econômica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais, e considerando o disposto no artigo 185, TI, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, R E S O L V E : Art. 1º - O reconhecimento de dependente econômico de servidor, para fins de concessão de benefícios no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, obedece ao disposto nesta Resolução. Art. 2º - Podem ser reconhecidos como dependentes econômicos de servidor: I - cônjuge ou companheiro(a); II - filhos, enteados e menores tutelados ou sob guarda judicial; III - pai e mãe, genitores ou adotantes, bem como padrasto e madrasta, comprovadamente não dependentes entre si; IV - portadores de necessidades especiais; V - companheiro de união homoafetiva.

³⁵⁷ Op.cit.p.397.

14. A LEI MARIA DA PENHA E SUA INFLUENCIA NAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS

14.1. A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha trouxe uma série de inovações para o mundo jurídico. No que nos toca de perto, duas realidades destacadas pela doutrina, que assevera que a lei trouxe um novel conceito de entidade familiar, além de positivar que não se pode fazer o discrimine em sede familiar com fundamento na orientação sexual da pessoa. Esta tese é sufragada por Maria Berenice Dias na primeira, para ela:

“A lei nunca preocupou-se em definir a família – limitava-se a identificá-la com o casamento. Esta omissão excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva que leva à comunhão de vidas e embaralhamento de patrimônios. O resultado sempre foi desastroso, pois levou a Justiça a condenar à invisibilidade e negar direitos a quem vivia aos pares, mas sem chancela estatal. Agora –e, pela vez primeira – a lei define a família atendendo seu perfil contemporâneo. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família (LMP 5º 5,III) qualquer relação de afeto. Com isso, não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito. E não se diga que este conceito serve tão-só para flagrar a violência. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência.

O Novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso a sua proteção pelo Estado.”³⁵⁸

14.2. Segue estas mesmas pegadas Paulo Roberto Iotti:

“Por outro lado, reitera-se que a Lei Maria da Penha reconheceu o status jurídico-familiar das uniões homoafetivas em seus arts. 2º e 5º, parágrafo único. Com efeito, a partir do momento em que se concebe a formação de uma família como direito fundamental inerente à pessoa humana, tem-se que o art. 2º da Lei Maria da Penha reconheceu expressamente que as pessoas homossexuais têm o direito de formarem

³⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª ed. São Paulo: RT. 2009, p. 43 e 44.

famílias homoafetivas e, conseqüentemente, de terem suas famílias homoafetivas reconhecidas e protegidas pelo Direito de Família. Ademais, quando o parágrafo único do art. 5º da referida lei enunciou que as relações pessoais dispostas no mesmo independem de orientação sexual, reconheceu expressamente o status jurídico-familiar das uniões homoafetivas, alçando-as expressamente à condições de entidades familiares, embora não tenha regulado seus efeitos na esfera civil.”³⁵⁹

15. UMA PARTICULARIDADE DO DEBATE: O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DE CUSTEIO. A VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

15.1. Destaca-se da discussão sobre a possibilidade de se entender como união estável, ou como instituição singular protegida pela Constituição, o ponto referente ao caráter contributivo do sistema de previdência social. Posto ser um sistema em que o segurado recolhe as contribuições a autarquia que gere o sistema, a interpretação no sentido do impedimento do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo poderia, em grande medida, render ensejo a um enriquecimento sem causa, ou da autarquia previdenciária, quando não houvesse um outro beneficiário para quem se pudesse pagar o benefício previdenciário, ou, quando houvesse este outro beneficiário, haveria dificuldade quanto a este, com relação a princípios de justiça e solidariedade, tendo em conta que poderia deixar ao desamparo alguém que conviveu anos a fio com o segurado e possivelmente teria o direito de ser o beneficiário do seguro social.

15.2. É justamente este raciocínio que transparece cristalino do seguinte enxerto do voto do Min. Marco Aurélio quando do seu voto na Pet. 1984/RS:

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal).

Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante

³⁵⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 270.

a opção sexual.

Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201³⁶⁰. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do

envolvimento, na hipótese, da União. Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor.”

15.3 Assim, tem-se que, também sob o ângulo de custeio da previdência social, e daí a questão do impedimento ao enriquecimento ilícito, da mesma forma se mostra coerente, jurídico e, portanto, razoável, o entendimento que converge para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar protegida pelo Direito tanto como a união estável entre homem e mulher.

16. OS DIVERSOS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O TEMA. POSICIONAMENTOS a) TOTALMENTE CONTRÁRIOS, b) OS CONTRÁRIOS, MAS NEM TANTO, c) OS QUE ADMITEM QUE SE POSSA RECONHECER A EXISTÊNCIA DE OUTRA ENTIDADE FAMILIAR COM FUNDAMENTO NA CONSTITUIÇÃO E d) OS QUE ADMITEM A ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO.

³⁶⁰ V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

16.1.1. Neste ponto da análise colacionamos os diversos posicionamentos estampados na doutrina que abordam a questão da união estável. Assim, são colacionados enxertos da doutrina eminentemente civilista, cuja ótica de análise se prende-se ao estudo da regulação dada pelo Código Civil, passando pelas doutrinas constitucionalistas, tendo em conta a análise deste setor da doutrina sobre as possibilidades interpretativas dos dispositivos constitucionais referentes a matéria e também um setor da doutrina conhecido por ler as normas de direito civil à luz dos preceitos constitucionais, os civilistas-constitucionalistas.

16.1.2. Com efeito, procuramos fazer um apanhado das diversas posições doutrinárias encampadas pelos autores que se debruçaram sobre o assunto, fazendo um passeio por alguns autores nacionais que escreveram sobre o tema, ou, mesmo os que não escreveram diretamente, mas trataram pelo menos da temática da união estável. As posições doutrinárias se dividiam em dois grandes grupos, dentro destes são encontradas posicionamentos específicos. Assim, no primeiro grupo estão aqueles que inadmitem a união estável entre pessoas do mesmo sexo. E, para os efeitos aqui requeridos, subdividimos em três espécies, a) os que passam ao largo do tema, talvez nem chegando a verificar a necessidade de argumentar ou contra argumentar sobre a questão; b) os que inadmitem que se possa considerar que a convivência de duas pessoas do mesmo sexo possa se converter em união estável ou figura jurídica similar, fortes na literalidade do texto constitucional, e, ao depois; c) os que consideram que não se pode admitir a proteção de uniões homoafetivas, mas se incomodam com este resultado interpretativo por perceberem e admitirem expressamente que este resultado acaba violando princípios fundamentais como da igualdade e da liberdade.

16.1.3 E aqui um esclarecimento preliminar. Colocamos a doutrina dos que não discutem a união estável entre pessoas do mesmo sexo em tópico diverso, mas, talvez, esta doutrina poderia ser melhor acomodada e os que são contrários, posto que, nos parece que esta já seja de certa forma uma posição doutrinária, tendo em vista que, como estabelecemos no início, é sem sombra de dúvidas a existência destas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Na verdade esta doutrina parece não enxergar uma realidade, por isso, talvez, não enfrenta a questão ou, pelo fato de ter a compreensão de que tais uniões estão totalmente fora do mundo jurídico, e conseqüentemente lógico, entenderem que não constituem tal união, fato social juridicizado por qualquer norma jurídica, resolvem não abordá-la doutrinariamente.

16.1.4. Dito isso, então, seguem as posições doutrinárias: a) passam ao largo do problema b) que defende a impossibilidade de haver união estável entre pessoas do mesmo sexo, em face da literalidade do §3º do art. 226; c) a terceira corrente é a que afirma prima facie esta impossibilidade, mas, se incomoda com este resultado interpretativo, assumindo assim um viés de que poderia mudar de opinião, embora não o fazendo de forma direta, diz que o resultado interpretativo viola outros direitos fundamentais; d) os que não concordam que a Constituição regula diretamente a matéria, mas advogam a tese de que o legislador poderia fazê-lo sem óbices constitucionais; e) a corrente que advoga que o resultado interpretativo das normas que incidem sobre a questão somente pode ser o de que é possível extrair diretamente do texto constitucional a norma extensiva que possibilita a aplicação direta das leis que tratam da união estável às uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo; f) Outra corrente que advoga a tese de que a proteção às uniões entre pessoas do mesmo sexo

se dá em razão da proteção constitucional ao núcleo familiar, e não por similitude com a união estável. Assim, um breve apanhado da doutrina

16. 2. OS QUE PASSAM AO LARGO DO PROBLEMA

16.2.1. Existe todo um setor da doutrina, tanto constitucionalista quanto dos que se debruçam especificamente sobre o Código Civil que não tomam conhecimento da problemática da homoafetividade. Este quadro é sintomático, pois revela o que a doutrina especializada denomina de “síndrome da invisibilidade”, pois, mesmo estando o debate nas ruas e nos tribunais, opta-se, de forma consciente ou não, por não enfrentar diretamente o assunto, ou, ao enfrenta-lo a partir tão somente da literalidade do dispositivo legal, tem-se que, *a contrario sensu*, estariam vedadas as condutas que caibam dentro do espectro ali delineado. Exemplo disso é a lição de César Fiúza, em obra já de 2004, nos comentários que faz a união estável deixa assente que:

“União Estável é a convivência pública, contínua e duradoura sob o mesmo teto ou não, entre homem e mulher não ligados entre si pelo casamento, com a intenção de constituir família. O entendimento mais moderno é que seja dispensável o *mos uxorius*, ou seja, a convivência idêntica ao casamento. Bastam a publicidade, a continuidade e a constância das relações, para além de simples namoro ou noivado.”³⁶¹

1.6.2. Com efeito, reafirma o disposto no § 3º do art. 226, minudenciado pelas disposições do Código Civil de 2002, prossequindo sua lição, aduzindo além disso que:

“Aliás, este é o entendimento consagrado na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal:” A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Pode haver, portanto, união estável sem que haja coabitação e vida idêntica à do casamento, embora deva estar presente a intenção de constituir família. Esta intenção traduz-se na vontade de viver juntos, compartilhando o dia a dia, criando uma cumplicidade, uma comunhão de vida, amparando-se e respeitando-se reciprocamente. Na vida prática, é difícil, porém, caracterizar a união estável sem o *mos usorus*, exatamente dada esta intenção de constituir família, exigida pelo Código Civil”³⁶².

16.2.3. No grifo está algo que bem contribui para outro entendimento da questão posta. Se se afirmarmos a tese da liberdade de opção sexual da pessoa, e assim, que é

³⁶¹ Fiúza, César. Direito Civil. Curso Completo. 8º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 921

³⁶² Idem, ibidem.

peremptoriamente vedado ao Estado, seja este o Poder Judiciário, seja o Poder Executivo, seja o Poder Legislativo, posto ser este direito personalíssimo, inafastável da configuração do seu ser. A lição do prof. Fiúza muito contribui para este entendimento. Sim, porque havendo intenção de viver juntos, uma comunhão de vida, amparando-se reciprocamente não há uma só razão pública para que não sejam estas também protegidas pelo Estado, tal qual as relações travadas por pessoas com orientação heterossexual. Dizer o contrário é dizer que se constitucionalizou uma discriminação fundada em motivos não públicos, por diversas questões que podem muito bem servir de divisor de águas para grupos específicos contidos no âmbito da sociedade, mas, não pode se utilizado como argumento pelo Estado para diferenciar aqueles que têm determinado direito de estabelecer relacionamentos sob a proteção legal e os que não têm. Mas, infelizmente, como se viu, o autor não trata da questão da união entre pessoas do mesmo sexo neste seu Texto, fazendo-nos crer que enquadra estas na impossibilidade por falta do requisito da “diversidade” de sexos, objeto do § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

16.2.4. Também é assim em outros autores. Em texto antigo, mas posterior a Constituição de 1988, Silvio Rodrigues denunciava a “máscara hipócrita” que a Constituição retirou ao consagrar o direito das pessoas que, querendo viver juntas, não davam o passo até o casamento formal.

“A primeira asserção categórica que precisa ser feita é a de que a união estável não é matrimônio, pois é o próprio texto que o proclama, ao dizer que a lei facilitará a sua conversão em casamento.

A união estável é o nome que o constituinte deu ao concubinato e não vejo diferença de conteúdo entre as duas expressões.

O fato importante que ressalta do texto constitucional é o reconhecimento de que a ligação, mais ou menos duradoura, entre pessoas de sexo diverso, com o propósito de fazerem vida em comum, adquiriu o status de entidade familiar. Ou seja, o legislador de 1988 tirou a máscara hipócrita de seu colega de 1916, a quem a família ilegítima envergonhada, para proclamar não só a existência da família, nascida fora do casamento, sua condição de entidade familiar, como também para dizer que ela se encontra sob a proteção do Estado.”³⁶³ (grifamos)

16.2..5. Não obstante o fato fincar-se na diversidade de sexo, não analisando a outra a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, Silvio Rodrigues, como já afirmado, não é nem um pouco condescendente com o legislador do Código de 1916, que fingia, também, não ver o óbvio, a união de pessoas não que estabeleciam o este laço pelo instituto do matrimônio. E isso não é pouco. Revela o autor uma sensibilidade com os fatos sociais. Encarando-os não só como evolução jurídica, posta a reboque dos fatos sociais, mais ainda, como denúncia do que há muito tempo já poderia ter sido alterado. É caso em debate

³⁶³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 21ª ed. São Paulo: Saraiva 1995, p. 260.

no tocante a união entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, também ele, pelo menos neste texto, não analisa problema objeto da manifestação, talvez, em decorrência também de não verificar qualquer possibilidade constitucional de se estabelecerem uniões entre pessoas sem diversidade de sexo.

16.3. POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS

16.3.1. Subdividimos este tópico em duas partes. É que isso se explica pelo fato de encontrarmos neste setor da doutrina tanto doutrinadores que são peremptórios na afirmação da impossibilidade da configuração de união estável, ou outra figura similar, entre pessoas do mesmo sexo, e outros que, mesmo se filiando a tese da impossibilidade, admitem, de forma velada ou não, que, em função das injustiças que o resultado interpretativo da impossibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas possam causar, talvez, este não seja o melhor caminho. Nesta esteira, o tópico está dividido entre os posicionamentos contrários e os contrários, mas nem tanto. Vejamos, pois:

16.3.2 AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS TOTALMENTE CONTRÁRIAS AO ENTENDIMENTO DE QUE SE POSSA CONSIDERAR COMO UNIÃO ESTÁVEL OU ENTIDADE FAMILIAR A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO.

16.3.3. Na doutrina constitucional, colacionamos, de início, o posicionamento doutrinário de José Tarcízio de Almeida Melo que leciona no sentido da impossibilidade da compreensão de que o texto constitucional permita qualquer leitura que abra a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Para tanto assevera:

“Não existe previsão constitucional para a união homossexual. A razão é simples. Ao admitir que a união estável será incentivada para tornar-se casamento, há impossibilidade de aplicação dessa norma constitucional à união homossexual, pois faz-se o casamento somente entre homem e mulher, como registra-se desde as Institutas de Justiniano: Nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens” (As núpcias, ou o matrimônio, são a união do homem e da mulher que contém a comunidade indivisível de vida). Como instituição, o casamento é heterossexual.

16.3.4. Esta primeira parte da sua lição padece de certo mal da interpretação constitucional, qual seja a interpretação retrospectiva das normas constitucionais, embora, logo a frente, José Tarcízio de Almeida Melo construa uma argumentação muito próxima da

evolução que deve presidir a interpretação constitucional, mormente em sede de direito de família, cujos tempos passados servem para a compreensão das normas atuais, não se pode levar a tanto esta orientação, na linha de que se deve preservá-la, sob pena de não darmos qualquer passo num setor da vida humana e do direito, mormente no direito de família, que recebeu o arrejamento da nova disciplina constitucional, calcada em valores que não estavam em evidência no regime constitucional anterior :

“Há mudanças no mundo. Não se concebia a hipótese de uma criança conviver com o namorado ou noivo da mãe. O costume foi introduzido e aceito pela sociedade. A opção pelo divórcio revelou muitas entidades familiares, formadas pelo filho com um dos pais. O controle de natalidade ampliou-se e existe, atualmente, a possibilidade de pessoas que se sentem casadas viverem em ambientes diferentes.

