

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA**

**RENATA STAUFFER DUARTE**

**RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL  
HOMOAFETIVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA  
2010

**RENATA STAUFFER DUARTE**

**RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL  
HOMOAFETIVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daury César Fabríz

VITÓRIA

2010

**RENATA STAUFFER DUARTE**

**RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL  
HOMOAFETIVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Daury César Fabriz  
Orientador

---

Prof. Dr.  
Membro da Banca

---

Prof. Dr.  
Membro da Banca

A Deus, por sua misericórdia e amor incondicional; por me proporcionar os meios e me permitir superar as dificuldades, vencendo mais esta batalha.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, por todas as bênçãos a mim concedidas;

ao Dr. Daury César Fabríz, pela orientação e cordialidade;

à minha família, pela paciência;

às minhas amigas Flaviana Ropke da Silva e Juliana Paes Andrade que, durante todo o curso, me incentivaram e apoiaram.

“Época triste a nossa, em que é mais difícil  
quebrar um preconceito do que um átomo.”

Albert Einstein

## RESUMO

Tanto a sociedade quanto a concepção acerca da família sofreram transformações ao longo dos anos, sendo que esta, antes estruturada no patriarcalismo, converteu-se em espaço propício para realização afetiva de seus membros. Como consequência dessa evolução, o preconceito em relação à homossexualidade tem diminuído gradativamente, motivo pelo qual, atualmente, as uniões entre pessoas do mesmo sexo já se apresentam, publicamente, no meio social. No Brasil, o auge da evolução jurídica relativo às famílias se efetivou com a promulgação da CF de 1988 que, em seu art. 226, declarou a existência de uma pluralidade de entidades familiares, dentre elas, a união estável entre homem e mulher. Também foi a CF de 1988 que instituiu no Brasil o Estado Democrático de Direito, quando os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade passaram a ter novo significado e maior relevância. A Constituição, tendo em vista a sua normatividade e supremacia, deve ser obedecida por todos, inclusive pelos órgãos estatais e os seus preceitos devem servir de base para interpretação das demais normas. Entretanto, apesar da união homoafetiva ser uma realidade na sociedade, muitas vezes, o Poder Judiciário não a reconhece como entidade familiar, fazendo uma leitura restritiva do art. 226 da CF. Dessa forma, tomando-se por base paradigmas constitucionais ultrapassados, discriminam-se os homossexuais e seus respectivos relacionamentos, impedindo que se atinjam os objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Para se corrigir essa injustiça, o art. 226 da CF deverá ser interpretado de acordo com os princípios acima mencionados, visualizando-se o direito como integridade, e que só se volta para o passado quando o seu enfoque contemporâneo assim o determinar. Sendo assim, o presente trabalho, através da aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, trata da possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida, mesmo que não haja lei expressa especificando-a como tal. O método adotado foi o dedutivo, e a fonte metodológica utilizada como base do estudo foi a bibliográfica, valendo-se do ensino de autores renomados sobre o tema.

Palavras-chave: união homoafetiva – dignidade da pessoa humana – igualdade – liberdade - entidade familiar – integridade - Estado Democrático de Direito.

## ABSTRACT

Both society and the conception of the family have been transformed over the years, and this, before structured on patriarchy, became an attractive location for emotional fulfillment of its members. As a result of these developments, the prejudice toward homosexuality has gradually decreased, which nowadays result in unions between same-sex couples, who already presenting themselves publicly in social circles. In Brazil, the pinnacle of legal developments related to families came to fruition with the promulgation of the Constitution of 1988, which in its art. 226, declared the existence of a plurality of family entities, among them, the stable union between a man and woman. It was also the 1988 Federal Constitution that established in Brazil the democratic state, when the fundamental rights of human dignity, equality and freedom embody a new meaning and greater relevance. The Constitution, based on its normative aspect and supremacy, must be obeyed by everyone, including state agencies and its precepts shall be the basis for interpretation of other rules. However, despite the homo marriage being a reality in society, often, the Judiciary does not recognize it as a family, with a narrow construction of Art. 226 CF and taking as a principle constitutional outdated paradigms to discriminate homosexuals and their relationships, preventing the achievement of the objectives of the Federative Republic of Brazil of building a free society, with justice and solidarity. To correct this injustice, the art. 226 of the Constitution shall be applied in accordance with the principles mentioned above, construing the law in its integrity, which only turns to the past when directed by its contemporary focus. Therefore, this paper addresses the possibility of recognizing the union between persons of same sex as a familiar entity constitutionally protected, even if no explicit law specifying it as such, by applying the principles of human dignity, equality and freedom. The deductive method used as source and methodological basis of this study was to literature, drawing on the teaching of renowned authors on the subject.