Essas modificações importantes podem reduzir a finalidade do casamento ou criar-lhe novos objetivos que passam pela união homossexual a ser reconhecida pelo Estado. A união homossexual é recusada pelas religiões que incutem no casamento a procriação. Essa norma religiosa, erigida para regular a promiscuidade e a higiene pública, pode ser superada pelo desenvolvimento dos recursos do Estado que sejam suficientes para prevenir contra as epidemias. Na falta de recursos suficientes, o Estado não deve ousar permitir novas fontes de malefício. Não será tarefa para o legislador ordinário ou para o juiz, mas para bem pensada emenda constitucional discernir sobre a hora da inovação. ”³⁶⁴

Bem se vê, pois, que o autor, a despeito de não admitir expressamente, ao dizer que “essas modificações importantes podem reduzir a finalidade do casamento ou criar-lhe novos objetivos que passam pela união homossexual a ser reconhecida pelo Estado”, admite que se assim possa haver possibilidade de se estabelecer tais uniões protegidas sob o ponto de vista jurídico.

16.3.5. Na mesma senda, em texto antigo, mas posterior a Constituição de 1988, embora não o fazendo de forma direta, Maria Helena Diniz, afirma a impossibilidade da configuração da união estável entre pessoas do mesmo sexo, encarecendo que esta união poderá resultar numa sociedade de fato:

“Ao matrimônio, como instituição social legítima, contrapõe-se o concubinato. Consiste o concubinato numa união livre e estável de pessoas de sexo diferente, que não estão ligadas entre si por casamento civil.

³⁶⁴ MELO, José Tarcízio de Almeida. Direito constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1260.

Para que se configure a relação concubinária, é mister a presença dos seguintes elementos essenciais: 1) diversidade de sexo, pois entre pessoas do mesmo sexo haverá tão-somente uma sociedade de fato (RSTJ, 110:313), exigindo-se, além disso, continuidade das relações sexuais, que a distingue de simples união transitória (RT, 470:203)³⁶⁵. (grifamos).

16.3.6. Destaca-se da sua lição o apego a nomenclatura anterior a Constituição Federal de 1988, qual seja, denominar a união estável, mesmo de pessoas de sexo diferente, de “concubinato”, mesmo com toda a carga pejorativa que o vocábulo evocava. Assim, a professora paulista segue a risca a literalidade do dispositivo constitucional. Também o faz em obra recente, onde reafirma este entendimento, deixando expressa a inconstitucionalidade de interpretações ou alterações legislativa que visem conferir iguais direitos a uniões de pessoas do mesmo sexo. Com efeito, sua lição é enfática no sentido da inconstitucionalidade de igual entendimento, seja ele expresso como resultado interpretativo, seja como alteração legislativa levado a efeito por alteração na legislação infraconstitucional, mormente as normas do CC relacionadas ao direito de família:

“Mas, no nosso entender, na verdade, refere-se à união homossexual e não à união estável como entidade familiar, porque esta, por força da CF/88 não se aplica à união entre pessoas do mesmo sexo. Para admitirmos casamento e união estável entre homossexuais teríamos, primeiro, que alterar a Constituição Federal, mediante emenda constitucional. A relação homossexual só pode gerar uma sociedade de fato (RT, 756:117) entre os parceiros para eventual partilha de patrimônio amealhado pelo esforço comum, evitando o locupletamento ilícito. Há quem ache ser possível o registro da declaração de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, somente para efeitos patrimoniais, como meio de provar tal relacionamento e de trazer segurança jurídica.”³⁶⁶

(..)

A autora remarca sua posição em outro trecho:

“Alguns autores, como Maria Berenice Dias (Relações homossexuais, Del Rey Revista jurídica, n. 7. P.27), que o art. 226, § 3º, da CF/88 pode ser analogicamente aplicado aos vínculos homossexuais, para considerá-los entidades familiares, por serem sociedades de afeto e não de fato. Ora,

³⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 5º vol. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 274.

³⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 5.v. 25ª ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 376-377.

com a devida vênia, como aquela norma, senão de ordem pública, poderia ser interpretada extensivamente ou aplicada por analogia: E, além disso, é norma especial, não podendo, por isso, ser aplicada à união de pessoas do mesmo sexo, sob a alegação de ser discriminatória e de ferir o princípio da isonomia, visto que este consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, e estender tal norma a casal homossexual equivaleria a tratar igualmente os desiguais.³⁶⁷ (grifamos).

16.3.7. Destarte, mesmo que não se queira nos parece que este enxerto traz uma certa carga de preconceito frente à diferença, ao dizer que duas pessoas são diferentes tendo em conta sua orientação sexual e, por isso, seus laços de afeto, de igual respeito e consideração devem ser tratados de forma diferente; uma, por ser heterossexual, quando de seus conflitos, nas varas de família e a outra, por dirigir este afeto a pessoa de igual sexo, em varas civis, parece não levar em consideração o conteúdo e, acima de tudo, o controle das consequências do resultado interpretativos exigidas tanto pelos princípios constitucionais, vazados nas normas definidoras de direitos fundamentais e também nas normas objetivas, posta no início da Constituição que possibilitam um valioso vetor interpretativo e de controle para o interprete constitucional, posto que, estes, como se viu nesta manifestação, podem impedir que se chegue a esta conclusão. Na jurisprudência este era o posicionamento anterior, hoje menos forte, uma vez que considerou parcela da jurisprudência já admite que se entenda que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser tratada como união estável. Colhe-se neste sentido o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

REsp **648763** / RS; RECURSO ESPECIAL 2004/0042337-7 ; **Relator(a)**: Ministro CESAR ASFOR ROCHA- QUARTA TURMA; **Data do Julgamento**: 07/12/2006; **Data da Publicação/Fonte**: DJ 16/04/2007 p. 204

16.4. POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS, MAS NEM TANTO: POSIÇÕES QUE NÃO ADMITEM QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PROTEJA A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO, MAS ADMITEM A INIQUIDADE OU A DIFICULDADE DESTES RESULTADOS INTERPRETATIVOS

³⁶⁷ Idem, ibidem.

16.4.1. Nesta particular seara da doutrina é ilustrativo, por exemplo, o posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa, uma vez que inicia a discussão sobre o tema com uma consideração de Guilherme Calmon Nogueira Gama *contrária a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo*: “União sexual que jamais ensejará a configuração do companheirismo é relação entre pessoas do mesmo sexo, ainda que duradora, contínua e informal”. E continua seu raciocínio sobre o tema, aduzindo que:

“Com essas palavras, Guilherme Calmon Nogueira da Gama abre sua discussão sobre a temática, tanto ao gosto de nossos órgãos de imprensa (2001:544). De fato, no atual estágio legislativo e histórico da nação, a chamada sociedade homoafetiva não pode ganhar status de proteção como entidade familiar. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher. Para a existência do reconhecimento do companheirismo, portanto, é necessário que não haja impedimento para o casamento. Há países que permitem o casamento de pessoas do mesmo sexo, o que implica reconhecimento dessa união como entidade familiar.”³⁶⁸ (grifamos).

16.4.2. Como se esta a verificar, o autor se filia a tese da impossibilidade, remarcando, ainda, com assertiva de outro autor que faz uma afirmação peremptória sobre a questão. Contudo, não faz um debate sobre esta conclusão e suas conexões internas com outros dispositivos da Constituição Federal. Como estamos a dizer, isso impossibilita de ver uma lacuna normativa, posto que, ao não considerar o sistema constitucional como uma unidade normativa, se atém, única e exclusivamente, uma regra jurídica, abstraindo, assim, por completo, os princípios jurídico-constitucionais aplicáveis ao problema. À frente, continua sua lição:

“Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato. No entanto, crescem os julgados e os movimentos no sentido de que esses direitos ganhem maior amplitude. Será questão de tempo mais ou menos longo para a lei admitir direitos mais ou menos amplos às relações afetivas e duradoras entre pessoas do mesmo sexo.”³⁶⁹

16.4.3. Por aí bem se vê que, na classificação dos autores por posicionamentos, a posição do professor Venosa bem poderia estar entre aqueles que vêem uma injustiça no

³⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de família. V.6.3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 459.

³⁶⁹ Idem, ibidem.

resultado interpretativo que estipula uma vedação a união estável em debate. Ao dizer que “Será questão tempo mais ou menos longo para a lei admitir direitos mais ou menos amplos às relações afetivas e duradoras entre pessoas do mesmo sexo” nos parece que esta a dizer duas coisas, no mínimo. A primeira, e muitíssimo importante, não há um silêncio eloquente na Constituição Federal a vedar o estabelecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e duas, a evolução dos costumes levará a admissão desta forma de relacionamento interpessoal, num tempo mais ou menos longo.

16.4.4. Por conseguinte, admite que o seja, afinal, num tempo mais ou menos longo que levará a aceitação social, disso se extrai a premissa de que, embora o ordenamento jurídico-constitucional não o faça, a lei poderá conferir este direito a estas pessoas. Por este posicionamento, tem-se a impressão que estamos retrocedendo em sede de direitos fundamentais, porque, não obstante a importância do legislador para a configuração do regime democrático é questão atualmente incontroversa que a grande maioria dos direitos fundamentais tem aplicação direta e imediata, independente de lei, ocasionando assim, uma juridicização dos fatos que estão dentro do seu âmbito de proteção normativa, o que ocorre, fatalmente, com os direitos fundamentais de liberdade de opção sexual, de igualdade, da privacidade e, mais ainda, direitos derivados do centro axiológico da Constituição, como o princípio da dignidade humana.

16.4.5. Destarte, lembremos mais uma vez a advertência de Kruger, de que “ não são os direitos fundamentais que giram em torno da lei, mas a lei que gira em torno dos direitos fundamentais.” O que leva a consequência de que, se adotássemos o entendimento de que normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais dependem quase sempre de lei para se viabilizarem estes direitos, então, não teriam estas normas, como se pode ver, eficácia, imediata. Na mesma senda, poderíamos dizer que, após a Constituição de 1988, podem ser notadas diversas conquistas das pessoas homoafetivas, sejam no campo dos costumes, onde a sociedade, se não aprendeu de todo a exercitar a tolerância, com toda certeza mudou muito sua percepção sobre o tema, e com isso, seu entendimento, tanto é assim que isto se refletiu na doutrina e na jurisprudência pátria, como se verá no próximo item, daqueles que admitem a possibilidade independentemente de legislação permita esta forma de entidade familiar, então, considerando exclusivamente a linha do tempo, nos parece que o tempo urge. Com efeito, o próprio professor Venosa, ao final de sua lição sobre o tema, traz uma passagem da obra seminal de Maria Berenice Dias sobre o tema, que nos parece ser ilustrativo da posição que se pode entrever:

“Simplesmente encobrir a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento das relações que, mais do que sociedade de fato, constituem sociedades de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Necessário é encarar a realidade, pois descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente.”

16.4.6. Ao colacionar esta lição, disse muita coisa, e fecha seu ensinamento com a advertência de que “Há projetos que buscam outorgar direitos a essas uniões. Aguardemos, pois, o curso da História.” Daí se poder concluir que, não obstante indmitir, pelas razões

expostas, também verifica que não são de se desconsiderar os argumentos postos a favor de que a Constituição não proíbe esta forma de relacionamento. .

16.4.7. Também na doutrina de Milton Paulo de Carvalho Filho, encontra-se lição próxima a essa:

“A união estável é tema tratado no livro do direito de família exatamente por força do §3º do art. 226 da Constituição. O artigo ora comentado define união estável, repetindo disposição contida do art. 1º da Lei nº 9.278/96. E, desta definição, extraem-se seus elementos constitutivos. Ao dispor o artigo – e o texto constitucional – que a união estável será reconhecida como entidade familiar quando entre homem e mulher, foi excluída a possibilidade de aplicarem as regras da união estável à união homossexual ou às parcerias homoafetivas, embora seja certo que algumas disposições previstas para a união estável possam aplicar-se analogicamente às uniões homossexuais”³⁷⁰

16.4.8. Com efeito, o autor após dizer que não poderia ser aplicada a disciplina da união estável prevista no § 3º do art. 226, diz que “embora seja certo que algumas disposições previstas para a união estável possam aplicar-se analogicamente às uniões homossexuais” o que evidencia o desconforto da premissa fixada, a impossibilidade da analogia por completo.

16.4.9. Resta-nos saber se a expressão “embora seja certo” é utilizada no sentido fraco ou forte da expressão, ou seja, no sentido fraco, apenas diga respeito simplesmente ao posicionamento quanto a razoabilidade da aplicação dos preceitos por analogia, o que, por certo, enfraquece a primeira afirmação de que fica “ ‘excluída’ a possibilidade de aplicarem as regras da união estável à união homossexual ou parcerias homoafetivas”, ou a expressão é utilizada no sentido forte, ou seja, no sentido de que “ deve-se” aplicar-se analogicamente algumas regras da união estável as pessoas do mesmo sexo, o que, mais ainda, reafirma o incomodo argumentativo de impedir uma aplicação consentânea com o principio da igualdade e, revela a inescapável contradição em que se pode incorrer neste tema tão sensível a vida humana.³⁷¹Caminha o autor em sua lição:

“O reconhecimento da união estável é novidade trazida pela Constituição Federal de 1988 e sobre ela dispõe o art. 226, § 3º “ Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em

³⁷⁰ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. Código comentado. Coord., Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1699.

³⁷¹ O autor traz também jurisprudência no sentido da aceitação da tese da possibilidade de aplicação por analogia “Relação homoerótica (duas mulheres). União Estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Analogia. Princípios Gerais do Direito. Visão abrangente das entidades familiares. Regras de inclusão. Partilha de bens. Regime de comunhão parcial. Inteligência dos arts. 1723, 1725 e 1758 do Código Civil de 2002. Precedentes jurisprudências (TJRS, AP. civil n. 700005488812, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 25.06.2003). (RBDfam 31/92). Ob.cit. p. 1701.

casamento”.

A Constituição Federal reconhece como entidade familiar, portanto, a união do homem e da mulher que não se casaram, mas que, desimpedidos, isto é, solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, vivem juntos. E não é só. O amparo constitucional é complementado pelas regras do art. 1.723 do Código Civil, segundo o qual, para se configurar a união estável, imprescindível que a convivência seja pública, contínua e duradoura.

(...)

A pergunta que surge em seguida é se a união homoafetiva, isto é, aquela formada entre pessoas do mesmo sexo, pode ser considerada uma entidade familiar. A análise do Texto Constitucional – art. 226, § 3º – já rechaça, de imediato, esta possibilidade, na medida em que prevê como união estável aquela formada entre homem e a mulher. No entanto, é fato que existem muitos casais homossexuais com vida em comum e, em algum momento, nosso ordenamento deverá pronunciar-se acerca de sua legalização e até mesmo de sua constitucionalização.³⁷² (grifamos)

16.4.10. Destarte, verificamos, uma vez mais, a dificuldade de dar entendimento ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, mormente as normas que veiculam direitos fundamentais, posto que, não se reconhece que estas teriam valia apenas quando o legislador operasse mudanças no sistema, sob pena de os direitos fundamentais não valerem por estarem na Constituição, mas, sim, como na doutrina antiga sobre as normas constitucionais como “exortação ao legislador”, quando esse viesse, num futuro próximo ou distante, a legislar sobre o assunto, o que, sem muito esforço, se pode entender como inadmissível na atual quadra da ciência do direito constitucional, em especial, na evolução doutrinária e jurisprudencial dos direitos fundamentais.

16.4.11. A autor ainda traz a posição de Manuel Jorge e Silva Neto, a favor a tese da possibilidade das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo³⁷³. Este autor carrega tintas no sentido de que o não reconhecimento da união homoafetiva fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, vejamos “Vê-se, pois, que o não reconhecimento da união

³⁷² FAGUNDES, Tatiana Penharrubia. Ciência e Tecnologia – Comunicação Social – Meio Ambiente – Família – Criança, Adolescente e Idoso – Índios (art. 218 a 232). In Direito Constitucional. Coord. Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 217-218.

³⁷³ “Um posicionamento que reforça a idéia de aceitação da união homoafetiva é pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e é trazido por Manoel Jorge e Silva (2006:720), segundo o qual “ com efeito, não fosse o fundamento pertinente à dignidade da pessoa humana absolutamente obstativo de imposição de qualquer óbice com vistas à tutela das uniões homoafetivas, o princípio constitucional da não-discriminação (art. 3º IV), combinado com o direito individual à intimidade (art. 5.X), em verdade, acenam, todos, para a tutela de tais relações(homoafetivas). Op. Cit. 218, elencamos esta posição à frente, entre os autores que admitem a possibilidade de união homoafetiva em face do atual quadro jurídico-constitucional.

homoafetiva fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, este último previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal. Atinge, ainda, a liberdade sexual da pessoa e viola a sua intimidade.³⁷⁴ Também traz a colação importe lição de Alexandre de Moraes³⁷⁵ sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

“Ou seja, esse” mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar” consiste, sem dúvida, no reconhecimento das uniões homoafetivas também como entidade familiar. Entendemos que tratar as relações heterossexuais diferentemente das homossexuais é ferir a igualdade e a dignidade desses casais.”³⁷⁶

16.4.12. Por aí se vê que, causa espécie dizer que não há proteção jurídico-constitucional a um fato da vida que consagra em seu seio os mesmos predicados que a união entre pessoas com diversidade sexual, pois, hodiernamente, negar entre nós a aplicação dos princípios da igualdade ou da liberdade significa retroceder a um tempo que já superamos, e que não merece que retornemos, e mais ainda, significa, no limite, nós aliarmos a Estados que tratam a homossexualidade como crime³⁷⁷, que praticam verdadeiras ignomínias em razão de algo que, muitas vezes, não se tem escolha. Isso é relevante e merece ser, sempre, levado em consideração, sob pena pedir a inúmeras pessoas, que sejam o que não podem “ser”.

16.4.13 Também nos parece ser essa a posição de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, embora com alguma dificuldade, em função de suas lições iniciais sobre o tema, ao dissertarem sobre o conteúdo da regra jurídica que veio a lume com parágrafo único do art. 5º da 11.340/2006³⁷⁸, Lei Maria da Penha:

³⁷⁴ Op.cit. p. 218.

³⁷⁵ Cf.” Ainda quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, preleciona Alexandre de Moraes (2007:16) ‘ a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem as pessoas enquanto seres humanos.”. Op. cit. 218.

³⁷⁶ Idem, ibidem.

³⁷⁷ Dentre outros, pode citar a recente reportagem de Fábio Zanini publicada No Jornal Folha de São Paulo de 16 de março de 2010. **Uganda debate lei que pune gays com morte. Proposta em tramitação no Congresso com apoio de presidente prevê pena capital para condenados por "homossexualismo agravado". Após pressão internacional contra o país africano, pena máxima prevista em nova legislação pode, porém, ser reduzida a prisão perpétua.** Para a mãe que não delatar o filho gay à polícia, três anos de prisão. Para o jornalista que incluir em sua reportagem uma menção, ainda que tênue, a um casal formado por dois homens ou duas mulheres, sete anos de cadeia. Para a pessoa que tiver uma relação, mesmo que consensual, com um cadeirante do mesmo sexo, pena de morte. Essas são algumas das implicações de um projeto de lei nos estágios finais de tramitação no Parlamento de Uganda (África central), hoje o símbolo mais visível de um fenômeno continental: por toda a África, fecha-se o cerco aos homossexuais. Seu autor é o deputado David Bahati, do partido governista, o Movimento de Resistência Nacional, que tem 211 dos 258 membros do Parlamento unicameral (81%). Antes de apresentar o projeto, no final do ano passado, ele reuniu-se com o gabinete, comandado pelo presidente Yoweri Museveni, e recebeu o sinal verde. A expectativa de Bahati é que a matéria seja votada ainda no primeiro semestre. Para virar lei, precisará ser sancionada por Museveni.

³⁷⁸ Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

“A inovação merece aplausos em vista da timidez normativa que reinava sobre o tema em nosso País. Assim, a Constituição vê a unidade familiar, basicamente, sob três ângulos, todos tratados no art. 266: aquela decorrente do casamento (§ 1º e 2º), e união estável (§ 3º) e da entidade monoparental (formada por um dos pais e os filhos, mencionada no § 4º). A Constituição cidadã deixa claro, ainda, que o casamento, família, entidade familiar, são conceitos privativos da união entre homem e mulher (§ 4º), não concebendo, nem de longe, a possibilidade de qualquer união entre pessoas do mesmo sexo.”³⁷⁹

16.4.14. Com efeito, os autores são relacionados doutrinariamente neste grupo em razão da firmeza com que defendem a posição ao escreverem que “ não concebendo, nem de longe, a possibilidade de qualquer união entre pessoas do mesmo sexo”, contudo, como dissemos, há dificuldades teoricas que se apresentam ao avançarmos na leitura de sua doutrina, posto que à frente aduzem:

“O Código Civil de 2002 que, sensível à realidade fática, poderia ter avançado no trato da questão, optou pela manutenção do conservadorismo, ao dispor no seu art. 1.723 que,” é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

16.4.15. Destarte, ao admitir que o Código Civil poderia ter “avançado”, parece que implicitamente admitem que há espaço para tal constitucionalmente permitido, posto que, em não sendo assim , mesmo que o Código ou qualquer lei viesse a regular a matéria esta estaria iquinada de inconstitucionalidade, vício irremissível se ter como verdadeiro o argumento afirmado anteriormente. Não obstante isso,, os autores admitem e, e apóiam os avanços dados a questão, tanto na seara administrativa como na jurisprudência pátria. A saber:

“Interessante anotar que, nesse tema, o administrador andou à frente do legislador ao reconhecer o direito do homossexual em receber indenização decorrente de morte no trânsito. Com efeito, dispõe a circular 257, de 21 de junho de 2004, da Superintendencia de Seguros Privados (Órgão do Ministério da Fazenda) que “ o companheiro ou companheira homossexual fica equiparado ao companheiro ou companheira heterossexual na condição de dependente preferencial da mesma classe, com direito à percepção da indenização referente ao seguro DPVAT, em caso de morte do outro (...)” (art. 1º)³⁸⁰ (grifamos)

16.4.16. Isso no tocante à área administrativa, onde as referidas normas infralegais foram colacionadas no início desta manifestação, e tratadas minudentemente à frente em tópico a parte. Com relação a jurisprudência, ouçamos os autores:

³⁷⁹ CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Bastista. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha Comentada artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008,p.55

³⁸⁰ Idem, ibidem.

“Mas como a omissão legislativa não presta de justificativa para o juiz deixe de julgar (art. 4º da LICC) e tampouco para esconder uma realidade que é palpável, cabe a jurisprudência, baseada nas decisões de primeiro grau – sempre mais próxima dos fatos e sensível às inovações – o papel de reconhecer uma série de direitos em prol dos homossexuais³⁸¹. (grifamos).

(...)

Também, os Tribunais Superiores, em decisões ousadas e sensíveis a realidade inegável que cerca todos, vêm reconhecendo esses direitos que independem da orientação sexual de seus titulares. Destaca-se nessa linha, improtante julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual foi relator o Min. Celso de Mello, que assim se posicionou “O convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligados por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idêntica características”.³⁸²

16.4.17. Os autores também trazem a colação posicionamentos de Maria Berenice Dias, cujo vetor teórico, à exaustão, é citado nesta manifestação, além de outros doutrinadores que defendem o mesmo entendimento, qual seja, é permitido pelo ordenamento jurídico que se faça a analogia entre união estável entre pessoas com sexo diverso e do mesmo sexo. Assim, trazem a posição de inúmeros autores que entendem desta forma, por exemplo:

Mesmo antes do advento da lei, esse já era o posicionamento de Sérgio Resende de Barros, ao afirmar que “ o afeto é que conjuga. Apesar de a ideologia da família parental de orgiem patriarcal pensar o contrário, não é requisito indispensável para haver família homem e mulher, pai e mãe.

A impossibilidade de geração de prole, como fator que impediria a caracterização de verdadeira “ família” é refutado por Paulo Luiz Netto Lôbo: “ O argumento da impossibilidade de filiação não se sustenta, pelas seguintes razões: (a) a família sem filhos é família tutelada constitucionalmente; (b) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; (c) a adoção permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42 do ECA), não impede que a

³⁸¹ Os autores registram estes possíveis direitos “ Dentre eles, poderíamos destacar: (a) admissão da união homoafetiva como verdadeira “ entidade familiar” e não como mera “ sociedade de fato”; (b) direito à herança deixada pelo companheiro homossexual; (c) deferimento de pedido de adoção em favor de casal homossexual; (d) direito à inclusão de companheiro homossexual em plano de saúde; (e) direito do homossexual à percepção de benefício previdenciário junto ao INSS, decorrente da morte de parceiro; (f) direito de homossexual em autorizar a doação de órgãos do parceiro falecido; (g) concessão de visto temporário para permanecer no país em favor de estrangeira que mantém união estável com brasileira; (h) competência da Vara da Família para julgamento da dissolução de sociedade de fato mantida entre pessoas do mesmo sexo; (i) acolhimento de pedido formulado por pessoa que se submeteu a cirurgia de retirada de órgão sexual masculino, para que seja alterado o nome e, inclusive, o sexo, no registro civil, por meio do respectivo pedido de retificação.”

³⁸² Op.cit.p.56.

criança se integre à família, ainda que o parentesco seja apenas com um dos parceiros.

Como salientam Iglesias Fernanda de Azevedo Rabelo e Rodrigo Vianna Saraiva, “aceitar novos modelos familiares não significa dizer que a família será destruída. Conceber apenas a família nuclear composta pelo casal heterossexual e filhos como o único modelo de família aceitável, é incompatível com a natureza afetiva da família. A noção de família como núcleo de afetividade e base da sociedade deve ser encarada, como de fato é, como um fator cultural. E, dessa maneira, a legislação deve acompanhar a evolução da sociedade e, conseqüentemente, dos arranjos familiares.”

16.4.18. Por final, estampam conclusão do curso de direito de família realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Vale mencionar, em acréscimo, a Conclusão 3, do Curso de Direito de Família e Sucessões promovido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, in verbis: “ O art. 226, § 3º, da CF, não estabelece rol taxativo de entidades familiares, admitindo, ao contrário, uma pluralidade de modelos de família, cuja legitimidade e tutela jurídica se subordinam à capacidade, in concreto, para realização da pessoa humana.

Em síntese, a questão está colocada e o debate proposto à doutrina e jurisprudência pátrias.”³⁸³

16.4.19. Daí a dificuldade, como visto, de se entender qual a posição realmente adotada, a do início do raciocínio, quando estampam a conclusão de que nem de longe a Constituição possibilita que se possa estabelecer união estável entre pessoas do mesmo sexo, ou, pelo contrário, com a farta doutrina e jurisprudência colacionada pelos autores em sentido de admiti-la. Este fato é que nos conduz a retratar esta posição em tópico a parte, posto que, admitem expressamente ou não que o resultado interpretativo possa criar problemas quando comparado com outras normas da mesma dignidade constitucional. Ainda mais quando traz inúmeros posicionamentos doutrinários, como se viu, que dizem, à todas as luzes, que o entendimento de que se veda a proteção estatal as pessoas do mesmo sexo se revela contrário a inúmeros preceitos constitucionais.

16.5. POSICIONAMENTOS NO SENTIDO DE QUE A CONSTITUICAO NÃO REGULOU A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E ADMITEM QUE LEI ORDINÁRIA POSSAM FAZÊ-LO

16.5.1. Esta corrente doutrinária abraça a tese que defende a possibilidade de

³⁸³ Op.citp. p.59.

lei ordinária regular a situação jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, se, por um lado os que assim pensam advogam a impossibilidade de se extrair diretamente do Texto Constitucional a autorização ou a regulação jurídica para os casos de uniões homossexuais - que não parece o melhor caminho, como veremos na doutrina que extrai diretamente da Constituição Federal esta autorização, por outro lado, é de importância capital a conclusão implícita de que a Constituição não proibiu estas uniões, tanto é assim que o legislador poderia fazê-los sem o ônus de incidir em inconstitucionalidade. Daí que, embora no meio do caminho, esta última conclusão muito contribui para que se possa “levar a sério”, a possibilidade de não somente entender não vedado ao legislador regular a situação, mas, ainda, que se possa extrair da própria norma constitucional a autorização para a aplicação por analogia dos dispositivos referentes a união estável entre pessoas de sexo diferentes para pessoas do mesmo sexo. Nesta corrente, dentre outros, está Walber de Moura Agra, para quem:

“O texto constitucional de 1988 não contemplou as relações entre pessoas do mesmo sexo, o que não quer dizer que os homossexuais não devam ter seus direitos amparados, mormente quando construírem um patrimônio em conjunto. Nesse caso, a relação homossexual deve ser tratada como se fosse uma sociedade de fato, regulada pela lei civil, até que surja lei que reconheça essa situação, resguardando os direitos dos casais homossexuais. O ideal seria que as relações de caráter permanente entre homossexuais fosse considerados uma forma de entidade familiar e, como tal, protegida pelo Estado, como ocorre na Dinamarca, na Noruega, na Suécia e na Holanda.”³⁸⁴

16.5.2. No mesmo sentir, Nagib Slaibi Filho, para quem a legislação ordinária, poderia fazê-lo, acrescentando, ainda, que não se poderia dificultar o estabelecimento desta união estável por força do princípio da não discriminação previsto no art. 3º da Constituição Federal.

“Já a união estável não é entidade familiar com proteção constitucional, embora possa ensejar o reconhecimento de efeitos jurídicos.

A falta de previsão constitucional sobre a união homossexual não pode ser interpretada como proibição ou como meio de cassação de eventuais direitos que possam decorrer de tal situação.

Da Constituição, pelo fundamento de proibição da discriminação, como está no art. 3º, pode-se extrair o direito fundamental da denominada opção sexual”.³⁸⁵ —

16.5.3. Se isto é assim é por que temos que admitir que a lacuna verificada no disposto do § 3º do art. 226 pode ser colmatada por este dispositivo constitucional, aliás, objetivo que deve presidir a República e, por conseguinte, deve ser levado em consideração

³⁸⁴ AGRA. Walter de Moura. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 783.

³⁸⁵ Op.cit.p. 709-710.

por todo interprete da Constituição. Não havendo, por assim dizer, opção entre discriminação e não discriminação, pois esta opção o constituinte já o fez quando insculpiu no texto da Carta Maior o princípio da não discriminação. À frente, completa o argumento:

“Se a Constituição não protegeu literalmente a união homossexual, é certo que a legislação infraconstitucional ou o próprio sistema jurídico pode conferir efeitos a tal relacionamento e pode também vedá-lo (como por exemplo, na legislação militar sobre a tipificação penal da pederastia), mas tudo em atenção aos valores que devem ser ponderados em cada caso.

Se houve atribuição patrimonial em decorrência da união homossexual, incide a regra geral de que ninguém pode enriquecer sem justa causa. A regra geral do art. 964 do Código Civil de 1916 (art. 876 do Código Civil de 2002) e do art. 884 do Código Civil de 2002 conduzirá a actio de in rem verso para reprimir o enriquecimento sem causa jurídica.

A Justiça da Infância e da Juventude tem admitido em muitos momentos a adoção de crianças por casal homossexual, assim em atenção ao princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança que está declarada no art. 227 da Constituição “³⁸⁶

16.5.4. Embora se possa notar que o constitucionalista abraça dois caminhos no tocante as possibilidades interpretativas, sendo a primeiro verificado na premissa estabelecida que admite expressamente que “ o próprio sistema jurídico pode conferir efeitos a tal relacionamento”, o que, sem afastar a possibilidade de regulação legislativa, torna aplicável princípios constitucionais, tendo, assim, que se admitir que, positivados determinados princípios, se impõe que sejam observados pelo intérprete, o que afastaria a própria necessidade irrecusável de regulação da matéria por legislação ordinária, para, somente a partir daí, se concederem direitos as pessoas de orientação sexual homoafetivas. O importante é que o princípio da dignidade da pessoa humana é destacado como verdadeiro óbice jurídico ao entendimento de que está impedido o interprete de conferir juridicidade, por analogia a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não obstante a outra premissa estabelecida no sentido da necessária interposição legislativa para tanto.

16.6. POSICOES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS³⁸⁷ QUE DEFENDEM QUE O RESULTADO INTERPRETATIVO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SEJA A POSSIBILIDADE DIRETA DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

³⁸⁶ Ibidem, ibidem.

³⁸⁷

16.6.1. Dentre os autores que advogam esta defesa, primeiramente, tanto pelo empenho e dedicação, abraçando na primeira hora a tese ora em comento, tanto pelo destaque, em função com que se empenhou na luta pelos direitos das pessoas com orientação sexual diversa, Maria Berenice Dias. O próprio termo que hoje se utiliza com grande desenvoltura foi por ela sugerido, o neologismo homoafetividade que procura, pelo menos semanticamente, retirar a carga de preconceito que o termo “homossexual” carrega entre nós. Assim, observando a sutileza de que uma simples mudança de expressão poderia contribuir para que a lente utilizada para ver um fato não estivesse de antemão embaçada pelo preconceito. É a sua lição sobre o tema:

“A Constituição teve outro mérito. Assegurou o direito à igualdade e proibiu qualquer espécie de discriminação, inclusive em razão de sexo. Apesar de não agasalhar expressamente a união homossexual, o faz de forma implícita. Ao vetar “ quaisquer outras formas de discriminação”, de modo implícito proíbe a discriminação à união homoafetiva. Inclusive, este argumento já vem sendo acolhido pelos tribunais. Como não é excluída proteção a tais uniões, cabe ser invocada a premissa básica do pensamento de Kelsen: tudo que não está explicitamente proibido está implicitamente permitido. Aliás, a própria Constituição sinaliza neste sentido (art. 5º,II): Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Poderia o legislador ter utilizado expressão restritiva, impedindo de modo expresso a união entre pessoas de idêntico sexo. Não o fez. E mais. A ausência de referencia às uniões homoafetivas não significa silêncio eloquente da Constituição. O fato de o texto legal ter omitido qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que não assegure o seu reconhecimento.

A circunstancia de o constituinte, ao elencar as entidades familiares, ter-se olvidado de fazer referencias às uniões homossexuais não permite concluir que o convívio de pessoas do mesmo sexo está fora do sistema jurídico ou que não é uma entidade familiar. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação e mútua assistência, não há como deixar fora do conceito de família às uniões homoafetivas. É necessário que se conceda os mesmos direitos e se imponha iguais obrigações a todos os vínculos de afeto com idênticas características.”³⁸⁸ (grifamos).

³⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva. O preconceito e a justiça. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 179-180. De igual teor a lição constante no seu “Manual de Direito da Famílias” “ Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para que seja buscado qualquer outro ramo do direito que não o direito das famílias. Ao fazer uso dos princípios gerais de direito, o aplicador deve abeberar-se nos princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do Estado Democrático de Direito. Assim, quer a determinação de respeito à dignidade da pessoa humana, quer a necessidade de se obedecer ao princípio da liberdade e da igualdade impõem que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito de proteção como entidade familiar. Igualmente, quando necessário se faz a invocação dos costumes para colmatar lacunas da lei, imperioso que se invoquem os costumes atuais, que, cada vez mais, vêm respeitando e empestando visibilidade aos relacionamentos das pessoas do mesmo sexo. In Manual das Famílias. Manual de Direito das Famílias. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.p.191.

16.6.2. Da mesma forma, Luís Roberto Barroso o faz trazendo argumentos no sentido de que o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo tanto pode ser conseguido por via da aplicação direta dos princípios constitucionais como da utilização da analogia, recurso de integração da ordem jurídica para a colmatação das lacunas legais. Aqui, em razão sua importância, elenca-se suas conclusões:

“a) as uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

b) a Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.

c) a regra do art. 226, § 3, da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime de união estável às relações homoafetivas.

d) justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade, em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade, no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da segurança jurídica, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.

e) admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer – isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada – ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.

f) nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a efetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao direito³⁸⁹.

16.6.3. Importante, como já destacado em outro tópico, que a interpretação que

³⁸⁹ Op.cit.p.132-133.

se deve fazer do § 3º do art. 226 da Constituição é uma interpretação que leve em conta o caráter inclusivo e não discriminatório da regra constitucional e assim, como pretende um setor da doutrina, retirar deste dispositivo um silêncio eloqüente consubstanciado numa proibição, que não condiz com o conjunto normativo constitucional. Nesta mesma senda, os comentários de Dirley da Cunha Júnior que encampa esta tese, com a defesa feita a partir dos seguintes argumentos:

“A Constituição considera a família a base da sociedade, a gozar de especial proteção do Estado. Esclarece que o casamento é civil e gratuita a celebração, mas que o casamento religioso pode ter efeito civil, nos termos da lei.

Sem embargo, 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. Mas é preciso esclarecer que a Constituição não recusou reconhecimento a união estável formada entre pessoas do mesmo sexo, a chamada relação homoafetiva, que, a nosso sentir, tem amparo constitucional manifesto, em face, basicamente do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º,III) e da liberdade de opção sexual (art. 3º, IV).”³⁹⁰ (grifamos).

16.6.5. Também para Pedro Lenza o requisito da diversidade de sexos não se revela necessário para a configuração da união estável, assim, após citar posicionamento contrário de Carlos Roberto Gonçalves para quem o requisito da diversidade de sexos é sim requisito para a configuração da união estável, assevera:

“Com o máximo respeito e profunda admiração que temos pelo ilustre professor com a devia vênua, **não concordamos** com esse posicionamento. Deve ser feita uma interpretação mais ampla do art. 226, § 3º (que discorre sobre a união estável entre homem e mulher), à luz do caput, que prestigia a **proteção da família**, e, especialmente, do **princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF;88).

Não temos dúvida de que o direito de evoluir para disciplinar a realidade social das uniões homoafetivas, assegurando o direito de herança, previdência, propriedade, sucessão e, quem sabe, no futuro, de acordo com a evolução da sociedade, de adoção de crianças e qualquer outro direito assegurado à união estável como entidade familiar.

Parece, então, que a **união homoafetiva**, à luz do princípio da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º,III- regra-matriz dos direitos fundamentais) do direito à intimidade (art. 5º,X), da **não-discriminação**, enquanto objetivo fundamental do Estado (art.3º, IV), da **igualdade** em relação ao tratamento dado à união estável entre homem e mulher (art. 5º, caput), deva ser considerada entidade familiar e, assim, ter o tratamento e **proteção especial** por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união entre homem e mulher.”

³⁹⁰ CUNHA JR. Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3º ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 1158.

(grifos no original).

E, citando Maria Berenice Dias, prossegue o raciocínio:

“Nesse sentido, conforme argumenta Maria Berenice Dias, mostra-se “... impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. **Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar.** Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção..”³⁹¹ (grifos do autor).

16.6.6. Na mesma senda, com igual, entonação, Manoel Jorge e Silva Neto:

“As uniões homoafetivas podem ser reconhecidas pelo Estado brasileiro; A discussão tem sido objeto de acirrada polêmica, mais ainda em virtude de o § 3º ter referido a “ união estável entre homem e mulher” como aquela passível de proteção estatal.

Sem passionanismos, não nos parece que o dispositivo constitucional possa ser utilizado para impedir o reconhecimento do Estado às denominadas uniões homoafetivas.”³⁹²

16.6.7. Já prevendo as dificuldades sobre a análise da questão, Manoel Jorge, de antemão, adverte que este tema deve ser visto “sem passionanismos” e com isso, se filiando a tese de que a cláusula inclusiva do § 3º do art. 226 não pode ser utilizada como cláusula de exclusão, remediando um fato e deixando sem abrigo constitucional outro, o que levaria a uma incongruência do ordenamento jurídico, operando um contrasenso que milita contra o princípio do legislador racional, que deve ser solucionado com a interpretação sistêmica, como visto no início, posto existirem, além deste dispositivo, outras normas no texto constitucional, que à frente enuncia:

“Com efeito, não fosse o fundamento pertinente à dignidade da pessoa humana absolutamente obstativo de imposição de qualquer óbice com vista à tutela das uniões homoafetivas, o princípio constitucional da não-discriminação (art. 3º, IV), combinado com o direito individual à intimidade (art. 5º,X), em verdade, acenam, todos, para a tutela de tais relações.

Por outro lado, se a própria Constituição reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º, art. 226), é óbvio que, se a pessoa decidir por consolidar união homoafetiva, a circunstância não deve desnaturar o

³⁹¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 860.

³⁹² SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de Direito Constitucional. 5º ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 883.

vínculo familiar.

É o reconhecimento do sistema constitucional à necessária proteção que deva destinar-se às uniões homoafetivas determina desdobramentos inclusive no contexto da adoção em tais casos, fazendo com que não se possa, ao menos à luz dos princípios constitucionais atinentes ao direito de família, impedir-se que pessoas do mesmo sexo, representativas de autêntica “ unidade familiar”, possa consumir a adoção.”³⁹³

16.6.8. Veja-se que o constitucionalista baiano extraí todas as conseqüências do seu posicionamento, enfrentando a questão da adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo, concluindo, de forma tranqüila e cristalina, que se revela perfeitamente possível a adoção mencionada. Com efeito, ao se referir ao princípio da dignidade da pessoa humana, na passagem em que diz que “não fosse o fundamento pertinente à dignidade da pessoa humana” que é “obstáculo de imposição de qualquer óbice” se pode bem ter uma idéia de como a doutrina por ele esposada enfrenta esta questão, principalmente sob o ângulo que preside o seu entendimento, qual seja, a análise conjunta dos diversos dispositivos da Constituição Federal. Perfilha este mesmo entendimento Uadi Lammêgo Bulos, que destaca que a ampliação da noção constitucional de família, incluindo, a partir daí, a “família homoafetiva”:

“Portanto, a noção constitucional de família é ampla, abrangendo: a entidade familiar constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, § § 1º e 2º); a entidade familiar constituída pela união estável entre homem e mulher, devendo a lei ordinária facilitar sua conversão em casamento (art. 226, §3º); e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

Desse contexto, concluímos:

- Para existir família não é necessário haver casamento, nem heterossexualidade; os homossexuais também podem forma família;

(...).

O núcleo familiar formado pelo pai, mãe e prole é a primeira manifestação da tendência gregária do homem, de acordo com a Constituição, mas não a única, porque, com a sua promulgação, em 5-10-1988, a matéria tomou uma mudança de rumo considerável.

O número de pessoas que vivem sozinhas ou que se juntam sem formalidades legais, os casais sem filhos, as crianças educadas por apenas um dos pais, as uniões homossexuais, os agrupamentos tribais de minorias étnicas, os pais que trabalham em cidades diferentes são alguns fatores que influenciam na exegese de um Texto Constitucional analítico, minucioso e detalhista. ”³⁹⁴ (grifamos).

³⁹³ Op.cit. p. 884.

³⁹⁴ Op.cit. p. 607.

16.6.9. Esta percepção da mudança de rumo no que pertine as relações familiares e, em tanto outros campos do direito, operada pela Constituição de 1988, não passou despercebido pela doutrina³⁹⁵, e a soma destes novos comandos jurídicos deram azo a novas perspectivas interpretativas, estas, com fundamento, principalmente, nos grandes princípios postos desde o início no texto da Constituição, como a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais e a possibilidade de se extrair novos direitos a partir do regime e dos princípios adotados expressamente na Constituição³⁹⁶ e, além disso, a ressignificação dada por ela ao direito de família, tudo isso somando é que nos parece legítimo, aceitável e possibilidade aventada tanto em doutrina quanto na jurisprudência que advoga a tese de que, mesmo nos marcos normativos atualmente presentes na Constituição, se possa extrair um resultado que esteja em consonância com os princípios da inclusão e do afeto, posto não ser esta uma Constituição discriminatória e exclusivista de uma certa visão de mundo e de vida.

16.6.10. Igualmente, o autor tece loas a jurisprudência que se formou em torno do tema no STF, reforçando sua posição no sentido de admitir a aplicação extensiva dos dispositivos legais às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo³⁹⁷. Igualmente, Daniel Sarmiento, diversas vezes citado nesta manifestação, chega a esta conclusão após fazer um inventário das diversas possibilidades interpretativas, muito próxima da que estamos a fazer:

“Daí que só resta a última alternativa, de conceber a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar implicitamente reconhecida pela

³⁹⁵ Por todos, Daniel Sarmiento: “Em outras palavras, não há dúvida de que a ordem constitucional tutela a família, mas isto não significa que ela a tenha posto numa redoma jurídica, para abrigá-la diante das tendências liberais e igualitárias que ganham corpo na sociedade contemporânea, dentre as quais se insere o movimento de afirmação dos direitos dos homossexuais. Pelo contrário, a Constituição de 1988 instituiu um novo paradigma para a família, assentado no afeto e na igualdade.” *Op.cit.*p. 408.

³⁹⁶ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. #§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁹⁷ “A união civil entre pessoas do mesmo sexo é um tema de alta relevância social, com reflexos jurídico-constitucionais. O assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal. O Ministro Celso de Mello, Relator, enfatizou a necessidade de discutir o tema nas uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e não de ação direta de inconstitucionalidade. É que este instrumento de defesa abstrata da Carta Magna desserve para atacar atos revogados. Como o art. 1º da Lei 9.278/96, que estava sendo discutido, foi revogado pelo Código Civil de 2002, houve perda de objeto, desencadeando o arquivamento da ação direta de inconstitucionalidade (STF, ADI 3.300, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3.2-2006). (...). Recorde-se que, em sentença monocrática, o Min. Marco Aurélio, na Presidência do STF, manteve o direito de qualquer dos integrantes nas uniões civis homossexuais requerer reconhecimento, para fins previdenciários, como companheiros preferências. Foram rejeitadas as alegações do Instituto Nacional do Seguro Social, que inadmitia a manutenção de direitos previdenciários conquistados por casais homossexuais, pedindo à Corte a suspensão de benefícios concedidos ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em sua decisão, o Min. Marco Aurélio reconheceu a inviabilidade de se adotar exegese isolada, como fez o INSS, do § 3º, do art. 226 da Constituição Federal, que reconhece a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar. Vigora, neste contexto, o art. 5º da Carta Maior, que inadmite qualquer distinção quanto à opção sexual. Ademais, o Sistema da Previdência Social é contributivo, havendo o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes (STF, Petição 1.984-9; RS, Rel. Min. Pres. Marco Aurélio, j.10-2003. Importante salientar que este entendimento não é unânime no STF. O Min. Eros Grau, por exemplo, não vislumbra o § 3º do art. 226 com a amplitude aí descrita (STF, RE 406.837/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 31-3-2005). Ob. Cit. p. 608.

Constituição, equiparada, por interpretação analógica, à união estável entre homem e mulher. A interpretação analógica justifica-se aqui, porque as razões para a atribuição do caráter familiar à união estável não se prendem à diversidade do sexo dos companheiros – elemento meramente accidental – mas ao afeto que os une, à estabilidade dos laços e ao desígnio comum de constituição da família. Estes fatores são francamente indiferentes em relação à identidade ou diversidade do sexo dos parceiros, podendo apresentar-se tanto nas uniões heterossexuais como nas homossexuais.”³⁹⁸

16.6.11. Sob a mesma trilha, por sua importância da defesa dos direitos fundamentais, destaca-se na seara do direito civil-constitucional, Luis Edson Fachim, denunciado o fosso entre realidade e seu espelho jurídico, , numa leitura crítica do direito civil que lançou luzes sobre o tema em diversas passagens supra mencionadas, também defende a possibilidade de se realizar a interpretação analógica das disposições da união estável constantes da leis regentes da matéria:

“Dificuldades e resistências mostram o fosso abissal entre a realidade e seu espelho jurídico, tendo indiscutível valia instrumentos que preencha esse vazio-legislativo para expressar uma forma mais ampliada de compreensão das relações sociais apreendidas pelo Direito. O pronunciamento legislativo tem importância à medida que preenche um espaço jurídico de definição de valores e vincula o próprio julgador. Com virtudes e defeitos, toda a manifestação legislativa pode ser um veículo situado no reconhecimento de uma mudança de padrões dentro e fora da família.

Sem embargo dessa legítima busca, cabe também localizar, numa interpretação atualizada e dialética, a hermenêutica construtiva que pode, desde logo, revelar uma compreensão diferenciada ao tema”³⁹⁹.

E, finaliza:

“Nesse horizonte, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, sem embargo da posterior Lei nº 9.278, de 13 de maio de 1996, pode ser resgatada para sustentar a tese de direito de partilha do esforço comum entre companheiros ou conviventes. Esse instrumento legal, embora situado no contexto de lei que, em principio se destina à união estável entre homem e mulher, admite, ao final, uma extensão que ultrapassa as situações iniciais para ajustar-se as relações de companheirato entre pessoas do mesmo sexo.

³⁹⁸ SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In Direito Privado e Constituição. Ensaios para uma Reconstrução Valorativa da Pessoa e do Patrimônio. Coord. Marcelo Conrado e Rosalice Fidalgo Pinheiro. Curitiba: Juruá, 2009, p. 418.

³⁹⁹ FACHIN, Luis Edson. Direito de Família. Elementos Críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.35.

Essa dedução, se de um lado pode gerar alguma perplexidade para a sustentação dos valores informativos das uniões tradicionais, por outro, pode ser um caminho, enquanto a norma específica não vier, para que os resultados buscados, dentro e fora do Judiciário, sejam mais justos.”⁴⁰⁰ (grifamos).

16.6.12. Merece novamente ser transcrita as lições de Maria Berenice Dias, pois, cujas lições são enfáticas no sentido de que a Constituição não pode ser interpretada contra grupos minoritários, como o são os homoafetivos e, por conseguinte, não pode o resultado interpretativo se constituir numa norma de exclusão, sob pena de subversão do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais. Então, vejamos:

“No entanto, a união homoafetiva merece ser reconhecida como entidade familiar, pois tem como fundamento de constituição o mesmo alicerce presente nas demais: o afeto. Comprovada a existência de relacionamento duradouro, em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, e está frente a uma entidade familiar, forma de convívio que goza da proteção constitucional. Nada justifica que se lhe negue reconhecimento. Passando duas pessoas a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fosse, foram um núcleo familiar à semelhança da união estável, independentemente do sexo a que pertencem. Para sua configuração, devem ser observados os mesmos requisitos do art. 1.723 da lei civil”(..⁴⁰¹.

Reforçando sempre seu raciocínio com o princípio da dignidade humana:

“A Constituição tem como vértice o respeito à dignidade humana e aos princípios da liberdade e da igualdade, o que impõe que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito de proteção estatal como entidades familiares. Descabido negar direitos a vínculos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tenham como jurídicos os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres, ou só por mulheres, ou só por homens. Atendidos os requisitos legais para a configuração de união estável, necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes.”⁴⁰²

16.6.13. Interessante notar ainda que a autora afirma que, na verdade, a união de pessoas do mesmo sexo não configura, na verdade, nem sociedade de fato e nem união estável, mas entidade familiar com características próprias, não expressamente prevista na

⁴⁰⁰ Idem, ibidem.

⁴⁰¹ Op.cit. p. 162.

⁴⁰² Idem, ibidem.

Constituição Federal⁴⁰³, revelando com isso uma outra senda interpretativa na qual trilham vários autores, que, não obstante verificarem um certo impedimento da configuração da união estável por falta do requisito da diversidade de sexo, assumem, a partir dos princípios constitucionais, que uma outra entidade familiar é possível de ser reconhecida pelo Direito. É preciso, com isso, diferenciar esta postura intelectual de uma outra posição que, mesmo verificando a desigualdade e as iniquidades produzida por uma interpretação obstativa da união estável para as pessoas do mesmo sexo, não avançam ao ponto de considerá-la como “ entidade familiar” como o faz este setor da doutrina.

16.6.14. Com efeito, embora com alguma especificidade, o professor Paulo Lôbo defende a tese de se possa reconhecer os mesmos direitos às pessoas homoafetivas, contudo, e aí esta a particularidade da tese, uma vez que não se trata de fazer analogia com a união estável prevista no texto constitucional, mas sim, de tratá-la como entidade familiar autônoma, apta, por si só, a tutelar direitos dos conviventes homoafetivos. Contudo, esta peculiaridade do seu argumento não o afasta do entendimento de que a Constituição tutela esta forma de opção de vida em conjunto. Nessa esteira, inicia sua lição com a seguinte provocação: “As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Prosseguindo, então:

Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família. A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de casal (homem e mulher). A constituição não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. ”⁴⁰⁴ (grifamos).

16.6.15. Vê-se, pois, que o autor é peremptório no sentido de que a Constituição não somente não proíbe a união estável entre pessoas do mesmo sexo, como vai além, fixa o entendimento de que não há “ norma de exclusão explícita de tutela destas uniões”, o que quer dizer, em última análise que a “ constituição não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo”.

“a ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis independentemente de regulamentação. Por outro lado, entendemos que não há necessidade de equipá-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta. As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria”⁴⁰⁵. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos,

⁴⁰³ (...) Apesar da omissão legal e do preconceito moral e religioso, não há como negar à união entre pessoas do mesmo sexo o direito de ser reconhecida como família. Não configura sociedade de fato nem união estável, mas entidade familiar com características próprias, não expressamente previstas na Constituição Federal”. Op.cit. p.180.

⁴⁰⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 68.

⁴⁰⁵ Esta também é a posição de Maria Berenice Dias, como vimos.

como fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas por analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos. O efeito prático é o mesmo, mas preservando-se suas singularidades.”⁴⁰⁶ (grifamos)

Contudo, não ‘fechando os olhos’ para uma outra realidade, assevera:

“Todavia, ainda é forte na jurisprudência dos tribunais o entendimento que nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais, incluindo o Código Civil, tutelam a união homossexual como entidade familiar. Os tribunais demonstram maior receptividade para atribuição de efeitos às uniões homossexuais, no plano do direito das obrigações, como “sociedades de fato”, relativamente às matérias patrimonial, para o que a competência de julgamento é da Vara Cível comum e não da Vara de Família. Mas realidade da vida e complexidade das situações têm feito que a jurisprudência também se pronuncie sobre os efeitos pessoais dessas uniões.”⁴⁰⁷

16.6.16. Certamente, pois, não se pode tratar como exclusivamente patrimonial relação que têm por base laços de afeto e consideração, é por isso que a jurisprudência, como bem disse Paulo Lôbo, tem considerado os efeitos pessoais dessas uniões. E fecha seus comentários sobre o tema com a seguinte lição:

“Além da invocação das normas da Constituição que tutelam

⁴⁰⁶ Ob.cit. p. 69. O autor ainda aduz sobre a legislação estrangeira e a possibilidade de adoção por pessoas homoafetivas, consignando que: Na legislação estrangeira avança-se na admissão do casamento de homossexuais, com os mesmos efeitos do casamento de heterossexuais, como ocorreu com a lei de julho de 2005 do Canadá, em seguida à decisão da Suprema Corte que entendeu ser a limitação a sexos opostos violação da garantia constitucional da igualdade. E ainda, sob o argumento da impossibilidade de filiação por casal “O argumento da impossibilidade de filiação por casal de homossexuais não se sustenta, pelas seguintes razões: a) a família sem filhos é família tutelada constitucionalmente; b) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; c) a adoção permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42 do ECA e art. 1618 do Código Civil), não impede que a criança se integre à família, ainda que o parentesco civil seja apenas com um dos parceiros. “ Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito. Sobre a adoção, não há impedimento constitucional para que duas pessoas do mesmo sexo, que vivam em relação afetiva, possam adotar a mesma criança. Não pode o art. 1622, do Código Civil limitar a adoção conjunta aos cônjuges ou aos companheiros, porque é restrição que a Constituição não o faz. Emerge dos §§5º e 6º do art. 227 da Constituição a abertura para a adoção, sem discriminação, como meio de integração familiar das crianças e adolescentes órfãos ou abandonadas em abrigos. Como fundamentou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AP. 70013801592, 2006), ao decidir pela adoção de criança por casal homossexual, “ é hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Com efeito, pesquisa científicas têm concluído que a orientação sexual dos pais não importa para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Está é a conclusão, por exemplo, de um estudo realizado com oitenta e oito adolescentes típicos dos Estados Unidos, de diversas raças, sexos, rendas familiares (44 viviam com casais de mulheres e 44 com casais heterossexuais), que mediu a auto-estima, a integração, o rendimento escolar e o tipo de relações, não se tendo encontrado diferenças entre um grupo e outro. Estudo semelhante na Holanda, realizado por pesquisadores da Universidade de Utecht, resultou em igual conclusão “ todos os estudos no país indicam que paternidade e adoção gay não causam problemas às crianças”. Op.cit. 70.

⁴⁰⁷ Op.cit. p. 70.

especificamente as relações familiares, preferidas nesta exposição, a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homossexuais no âmbito dos direitos fundamentais, sediados no art. 5º, notadamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Tais normas assegurariam “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente à pessoa humana”, dissolvendo-se a “névoa de hipocrisia” que encobre a negação desses efeitos jurídicos. A doutrina tem registrado a mudança de valores culturais, que o direito não pode desconsiderar: Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro”. O Judiciário brasileiro aos poucos avança no reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como união afetiva, no âmbito do direito de família, valendo-se analogicamente da união estável, ou simplesmente, como nos parece mais em conformidade ao sistema jurídico brasileiro, entidade familiar autônoma ⁴⁰⁸.

16.6.17. Esta constatação de que a possibilidade de tutela das relações homoafetivas se dá por vários fundamentos presidiu a confecção desta peça, posto que, os argumentos que dão sustentação jurídica ao entendimento estão vazados na disciplina normativa de vários textos constitucionais e nos comentários da doutrina e nos julgados dos nossos tribunais, que, arrimados, seja nos princípios da igualdade, no da liberdade, no direito personalíssimo a orientação sexual, ou no direito a privacidade, incluído nos comandos protetores da intimidade e da vida privada foram trazidos à baila para o entendimento destes supedâneos argumentativos.

16.6.18. Com igual entendimento de que as uniões homoafetivas não são uniões estáveis, mas entidades familiares tutelados pelo direito de família, e sendo assim, devem receber os influxos deste direito e não do direito das obrigações, quando consideradas sociedades de fato, em razão da presença da afetividade nestas relações, o que afasta o entendimento de que devem ser tratados somente sob o viés patrimonial, a lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

“A Carta Magna é expressa ao exigir a diversidade de sexos para a constituição da união estável. Como visto alhures, estabeleceu o constituinte que se reconhece” a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar” para fins de proteção estatal, no que foi seguido pelo Código Civil (art. 723).

É bem verdade que esse elemento caracterizador das entidades familiares apresenta-se conectado a padrões morais de outros tempos, argumentando parte da doutrina que a exigência de dualidade de sexos decorreria da impossibilidade dos homossexuais assumirem, concomitantemente, o papel de pai e mãe em uma relação familiar.

⁴⁰⁸ Op.cit.72.

Não nos parece razoável. Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas. Outrossim, não se pode olvidar que mesmo os casais homossexuais poderão, eventualmente, experimentar a paternidade, através de reprodução assistida e da adoção, conforme vem reconhecendo a jurisprudência mais recente. A outro giro, também não se pode submeter a caracterização de família à decorrência de prole, uma vez que o planejamento familiar é opção do casal, não se descaracterizando uma família somente pela inexistência de filhos.

De fato, não se pode fechar os olhos a existência de entidades familiares homoafetivas, pessoas (eventualmente de um mesmo gênero sexual) que se unem ao redor de objetivos comum, que dedicam amor recíproco e almejam felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, juridicamente, tais grupos familiares, não limitando a constituição das entidades convivências.

De qualquer maneira, é preciso sublinhar que as uniões homoafetivas, embora não reconhecidas como união estável, devem ser tuteladas como entidades familiares autônomas, protegidas no âmbito do Direito de Família. O que não se pode tolerar é o seu tratamento como meras sociedades de fato, repercutindo, apenas, no âmbito das relações obrigacionais. Seria um verdadeiro atentado contra os direitos humanos, pois estaria se reduzindo a relação entre dois seres humanos a efeitos, tão somente, no espaço patrimonial.⁴⁰⁹

16.6.19. Perfilha do mesmo entendimento Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, para quem, para que:

“Torna-se inequívoco, portanto, que a única forma de solucionar dito conflito “ aparente” de normas é mediante (i) a aplicação da interpretação extensiva, reconhecendo-se que ambas as situações fáticas são idênticas, uma vez que baseadas no mesmo elemento valorativamente protegido pelas normas que regem a união estável (amor familiar), donde merecem, portanto, o mesmo tratamento jurídico; ou (ii) a aplicação da analogia, no sentido de se reconhecer que, se não forem idênticas, as uniões homoafetivas guardam extrema similitude em relação as heteroafetivas, visto que elas são idênticas naquilo que lhes é fundamental (e é igualmente fundamental à união estável), que é a existência do amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, que é o elemento formador da família contemporânea formada por casais. Vista a questão de outra forma, tem-se por cabível a analogia pelo fato de que a única “

⁴⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVLAD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 450-451.

diferença” entre as uniões estáveis hetero e homoafetivas configurar-se-ia, tão somente, pelo sexo dos parceiros, que, em um caso, são diversos e, em outro, homogêneos, além da orientação sexual de ambos, não havendo ademais nenhum fundamento lógico-racional entre a discriminação pretendida (não-aplicação do Direito de Família) com relação ao critério de igualação erigido (orientação sexual e sexo do par), e muito menos correlação lógica concreta entre tal diferenciação e os preceitos constitucionais vigentes.”⁴¹⁰.

16.6.20. Em face de todo o exposto, colhe-se que a tese de que há espaço interpretativo para se considerar que a união estável entre pessoas do mesmo sexo possa ser compreendida como igualmente protegida pela legislação que protege união com diversidade de sexo. E este espaço interpretativo é aceito pela doutrina, tanto no sentido de entender a aplicabilidade direta da proteção constitucional e legal à união homoafetiva, quando por se tratar de entidade familiar *sui generis* que também merece a proteção constitucional como notícia toda a doutrina colacionada.

17. MANIFESTAÇÕES JURISPRUDENCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA

17.1. DECISÕES DO STF.

Embora pendentes de julgamento duas ações do controle concentrado de constitucionalidade que poderiam levar ao desate da questão, a ADPF, nº 132, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, e a ADIn, 4227⁴¹¹, Rel. Min. Ellen Gracie, proposta pelo Procurador-Geral da

⁴¹⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. . Manual da Homoafetividade. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.317

⁴¹¹ Proposta inicialmente como ADPF, autuada como ADPF nº 178 e convertida na ADIn 4277/DF após aditamento da inicial conforme despacho da Presidência do STF, a indicar a dificuldade do tema também em sede processual constitucional. ADPF 178 / DF - DISTRITO FEDERAL ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. PRESIDENTE Julgamento: 08/07/2009 Presidente Min. GILMAR MENDES Publicação DJe-146 DIVULG 04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009, p. 185-186 Decisão DESPACHO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental na qual se requer “que esta Corte declare: (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo” (fl. 2). Segundo consta da petição inicial, “a tese desta ADPF é a de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implica em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput), e da proteção à segurança jurídica” (fl. 7). Em primeira análise dos autos, verifico que o pedido está delimitado da seguinte forma (fl. 46): “Em face do exposto, espera a requerente seja julgada procedente a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental para: a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros das uniões entre pessoas do mesmo sexo.” A Lei nº 9.882/99 dispõe, em seu art. 1º, que “a argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público”. A petição inicial, em capítulo específico (fl. 8), tenta esclarecer os atos do poder público que seriam objeto da presente argüição: “No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve

República, é possível verificar que, pelo menos em decisões monocráticas, alguns ministros do o STF já se manifestaram sobre a questão em debate. Como exemplo, a decisão do Min. Marco Aurélio na Petição nº 1984/RS, de 02.2003. a decisão do Min. Celso de Mello na ADIn 3.300, e a decisão da lavra do Min. Gilmar Mendes no Recurso Eleitoral, todas apontando no sentido da possibilidade do entendimento que se estende as uniões homoafetivas a proteção estatal conferida pelas diversas leis que tratam de união estável. Contudo, há a decisão do Min. Eros Grau em RE em sentido contrário. Assim, se por um lado não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de forma definitiva sobre o tema, por outro, também não se pode dizer que o Tribunal, pela voz de alguns dos seus pares, não aponta uma direção quando teve oportunidade de se debruçar sobre a questão alguns dos seus ministros.

Decisão na Pet. 1984. Rel. Min. Marco Aurélio.

DECISÃO:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA.

1. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): Com as considerações supra, DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que:

a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente

tanto atos comissivos como omissivos, relacionados ao não-reconhecimento público da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e à conseqüente denegação aos seus partícipes de uma pletora de direitos que decorreriam deste status - e.g., direito a alimentos, direito a sucessão do parceiro falecido, direito a percepção de benefícios previdenciários, direito a fazer declaração conjunta de imposto de renda, direito de subrogar-se no contrato de locação residencial do companheiro falecido, ou de prosseguir no contrato no caso de dissolução da união, direito à visitação íntima em presídios, direito à obtenção de licença para tratamento de pessoa da família, ou de licença em caso de morte, do companheiro ou companheira, dentre tantos outros. Estes atos envolvem todos os poderes do Estado, nas três esferas da Federação, no âmbito das respectivas competências. Seria possível citar, a título de ilustração, as decisões judiciais de diversos Tribunais, que se negam a reconhecer como entidades familiares as referidas uniões, e os atos das administrações públicas que não concedem benefícios previdenciários estatutários aos companheiros dos seus servidores falecidos. Na verdade, existe um verdadeiro estado geral de inconstitucionalidade nesta matéria, que se desdobra em uma multiplicidade de atos e omissões estatais, implicando em séria ofensa aos direitos fundamentais dos homossexuais". A inexistência aparente de objeto específico e delimitado torna necessária, neste momento preliminar, a emenda da petição inicial para que sejam esclarecidos quais os atos do poder público que violariam os preceitos fundamentais citados. Ademais, não vislumbro questão urgente que justifique o exercício, por esta Presidência, da competência prevista no art. 13, inciso VIII, do Regimento Interno do STF, com a redação conferida pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008 (DJE nº 202, p. 1, de 24/10/2008). O tema constitucional versado na presente ação também é objeto de discussão na ADPF nº 132, de Relatoria do Ministro Carlos Britto, que já está instruída com parecer do Procurador-Geral da República e em momento oportuno será julgada pelo Plenário desta Corte. Ante o exposto, fixo o prazo de 10 (dez) dias para a emenda da petição inicial. Intime-se. Publique-se. Brasília, 8 de julho de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente (art. 13, VIII, RI-STF)

preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/91);

b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso;

c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo parquet (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade. O requerente esclarece que encaminhou a suspensão, inicialmente, ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e, diante do indeferimento do pleito, vem renová-lo nesta Corte, à luz do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, com a redação da Medida Provisória nº 1.984-16, fazendo-o ante a natureza constitucional do tema de mérito em discussão. Assevera que a decisão fere a ordem e a economia públicas. Quanto à primeira, aduz que o ato "possibilita que qualquer pessoa se diga companheiro de pessoa de mesmo sexo e solicite o benefício" (folha 4), prejudicando o funcionamento da máquina administrativa, em face da ausência de fixação de critérios. Argúi, em passo seguinte, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor a demanda, ao argumento de que o direito envolvido é individual. Registra: "o gozo de benefício previdenciário não é interesse difuso ou coletivo a ser tutelado por ação civil pública" (folha 5). Além disso, ressalta a impossibilidade de conceder-se, à liminar, abrangência nacional, na medida em que os artigos 11 e 110 da Lei nº 5.010/66 e 16 da Lei nº 7.347/85 "restringem a eficácia erga omnes inerente à decisão de procedência em ação civil pública aos limites territoriais da jurisdição do órgão prolator da decisão" (folha 7). A favor desse entendimento, evoca precedente desta Corte. Sustenta a violação ao princípio da separação dos Poderes, apontando que a Juíza substituiu o Congresso Nacional ao reconhecer a união estável ou o casamento entre homossexuais. A lesão à economia pública decorreria do fato de não se ter estabelecido a fonte de custeio para o pagamento do benefício, o que acabaria por gerar desequilíbrio financeiro e atuarial. O ministro Carlos Velloso, então Presidente da Corte, determinou a remessa dos autos à Procuradoria Geral da República, seguindo-se o parecer de folha 89 a 96, em torno do deferimento do pleito de suspensão. O Advogado-Geral da União manifestou-se por meio da peça de folhas 98 e 99. Defende o legítimo interesse da União para ingressar no feito, na qualidade de assistente simples, por ser responsável pelo financiamento do déficit da Previdência Social. O pedido de ingresso restou atendido à folha 98. Em despacho de folha 100, o INSS foi instado a informar se interpôs agravo à decisão, proferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que implicara o indeferimento da suspensão. Positiva a resposta da autarquia, sobreveio o despacho de folha 165, mediante o qual foram requisitadas cópias dos acórdãos para anexação ao processo. Desta providência, desincumbiu-se o requerente, conforme se depreende dos documentos de folha 172 a 203. Em 5 de junho de 2001, chamei o processo à ordem e determinei, à luz do princípio do

contraditório, fosse dado conhecimento desta medida ao autor da ação civil pública (folha 215). Na defesa de folha 223 a 259, além de aludir-se ao acerto da decisão impugnada, aponta-se a ausência de dano à ordem ou à economia públicas. O Procurador-Geral da República, no parecer de folhas 426 e 427, reitera o pronunciamento anterior. Diante da passagem do tempo, despachei, à folha 429, a fim de que fossem prestadas informações sobre a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. O requerente noticia, à folha 451, haver sido julgado procedente o pedido formulado na ação, interpondo-se a apelação, recebida no efeito devolutivo, por isso persistindo o interesse na suspensão. Instei, então, o Instituto a aditar, querendo, o pedido, trazendo aos autos o inteiro teor da sentença proferida. Daí o aditamento de folha 471 a 474, com a notícia de que a peça encontra-se à folha 351 à 423.

2. Extraem-se da Constituição Federal algumas premissas: a - as ações, medidas e recursos de acesso ao Supremo Tribunal Federal nela estão previstos ante a competência definida no artigo 102; b - em se tratando de recurso, tal acesso pressupõe o esgotamento da jurisdição na origem - artigo 102, incisos II e III. Soma-se a esse balizamento outro dado muito importante: de acordo com a jurisprudência reiterada, apenas se admite a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação cautelar que vise a imprimir eficácia suspensiva a certo recurso, uma vez não só interposto, como também submetido ao crivo do juízo primeiro de admissibilidade, verificando-se, neste último, a devolução da matéria. Então, há de considerar-se como sendo de excepcionalidade maior a possibilidade de chegar-se à Suprema Corte por meio de pedido de suspensão de medida liminar, sentença ou acórdão - procedimento que ganha contornos de verdadeira ação cautelar -, e, mesmo assim, diante do que, até aqui, está sedimentado acerca da admissibilidade da medida. Tanto quanto possível, devem ser esgotados os remédios legais perante a Justiça de origem, homenageando-se, com isso, a organicidade e a dinâmica do próprio Direito e, mais ainda, preservando-se a credibilidade do Judiciário, para o que mister é reconhecer-se a valia das decisões proferidas, somente atacáveis mediante os recursos pertinentes. Estes, por sinal, viabilizam a almejada bilateralidade do processo, o tratamento igualitário das partes, o que não ocorre com a suspensão de liminar, segurança, tutela antecipada ou qualquer outra decisão. Consubstancia a medida tratamento diferenciado, somente favorecendo as pessoas jurídicas de direito público. Nisso, aqueles que a defendem tomam-na como a atender interesse coletivo, mas deixam de atentar para a dualidade entre o interesse coletivo primário, a beneficiar todos, e o interesse coletivo secundário, ou seja, os momentâneos e isolados da Administração Pública, sempre sujeitos aos ares da política governamental em curso. Assim, toda e qualquer norma ordinária que enseje o acesso direto e com queima de etapas ao Supremo Tribunal Federal deve ser aplicada com a cabível cautela.

A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido. Dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso. É potencializar a base da suspensão a ponto de ser colocado em plano secundário o arcabouço normativo, o direito por vezes, e diria mesmo, na maioria dos casos, subordinante, consagrado no ato processual a que se dirige o pedido de suspensão. Não há como concluir que restou configurada lesão à

ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, fazendo-o à margem do que decidido na origem, ao largo das balizas do ato processual implementado à luz da garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário. Na prática de todo e qualquer ato judicante, em relação ao qual é exigida fundamentação, considera-se certo quadro e a regência que lhe é própria, sob pena de grassar o subjetivismo, de predominar não o arcabouço normativo que norteia a atuação, mas a simples repercussão do que decidido. Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União. Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela

Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor.

3. Indefiro a suspensão pretendida.

4. Publique-se.

Brasília, 10 de fevereiro de 2003.

Ministro MARCO AURÉLIO

17.2. DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

No Tribunal Superior Eleitoral, cite-se o leading case conhecido como caso Viseu, Recurso especial Eleitoral nº 24564, Rel. Min. Gilmar Mendes, onde o Tribunal que negou registro à candidatura de parceira homoafetiva que postulava o ingresso no cargo de Prefeito Municipal, este anteriormente ocupado por sua companheira. A Constituição Federal toma inelegível, no mesmo território de jurisdição, o cônjuge e o parente, ainda que por afinidade não vendo dificuldades o acórdão em fazer a analogia necessária para impedir que o processo eleitoral restasse viciado por uma interpretação literal dos dispositivos constitucionais. O acórdão ficou assim ementado:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO **ESTÁVEL** HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação **estável** homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação **estável**, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento.

17.3. JURISPRUDENCIA DO STJ

A jurisprudência do STJ que, no início, somente reconhecia a união estável entre pessoas do mesmo sexo tão somente como sociedade de fato, evoluiu para o entendimento de que poderia se entender estas uniões como protegidas legalmente em face da interpretação analógica ou extensiva aos dispositivos legais aplicáveis a união estável. Não obstante a existência, também, decisões em sentido contrário, embora minoritárias. Hodiernamente o Superior Tribunal de Justiça tende a se posicionar pela prejudicialidade da matéria de fundo, posto, em última análise não se trata de interpretar a lei federal, mas, de verificar a compatibilidade desta com as regras e os princípios constitucionais, daí que os recursos especiais tem sido sobrestados para se aguardar o entendimento do STF sobre o tema. Como se pode ver dos julgados abaixo colacionados.

17.3.1 . DECISÕES QUE RECONHECEM TÃO SOMENTE A EXISTENCIA DE SOCIEDADE DE FATO

17.3.1.1. Processo REsp 148897 / MG RECURSO ESPECIAL 1997/0066124-5

Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 10/02/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 06/04/1998 p. 132 LEXSTJ vol. 108 AGOSTO/1998 p. 235 RDR vol. 11 p. 382 REVFOR vol. 344 p. 313 REVFOR vol. 346 p. 253 RJTAMG vol. 69 p. 513 RSTJ vol. 110 p. 313 RT vol. 756 p. 117

Ementa

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMONIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTENCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTENCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDENCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSORIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.

Acórdão

POR UNANIMIDADE, CONHECER EM PARTE DO RECURSO E, NESSA PARTE, DAR-LHE PROVIMENTO.

17.3.1.2 REsp 502995 / RN RECURSO ESPECIAL 2002/0174503-5 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 26/04/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 16/05/2005 p. 353 RDTJRJ vol. 73 p. 113 REVJUR vol. 332 p. 113

Ementa

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.

1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.

2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não

desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares.

3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.

4. Recurso especial não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator.

17.3.1.3. REsp 648763 / RS RECURSO ESPECIAL 2004/0042337-7 Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 07/12/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 16/04/2007 p. 204 RSTJ vol. 206 p. 336

Ementa

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

17.3.1.4. REsp 773136 / RJ RECURSO ESPECIAL 2005/0131665-6 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 10/10/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 13/11/2006 p. 259 RNDJ vol. 86 p. 86

Ementa

Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. - Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1º da Lei n.º 9.278/96.

- A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora.

17.3.2 DECISÕES QUE RECONHECEM A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO UNIÃO ESTÁVEL OU ENTIDADE FAMILIAR CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA

17.3.2.1. REsp 395904 / RS RECURSO ESPECIAL 2001/0189742-2 Relator(a) Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (1127) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 13/12/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 06/02/2006 p. 365 RIOBTP vol. 203 p. 138

Ementa

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem

jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez. 2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é daíndole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes. 3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251). 4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: " Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. " 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 - Recurso Especial não provido.

Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro PAULO MEDINA, acompanhando o voto da Relatoria, no que foi seguido pelo Sr. Ministro PAULO GALLOTTI, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros PAULO GALLOTTI e PAULO MEDINA. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro HAMILTON CARVALHIDO e, ocasionalmente, o Sr. Ministro NILSON NAVES. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PAULO GALLOTTI.

17.3.2.2. REsp 413198 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO Data da Publicação 11/06/2008 Decisão RECURSO ESPECIAL Nº 413.198 - RS (2002/0013749-5) RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS PROCURADOR : PATRÍCIA HELENA BONZANINI E OUTRO(S) RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, impugnando acórdão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. NORMAS CONSTITUCIONAIS. CF, ART. 226, § 3º. INTEGRAÇÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMPLITUDE DA LIMINAR. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEI Nº 7.347/85, ART. 16, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.494/97.

1. As normas constitucionais, soberanas embora na hierarquia, são sujeitas a interpretação. Afasta-se a alegação de que a espécie cuida de inconstitucionalidade de lei; o que ora se trata é de inconstitucionalidade na aplicação da lei; o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal; sim, de ampliar seu uso, por integração.

2. É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência.

3. Rejeitada foi a alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado da constitucionalidade pela própria Corte Constitucional em reclamação contra a mesma liminar ora telada, sob o fundamento de que a ação presente tem por objeto direitos individuais homogêneos, não sendo substitutiva da ação direta de

inconstitucionalidade.

4. A nova redação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, muito embora não padeça de mangra de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, devendo a liminar ter amplitude nacional, principalmente por tratar-se de ente federal." (fl. 175) Opostos embargos declaratórios, foram estes acolhidos sem efeitos

modificativos. Além da divergência jurisprudencial, a violação dos artigos 21 da Lei 7.347/85, 5º da LC 75/93, e 16 da Lei nº 8.213/91 funda a insurgência especial. Para tanto, alega o recorrente que o Ministério Público não possui legitimidade ativa para propor a presente ação civil pública, pois os interesses envolvidos nesta ação, embora homogêneos, não estão incluídos entre os direitos do consumidor, única hipótese prevista na referida lei para defesa de direitos individuais homogêneos. Afirma, ainda, que não há como se reconhecer a inscrição de companheiro homossexual como dependente previdenciário, uma vez que tanto a Constituição Federal como a legislação infraconstitucional não reconhece a relação estável entre pessoas do mesmo sexo. Recurso especial tempestivo (fl. 194), respondido (fls. 224) e admitido (fls. 259/260). Tudo visto e examinado, decido.

Para certeza das coisas, eis a letra do acórdão impugnado:

"(...)

Desde já, afasto a alegação de que a espécie cuida de inconstitucionalidade de lei, o que ora se trata é de inconstitucionalidade na aplicação da lei; o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal, sim, de ampliar o seu uso, por integração.

(...)

No entanto, nem mesmo a hipótese vertente implicaria uma interpretação constitucional, porque não se está sequer admitindo a existência de uma 'união estável'. A interpretação, o preenchimento da lacuna, está a nível infraconstitucional. In casu, não se pretende equiparar a convivência homossexual ao casamento. Não se pretende sequer reconhecer a união estável de homossexuais. O que se está fazendo é uma integração do conceito de 'companheiro' frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro possa ter o amparo previsto em lei exatamente, para que a pessoa que perde sua fonte de subsistência com a morte do segurado não fique relegada à miséria. (...)" (fls. 165/167). Como se vê, o Tribunal local entendeu que, in casu, não se trata de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas sim, do reconhecimento do dependente de segurado na Previdência Social. A matéria não é nova e já se encontra pacificada na Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, conforme se depreende do seguinte precedente:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v.acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexprimir, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes.

3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: " Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. " 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 - Recurso Especial não provido." (REsp nº 395.904/RS, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, in DJ 6/2/2006). Tem incidência, assim, o enunciado nº 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, verbis:

"Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Gize-se, em remate, que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se já em que o enunciado nº 83 de sua Súmula não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea "a". Nesse sentido, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - CADERNETA DE POUPANÇA - JANEIRO DE 1987.

(...)

II - A matéria é jurisprudência pacífica e o acórdão recorrido manifestou-se de acordo com esse entendimento. Qualquer discussão neste sentido fará incidir a Súmula 83 que, não obstante referir-se a alínea 'c' do permissivo constitucional, amolda-se a alínea 'a' por caracterizado, no ponto, a falta de interesse de agir.

(...)

V - Regimental improvido." (AgRgAg nº 98.449/PR, Relator Ministro Waldemar Zveiter, in DJ 19/8/96).

"RECURSO ESPECIAL. SÚMULA Nº 83-STJ. AMPLITUDE.

I - A Súmula nº 83 desta Corte é aplicável, também, aos recursos especiais fundados na letra 'a' do permissivo constitucional.

II - Agravo regimental desprovido." (AgRgAg nº 135.461/RS, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, in DJ 18/8/97).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 83 - STJ. DECISÃO. RELATOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PLANO CRUZADO. TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. MAJORAÇÃO. DL. Nº 2283 E 2284/86. PORTARIA 038 E 045/86 DO DNAEE.

1. Também se aplica o Enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional. 2. Distribuído o agravo, o relator proferirá decisão dando ou negando provimento ao recurso. 3. Em face do congelamento de preços impostos pelos referidos Decretos-leis, a majoração da tarifa de energia elétrica, autorizada em franca vigência daquele, é de manifesta ilegalidade.

Agravo improvido." (AgRgAg nº 423.531/RS, Relator Ministro Garcia Vieira, in DJ 30/9/2002).

Gize-se, em remate, que o egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a PET nº 1984/RS, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, referente à liminar deferida nesta Ação Civil Pública (nº 2000.71.00.009347-0), indeferiu a suspensão pretendida, nos seguintes termos:

"DECISÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA.

1. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): Com as considerações supra, DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/91); b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita

diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso; c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo parquet (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade.

O requerente esclarece que encaminhou a suspensão, inicialmente, ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e, diante do indeferimento do pleito, vem renová-lo nesta Corte, à luz do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, com a redação da Medida Provisória nº 1.984-16, fazendo-o ante a natureza constitucional do tema de mérito em discussão. Assevera que a

decisão fere a ordem e a economia públicas. Quanto à primeira, aduz que o ato "possibilita que qualquer pessoa se diga companheiro de pessoa de mesmo sexo e solicite o benefício" (folha 4), prejudicando o funcionamento da máquina administrativa, em face da ausência de fixação de critérios. Argúi, em passo seguinte, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor a demanda, ao argumento de que o direito envolvido é individual. Registra: "o gozo de benefício previdenciário não é interesse difuso ou coletivo a ser tutelado por ação civil pública" (folha 5). Além disso, ressalta a impossibilidade de conceder-se, à liminar, abrangência nacional, na medida em que os artigos 11 e 110 da Lei nº 5.010/66 e 16 da Lei nº 7.347/85 "restringem a eficácia erga omnes inerente à decisão de procedência em ação civil pública aos limites territoriais da jurisdição do órgão prolator da decisão" (folha 7). A favor desse entendimento, evoca precedente desta Corte. Sustenta a violação ao princípio da separação dos Poderes, apontando que a Juíza substituiu o Congresso Nacional ao reconhecer a união estável ou o casamento entre homossexuais. A lesão à economia pública decorreria do fato de não se ter estabelecido a fonte de custeio para o pagamento do benefício, o que acabaria por gerar desequilíbrio financeiro e atuarial. O ministro Carlos Velloso, então Presidente da Corte, determinou a remessa dos autos à Procuradoria Geral da República, seguindo-se o parecer de folha 89 a 96, em torno do deferimento do pleito de suspensão. O Advogado-Geral da União manifestou-se por meio da peça de folhas 98 e 99. Defende o legítimo interesse da União para ingressar no feito, na qualidade de assistente simples, por ser responsável pelo financiamento do déficit da Previdência Social. O pedido de ingresso restou atendido à folha 98. Em despacho de folha 100, o INSS foi instado a informar se interpôs agravo à decisão, proferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que implicara o indeferimento da suspensão. Positiva a resposta da autarquia, sobreveio o despacho de folha 165,

mediante o qual foram requisitadas cópias dos acórdãos para anexação ao processo. Desta providência, desincumbiu-se o requerente, conforme se depreende dos documentos de folha 172 a 03. Em 5 de junho de 2001, chamei o processo à ordem e determinei, à luz do princípio do contraditório, fosse dado conhecimento desta medida ao autor da ação civil pública (folha 215). Na defesa de folha 223 a 259, além de aludir-se ao acerto da decisão impugnada, aponta-se a ausência de dano à ordem ou à economia públicas. O Procurador-Geral da República, no parecer de folhas 426 e 427, reitera o pronunciamento anterior. Diante da passagem do tempo, despachei, à folha 429, a fim de que fossem prestadas informações sobre a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. requerente noticia, à folha 451, haver sido julgado procedente o pedido formulado na ação, interpondo-se a apelação, recebida no efeito devolutivo, por isso persistindo o interesse na suspensão. Instei, então, o Instituto a aditar, querendo, o pedido, trazendo aos autos o inteiro teor da sentença proferida. Daí o aditamento de folha 471 a 474, com a notícia de que a peça encontra-se à folha 351 à 423. 2. Extraem-se da Constituição Federal algumas premissas: a - as ações, medidas e recursos de acesso ao Supremo Tribunal Federal nela estão previstos ante a competência definida no artigo 102; b - em se tratando de recurso, tal acesso pressupõe o esgotamento da jurisdição na origem - artigo 102, incisos II e III. Soma-se a esse balizamento outro dado muito importante: de acordo com a jurisprudência reiterada, apenas se admite a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação cautelar que vise a imprimir eficácia suspensiva a certo recurso, uma vez não só interposto, como também submetido ao crivo do juízo primeiro de admissibilidade,

verificando-se, neste último, a devolução da matéria. Então, há de considerar-se como sendo de excepcionalidade maior a possibilidade de chegar-se à Suprema Corte por meio de pedido de suspensão de medida liminar, sentença ou acórdão - procedimento que ganha contornos de verdadeira ação cautelar -, e, mesmo assim, diante do que, até aqui, está sedimentado acerca da admissibilidade da medida. Tanto quanto possível, devem ser esgotados os remédios legais perante a Justiça de origem, homenageando-se, com isso, a organicidade e a dinâmica do próprio Direito e, mais ainda preservando-se a credibilidade do Judiciário, para o que mister é reconhecer-se a valia das decisões proferidas, somente atacáveis mediante os recursos pertinentes. Estes, por sinal, viabilizam a almejada bilateralidade do processo, o tratamento igualitário das partes, o que não ocorre com a suspensão de liminar, segurança, tutela antecipada ou qualquer outra decisão. Consubstancia a medida tratamento diferenciado, somente favorecendo as pessoas jurídicas de direito público. Nisso, aqueles que a defendem tomam-na como a atender interesse coletivo, mas deixam de atentar para a dualidade entre o interesse coletivo primário, a beneficiar todos, e o interesse coletivo secundário, ou seja, os momentâneos e isolados da Administração Pública, sempre sujeitos aos ares da política governamental em curso. Assim, toda e qualquer norma ordinária que enseje o acesso direto e com queima de etapas ao Supremo Tribunal Federal deve ser aplicada com a cabível cautela. A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido. Dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso. É potencializar a base da suspensão a ponto de ser colocado em plano secundário o arcabouço normativo, o direito por vezes, e diria mesmo, na maioria dos casos, subordinante, consagrado no ato processual a que se dirige o pedido de suspensão. Não há como concluir que restou configurada lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, fazendo-o à margem do que decidido na origem, ao largo das balizas do ato processual implementado à luz da garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário. Na prática de todo e qualquer ato judicante, em relação ao qual é exigida fundamentação, considera-se certo quadro e a regência que lhe é própria, sob pena de grassar o subjetivismo, de predominar não o arcabouço normativo que norteia a atuação, mas a simples repercussão do que decidido. Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou

companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do

direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União. Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor. 3. Indefiro a suspensão pretendida.

4. Publique-se." (Pet 1984 / RS, Relator Ministro Marco Aurélio, in DJ 20/2/2003). Pelo exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 30 de maio de 2008.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

17.3.2.3. REsp 820475/RJ; RECURSO ESPECIAL

2006/0034525-4; **Relator(a):** Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO; **Relator(a) p/ Acórdão:** Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO- QUARTA TURMA; **Data do Julgamento:** 02/09/2008; **Data da Publicação/Fonte:** Dje 06/10/2008

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

17.3.2.4.4 AgRg no Ag 971466 / SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO

2007/0256562-4 Relator(a) Ministro ARI PARGENDLER (1104) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA **Data do Julgamento 02/09/2008** Data da Publicação/Fonte DJe 05/11/2008

Ementa

PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. "A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica" (REsp nº 238.715, RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06). Agravo regimental não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os

Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo

regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrigli, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.128.414 - MG (2008/0267006-2)

DECISÃO

1. Agrava-se de decisão que negou seguimento a Recurso Especial fundado na alínea a do art. 105, III da Carta Magna, no qual a UNIÃO questiona acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. ART. 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, I, "C", DA LEI 8.112/90.

Havendo nos autos provas de sobejo na direção da constatação de que o requerente viveu em união homoafetiva com o ex-servidor falecido, durante mais de cinquenta anos, coabitando no mesmo endereço, mantendo cartão de crédito e conta bancária conjunta, além de se apresentarem no convívio social, assumindo publicamente a condição de companheiros, **é de ser reconhecida a união estável, nos termos da Lei Maior e da 8.112/90.**

A lei, só por si, não extingue comportamentos racistas, preconceituosos, discriminatórios ou mesmo criminosos, necessitando, antes, de uma conscientização da coletividade sobre serem odiosas as condutas assim tipificadas. Não é a falta de uma lei específica sobre o reconhecimento das uniões **homoafetivas** que vai alijar o requerente do seu direito de obter, comprovados os requisitos objetivos da união (convivência, relação amorosa, dependência econômica e publicidade da condição), o reconhecimento da existência de uma união estável propiciadora da pensão por morte requestada.

Ademais, o art. 3º, IV, da Constituição Federal, consagra o princípio da não-discriminação, impondo ao legislador ordinário a necessidade de obediência a tal preceito por ocasião de sua atuação legiferante, e possibilitando ao Poder Judiciário a observação dessa diretriz na interpretação e aplicação do direito posto no caso concreto.

Assim, a correta inteligência do art. 217, I, c da Lei 8.112/90 há de ser compreendida no sentido de que também nas **relações homoafetivas** existe o direito à pensão por morte instituída pelo servidor falecido.

Apelação desprovida.

Remessa oficial parcialmente provida (fls. 87).

2. A digna autoridade prolatora da decisão agravada reputou inexistentes os pressupostos para o processamento do recurso.

3. Contudo, tendo em vista a constatação, em exame perfunctório dos autos, do preenchimento dos requisitos de admissibilidade do Apelo Especial, bem como da plausibilidade da tese sustentada nas razões recursais, dá-se provimento ao Agravado para melhor exame da controvérsia. Subam os autos principais.

4. Publique-se; intimações necessárias.

(**Processo:** Ag 1128414; **Relator (a):** Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; **Data da Publicação :** 02/10/2009; MINISTRO RELATOR NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Brasília/DF, 28 de setembro de 2009.)

Contudo, a atual jurisprudência do STJ está no sentido de reconhecer a prejudicialidade do recurso extraordinário em face das questões constitucionais agitadas. Com efeito, se, com esta decisão o Tribunal não falta a interpretação extensiva, analógica, ou outra técnica de interpretação que poderia garantir o direito aos parceiros do mesmo sexo, por outro, torna visível que reconhece a incidência de preceitos constitucionais capazes de alterar o curso da ação, uma vez que, se dependesse tão somente do regramento insculpido na legislação federal, ademais se interpretada restritivamente, a orientação seria a formação de uma jurisprudência contrária.

Assim, colacionam-se alguns julgados no sentido da prejudicialidade do recurso extraordinário frente ao especial:

17.3.3. DECISÕES NO SENTIDO DO SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL TENDO VISTA A PREJUDICIALIDADE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

17.3.3.1. RECURSO ESPECIAL Nº 1.026.354 - PE (2008/0023979-2)

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI RECORRENTE: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO UFPE PROCURADOR: BRENO GUSTAVO VALADARES LINS E OUTRO(S)

RECORRIDO: LUIZ GONZAGA PEREIRA LEAL

ADVOGADO: CARLOS FREDERICO CARNEIRO LEÃO FALCÃO

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial, calcado na alínea "a" do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 5ª Região assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. LEI Nº 8.112/1990. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC Nº 25.

1- A sociedade de fato existente entre **homossexuais** merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação

2- A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro(a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada.

3- Mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/1990 não contemplaria a situação do Autor, se o Sistema Geral de Previdência do País cogita de hipótese similar - IN nº 25-INSS, que estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual -, em respeito ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, as disposições desse ato normativo.

4- A exigência de designação expressa pelo servidor visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor. Sua ausência não importa em impedimento à concessão do benefício, se confirmada essa vontade por outros meios idôneos de prova.

5- Comprovada a união estável do Autor com o segurado falecido, bem como sua dependência econômica em relação ao mesmo, e tendo-se por superada a questão relativa à ausência de designação, cumpre que se reconheça em favor dele o direito à obtenção da pensão requerida.

Precedentes. Apelação e Remessa Oficial improvidas" (fl. 331).

Aponta a recorrente violação dos artigos 217 da Lei nº 8.112/1990; 1.723 do Código Civil; 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação da Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

A controvérsia cinge-se à possibilidade de companheiro homossexual ser beneficiário de pensão por morte de servidor público.

O pedido inaugural foi julgado procedente, determinando-se o pagamento ao recorrido, na condição de companheiro, de metade da pensão por morte do servidor público, decisão integralmente mantida pelo Tribunal de origem.

O acórdão recorrido, com amparo nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade

da pessoa humana e da isonomia conferiu interpretação extensiva ao disposto no artigo 217, I, "c", da Lei nº 8.112/1990, razão pela qual configura-se a prejudicialidade do especial em relação ao recurso extraordinário, circunstância que, nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, autoriza o sobrestamento do presente recurso.

Outro não foi o entendimento da Sexta Turma ao apreciar hipótese semelhante, conforme se vê da seguinte ementa:

27.3.3.2. REsp 1026354; **Relator(a):** Ministro PAULO GALLOTTI; **Data da Publicação:** 26/06/2008; Brasília (DF),

"PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE.

SOCIEDADE DE FATO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. FUNDAMENTOS

CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE.

SOBRESTAMENTO. ARTIGO 543, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1 - Nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, 'na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

2 - Prejudicialidade reconhecida.

3 - Julgamento sobrestado.'

(REsp. nº 387.197/RS, do qual fui relator, DJU de 25/2/2004) Ante o exposto, nos termos do § 2º do artigo 543 do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do julgamento do recurso

especial até apreciação do recurso extraordinário.

Remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Publique-se.

20 de junho de 2008)

17.3.3.3. RECURSO ESPECIAL Nº 932.653 - RS (2007/0055656-0)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

RECORRENTE : UNIÃO

RECORRIDO : JOSÉ PEDRO FANTIN

ADVOGADO : LEILA STADOLNI ESPÍNDOLA E OUTRO

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR

PÚBLICO. COMPANHEIRO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. SOBRESTAMENTO. AUTOS REMETIDOS PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela União, fundamentado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO. REGIME DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. PRESCRIÇÃO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

Às obrigações de trato sucessivo, como entende a jurisprudência dominante, deve-se aplicar a Súmula 85 do STJ, que afasta a prescrição do fundo de direito, porém, prevê a prescrição das parcelas vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação. A interpretação que vêm sendo consolidada pelos nossos Tribunais defende a ótica de que não se deve ignorar os princípios norteadores da Lei Maior, que consagram a igualdade em seu artigos 3.º, IV e 5.º em detrimento da **discriminação** preconceituosa. Independentemente das teses enunciadas pelos diversos pretórios, é uníssono o repúdio da jurisprudência pátria à negativa aos companheiros **homossexuais** dos direitos que são ordinariamente concedidos aos parceiros de sexos diversos. O companheiro homossexual concorre igualmente com os demais dependentes referidos no art. 16, inciso I, da Lei 8.213/91. A União deve arcar com as parcelas vencidas da pensão desde o requerimento de habilitação do companheiro na via administrativa ou, na ausência desta, a partir do ajuizamento da ação. Os valores a serem pagos deverão ser corrigidos monetariamente desde a data em que se tornaram devidos. Definida a utilização do INPC, e, caso seja extinto esse indexador, pelo que vier a substituí-lo. Mantido o percentual de juros de mora estabelecido na sentença à mingua de recurso da parte autora.

Provida em parte a remessa oficial tão-somente para fixar o termo a quo dos juros de mora. Isto é, os juros moratórios deverão ser contados desde a data da citação inicial, em conformidade ao disposto no art. 405, do Novo Código Civil.

A recorrente alega violação dos arts. 226, § 3º da Constituição Federal c/c 217 da Lei 8.112/90, sustentando a impossibilidade de equiparação entre união estável e união homoafetiva, para efeito de concessão de pensão por morte.

Caso mantido o acórdão, pugna pela redução dos juros de mora para 6% ao ano, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Por fim, nos termos do art. 1º, § 2º da Lei nº 6.899/81, postula que a correção monetária das parcelas indenizatórias incida a partir do ajuizamento da ação.

É o relatório.

Decido.

A questão de fundo discutida nos presente autos refere-se à possibilidade de companheiro homossexual ser beneficiário de pensão por morte de servidor público. A sentença de primeiro grau julgou o pedido procedente, tendo sido determinada a implementação do benefício ao autor, ora recorrido, na condição de companheiro de servidor público, decisão posteriormente confirmada pelo Tribunal a quo. Tendo o acórdão recorrido conferido interpretação extensiva ao artigo 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90, para assim considerar companheiro de servidor público beneficiário de pensão por morte, bem como para equiparar união homoafetiva com união estável, fazendo-o com base nos princípios constitucionais da legalidade, igualdade e da dignidade da pessoa humana, entendo que, na espécie, o recurso extraordinário admitido na origem é prejudicial ao especial, devendo ser sobrestada a apreciação deste recurso, remetendo-se os autos ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento do extraordinário.

Confira-se precedente idêntico:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE.

SOCIEDADE DE FATO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. FUNDAMENTOS

CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE.

SOBRESTAMENTO. ARTIGO 543, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1 - Nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal

Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

2 - Prejudicialidade reconhecida.

3 - Julgamento sobrestado. (REsp. nº 387.197/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 5/2/2004) Diante do exposto, nos termos dos arts. 27, § 5º, da Lei 8.038/90 e 543, § 2º, do CPC,

Continuação do Parecer nº 038/2010/RM/DENOR/CGU/AGU

determino o sobrestamento do julgamento do presente recurso especial e a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para prévio julgamento do recurso extraordinário.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de maio de 2009.

MINISTRO CELSO LIMONGI

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator **Processo** REsp 932653; **Relator(a)**: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP); **Data da Publicação**: 19/05/2009;

17.3.3.4. RECURSO ESPECIAL Nº 988.289 - RS (2007/0221531-4)

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA PROCURADOR: VALDEZ ADRIANI E OUTRO(S) RECORRIDO: ROGÉRIO DOS SANTOS BARBOSA ADVOGADO: MARCELO LASPERG DE ANDRADE E OUTRO(S) DECISÃO ADMINISTRATIVA. **SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO HOMOAFETIVA. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.**

1. Se o acórdão recorrido decide a controvérsia sob o enfoque eminentemente constitucional, a matéria não pode ser examinada em recurso especial.

2. Recurso especial a que se nega seguimento Cuida-se de recurso especial, calcado na alínea "a" do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. A sociedade de fato estabelecida entre **homossexuais** merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou **discriminação.**" (fl. 168)

Aponta o recorrente violação do artigo 217, I, "c", da Lei nº 8.112/1990, sustentado que o autor não se enquadra no rol de beneficiários da pensão pretendida.

A irresignação não merece acolhimento.

Colhe-se do voto condutor do aresto hostilizado:

"Poucas, quase inexistentes, são as vozes do mundo jurídico nacional que negam o direito do companheiro à pensão derivada de união homossexual. Reflexões a partir da inescandível realidade, abalizadas nos axiomas eleitos pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, fizeram superar óbices, muitos deles apoiados apenas em preconceitos, à igualação em direitos e deveres de todas as relações humanas não-parentais fomentadas por laços afetivos, qual fosse o gênero dos indivíduos envolvidos. Os vínculos homoafetivos, em homenagem aos princípios da igualdade, dignidade e da defesa da unidade familiar, todos de estatura constitucional, passaram a obter o mesmo tratamento daqueles das relações heterossexuais.

(...)

Há que se considerar robusta a prova carreada acerca da relação afetiva que o autor/recorrente mantinha com a **servidor** falecido. As escrituras públicas de declaração de relação estável homossexual baseada no afeto e na solidariedade, são, efetivamente, atos unilaterais e não substituem as declarações a serem tomadas em Juízo, em homenagem ao princípio da imediação, de modo que seu conteúdo não pode ser havido como absoluto para o propósito da demanda. Todavia, alguma credibilidade, sob ponto de vista do direito probatório, deve ser emprestada à declaração apresentada à vista do oficial **público**, detentor de fé pública (art. 3º da Lei nº 8.935/1994) e que tem a missão legal de instrumentalizar a vontade das partes, zelando pela legalidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Se, então, as escrituras públicas de declaração não constituem prova soberana acerca do liame homoafetivo, coligadas com outros elementos probatórios podem dar consistência à pretensão do recorrente, até mesmo para o deferimento ab initio da pretensão, tudo a partir da análise do conjunto das provas. Guiado por tal premissa, avalio que os elementos de prova, considerados englobadamente, emprestam caráter de verossimilhança às alegações do autor relativamente à existência da relação afetiva qualificada como estável, duradoura e pública, características determinantes para identificação da unidade familiar. De fato. Além das declarações ofertadas ao oficial **público**, datadas de quase um ano antes do falecimento do **servidor** (fls. 50/51), inúmeros outros indícios fomentam o juízo positivo acerca do vínculo homoafetivo. São contas de serviço telefônico (fl. 56), bancário (fl. 57), de energia elétrica (fl. 62), de manutenção e de aquisição de equipamentos domésticos (fl. 86 e 58/59), em nome de ambos - recorrente e **servidor** falecido, o que vinca com força o argumento de coabitação e da existência de relação estável, pública e duradoura. Em reforço desta idéia, verifica-se a manutenção de conta bancária e de outras operações financeiras em conjunto (fl. 63/66), pondo em evidência a solidariedade e a mútua assistência que permeava o vínculo surgido a partir dos laços afetivos construídos.

Este contexto probatório, aliado à presunção de dependência econômica entre os integrantes da relação afetiva, seja ela hetero ou homossexual, preenchem os requisitos cumulativos necessários ao deferimento da medida de urgência perseguida. "(fls. 164/166) Assim, tendo o Tribunal de origem decidido a controvérsia sob enfoque eminentemente constitucional, a matéria não pode ser examinada em recurso especial, instrumento processual que se destina a zelar pela correta e uniforme aplicação de legislação infraconstitucional.

Continuação do Parecer nº 038/2010/RM/DENOR/CGU/AGU

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília (DF), 31 de outubro de 2007.

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator **Processo:** REsp 988289; **Relator(a):** Ministro PAULO GALLOTTI; **Data da Publicação:** 06/11/2007

17.3.3.5. RECURSO ESPECIAL Nº 717.525 - RN (2005/0006760-7)

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI

RECORRENTE: UNIÃO

RECORRIDO: NEZITA GAMA DE OLIVEIRA

ADVOGADO: MARCOS AUGUSTO DE ARAUJO E OUTROS

DECISÃO

A União interpõe recurso especial, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Federal da 5ª Região assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. **SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL. LEI Nº 8.112/90. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC Nº 25.**

- 1 - Não há ausência do interesse de agir quando a ré, na resposta, nega o direito vindicado.
- 2 - A alegação de impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o mérito da lide. Inexistência de vedação legal expressa à pretensão autoral, de sorte a exigir a extinção do processo sem exame do mérito.
- 3 - A sociedade de fato existente entre **homossexuais** merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou **discriminação**.
- 4 - A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro (a) homossexual de **servidor público** falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada.
- 5 - Mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/90 não contemplaria a situação da autora, se o sistema geral de previdência do País cogita de hipótese similar - IN nº 25-INSS,

que estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual -, em respeito ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos **servidores públicos** federais, por analogia, as disposições desse ato normativo.

6 - A exigência de designação expressa pelo **servidor** visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido **servidor**. Sua ausência não importa em impedimento à concessão do benefício, se confirmada essa vontade por outros meio idôneos de prova.

7 - Comprovada a união estável da autora com a segurada falecida, bem como sua dependência econômica em relação à mesma, e tendo-se por superada a questão relativa à ausência de designação, cumpre que se reconheça em favor dela o direito à obtenção da pensão requerida.

Precedentes. Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial improvidas." (fl. 94)

Aponta-se violação dos artigos 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90, 1º da Lei nº 9.278/96 e 8º da Lei nº 8.971/94.

O recurso não foi contra-arrazado.

Admitido na origem, subiram os autos a esta Corte.

A controvérsia cinge-se à possibilidade de companheira homossexual ser beneficiária de pensão por morte de servidora pública. O pedido inaugural foi julgado procedente, determinando-se o pagamento à recorrida, na condição de companheira, da pensão por morte de **servidor público**, decisão integralmente mantida pelo Tribunal de origem.

O acórdão recorrido, com amparo nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, conferiu interpretação extensiva ao disposto no artigo 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90, razão pela qual se configura a prejudicialidade do especial em relação ao recurso extraordinário, circunstância que, nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, autoriza o sobrestamento do presente recurso. Outro não foi o entendimento da Sexta Turma ao apreciar hipótese semelhante, conforme se vê da seguinte ementa:

"PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. **SERVIDOR PÚBLICO**. PENSÃO POR MORTE. SOCIEDADE DE FATO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE. SOBRESTAMENTO. ARTIGO 543, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1 - Nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, 'na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

Continuação do Parecer nº 038/2010/RM/DENOR/CGU/AGU

2 - Prejudicialidade reconhecida.

3 - Julgamento sobrestado.'

(REsp. nº 387.197/RS, do qual fui relator, DJU de 25/2/2004) Ante o exposto, nos termos do § 2º do artigo 543 do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do recurso especial até a apreciação do recurso extraordinário.

Remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Publique-se.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2005.

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

Processo: RESP 717525; **Relator(a):** Ministro PAULO GALLOTTI; **Data da Publicação:** 07/04/2005

17.3.3.6. RECURSO ESPECIAL Nº 1.026.354 - PE (2008/0023979-2)

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI RECORRENTE: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO UFPE

PROCURADOR: BRENO GUSTAVO VALADARES LINS E OUTRO(S)

RECORRIDO: LUIZ GONZAGA PEREIRA LEAL

ADVOGADO: CARLOS FREDERICO CARNEIRO LEÃO FALCÃO

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial, calcado na alínea "a" do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 5ª Região assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO.

COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. LEI Nº 8.112/1990. INSTRUÇÃO NORMATIVA

INSS-DC Nº 25.

1- A sociedade de fato existente entre **homossexuais** merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou

discriminação.

2- A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro(a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada.

3- Mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/1990 não contemplaria a situação do Autor, se o Sistema Geral de Previdência do País cogita de hipótese similar - IN nº 25-INSS, que estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual -, em respeito ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, as disposições desse ato normativo.

4- A exigência de designação expressa pelo servidor visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor. Sua ausência não importa em impedimento à concessão do benefício, se confirmada essa vontade por outros meios idôneos de prova.

5- Comprovada a união estável do Autor com o segurado falecido, bem como sua dependência econômica em relação ao mesmo, e tendo-se por superada a questão relativa à ausência de designação, cumpre que se reconheça em favor dele o direito à obtenção da pensão requerida.

Precedentes. Apelação e Remessa Oficial improvidas" (fl. 331).

Aponta a recorrente violação dos artigos 217 da Lei nº 8.112/1990; 1.723 do Código Civil; 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação da Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

A controvérsia cinge-se à possibilidade de companheiro homossexual ser beneficiário de pensão por morte de servidor público. O pedido inaugural foi julgado procedente, determinando-se o pagamento ao recorrido, na condição de companheiro, de metade da pensão por morte do servidor público, decisão integralmente mantida pelo Tribunal de origem.

O acórdão recorrido, com amparo nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana e da isonomia conferiu interpretação extensiva ao disposto no artigo 217, I, "c", da Lei nº 8.112/1990, razão pela qual configura-se a prejudicialidade do especial em relação ao recurso extraordinário, circunstância que, nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, autoriza o sobrestamento do presente recurso. Outro não foi o entendimento da Sexta Turma ao apreciar hipótese semelhante, conforme se vê da seguinte ementa:

"PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE.

SOCIEDADE DE FATO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. FUNDAMENTOS

CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE.

SOBRESTAMENTO. ARTIGO 543, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1 - Nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, 'na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecurável, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

2 - Prejudicialidade reconhecida.

3 - Julgamento sobrestado.'

(REsp. nº 387.197/RS, do qual fui relator, DJU de 25/2/2004)

Ante o exposto, nos termos do § 2º do artigo 543 do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do julgamento do recurso especial até apreciação do recurso extraordinário.

Remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Publique-se.

(REsp 1026354; **Relator(a):** Ministro PAULO GALLOTTI; **Data da Publicação:** 26/06/2008; Brasília (DF), 20 de junho de 2008)

18. CONCLUSÃO

18.1 Pelo exposto, as razões aduzidas nesta manifestação conduzem ao entendimento de que se aperfeiçoe a interpretação extensiva aos dispositivos legais que fazem menção a união estável a exemplo do inciso I, do art. 16 e o seu § 3º; § 1º do art. 76⁴¹² da Lei nº 8.213/91⁴¹³, alínea “c” do inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e o § único do art. 241⁴¹⁴ “a”⁴¹⁵ art. 67, § 1º, “e” da Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Dispõe sobre o Estatuto dos Militares)⁴¹⁶ art. 69-A⁴¹⁷; § 3º do art. 69-A⁴¹⁸; §1º do art. 70⁴¹⁹; inciso III do art. 82⁴²⁰; §4º do art. 137⁴²¹ para que se entenda como abrangente destas

⁴¹² Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação. § 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

⁴¹³ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; ([Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995](#))

⁴¹⁴ Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual. Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar.

⁴¹⁵ Art. 217. São beneficiários das pensões: I - vitalícia: c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;

⁴¹⁶ Art. 67. Licença é a autorização para afastamento total do serviço, em caráter temporário, concedida ao militar, obedecidas às disposições legais e regulamentares. § 1º A licença pode ser: e) para acompanhar cônjuge ou companheiro(a). ([Redação dada pela Lei nº 11.447, de 2007](#))

⁴¹⁷ Art. 69-A. Licença para acompanhar cônjuge ou companheiro(a) é a autorização para o afastamento total do serviço, concedida a militar com mais de 10 (dez) anos de efetivo serviço que a requeira para acompanhar cônjuge ou companheiro(a) que, sendo servidor público da União ou militar das Forças Armadas, for, de ofício, exercer atividade em órgão público federal situado em outro ponto do território nacional ou no exterior, diverso da localização da organização militar do requerente. ([Incluído pela Lei nº 11.447, de 2007](#))

⁴¹⁸ § 3º Para a concessão da licença para acompanhar companheiro(a), há necessidade de que seja reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, de acordo com a legislação específica. ([incluído pela Lei nº 11.447, de 2007](#))

⁴¹⁹ Art. 70. As licenças poderão ser interrompidas a pedido ou nas condições estabelecidas neste artigo. § 1º A interrupção da licença especial, da licença para tratar de interesse particular e da licença para acompanhar cônjuge ou companheiro(a) poderá ocorrer: ([Redação dada pela Lei nº 11.447, de 2007](#))

⁴²⁰ Art. 82. O militar será agregado quando for afastado temporariamente do serviço ativo por motivo de: III - haver ultrapassado 6 (seis) meses contínuos em licença para tratar de interesse particular ou em licença para acompanhar cônjuge ou companheiro(a); ([Redação dada pela Lei nº 11.447, de 2007](#))

⁴²¹ § 4º Não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo: b) passado em licença para tratar de interesse particular ou para acompanhar cônjuge ou Companheiro(a); ([Redação dada pela Lei nº 11.447, de 2007](#))

disposições também a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

18.2. Assim deve ser em total respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e formal, da liberdade, na dimensão da liberdade de opção sexual, da segurança jurídica e do direito a privacidade, a intimidade e a vida privada, do pluralismo político, da tolerância e do respeito ao outro, da não discriminação, da laicidade do Estado, e, por reafirmar, uma vez mais, a opção pelo Estado Democrático de Direito, possibilitador maior do princípio civilizatório da convivência das liberdades e respeito aos direitos da cidadania.

18.3. São essas as considerações que submeto à apreciação superior, para que, acaso aprovadas, possam ser remetidas ao Consultor-Geral da União, ao Advogado-Geral da União e ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos previstos no § 1º do art. 40 c/c o art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 23 de abril de 2009

Rogério Marcos de Jesus Santos

Advogado da União