Keywords: marriage homo - human dignity - equality - freedom - a family entity - integrity - a democratic state.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – artigo

ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais

CCB – Código Civil Brasileiro

CID – Classificação Internacional de Doenças

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

DPVAT – Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de via Terrestre

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social

LGBTTTTS - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Simpatizantes

OMS – Organização Mundial da Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

SUSEP - Superintendência de Seguros Privados

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	12
<b>1 A HOMOSSEXUALIDADE</b>	17
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	17
1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS	18
<b>1.2.1 A homossexualidade como pecado</b>	21
<b>1.2.2 A homossexualidade como doença</b>	24
<b>1.2.3 A homossexualidade como transtorno psicológico</b>	26
1.3 CONCEITO	27
<b>2 A CONSTITUIÇÃO NOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS MODERNOS</b>	32
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	32
2.2 A CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL	37
2.3 A CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL	41
2.4 A CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	45
<b>2.4.1 Constituição aberta e sua interpretação pelo Poder Judiciário</b>	54
<b>2.4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana</b>	67
2.4.2.1 Uma visão constitucional sobre o tema	68
2.4.2.2 Dignidade da pessoa humana como norma fundamental no Estado Democrático de Direito	73
<b>2.4.3 Princípio da Igualdade</b>	79
2.4.3.1 O princípio da igualdade e o direito à diferença	80
2.4.3.2 A igualdade na Constituição Brasileira de 1988	83
<b>2.4.4 Princípio da Liberdade</b>	87

2.4.4.1 O direito de exercer livremente a orientação sexual	90
2.4.4.2 A liberdade na Constituição brasileira de 1988	92
<b>3 TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA</b>	<b>97</b>
3.1 DA FAMÍLIA PATRIARCAL À FAMÍLIA BASEADA NO AFETO	97
3.2 A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR	105
3.3 A ABERTURA DO ART. 226 DA CF E A INCLUSÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	108
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>112</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>116</b>

## INTRODUÇÃO

Tomando por base o ensinamento de vários doutrinadores, a presente dissertação tem como objetivo desenvolver uma análise acerca da possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida, pela aplicação direta dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, mesmo não havendo, no ordenamento jurídico brasileiro, norma específica que a reconheça como tal.

A escolha do tema se deve ao fato de que, na atualidade, muitas pessoas do mesmo sexo vivem em uniões estáveis, públicas, contínuas e duradouras, baseadas no afeto e com o objetivo de constituir uma família. Porém, como não há previsão expressa que defina a união homoafetiva como entidade familiar, o Poder Judiciário, quando instado a resolver um conflito dessa natureza, tem decidido de várias formas, o que gera uma insegurança jurídica. De fato, enquanto alguns juízes, interpretando a Constituição vigente, reconhecem a união homoafetiva como entidade familiar, outros negam essa condição baseando suas decisões na ausência de norma específica sobre o tema.

Diante disso, faz-se necessário demonstrar a transformação ocorrida na família brasileira, atualmente, calcada na afetividade entre seus membros, bem como a concepção que se tem da Constituição no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, principalmente dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade que, quando aplicados adequadamente à questão da união homoafetiva, afastam posturas preconceituosas ou meramente restritivas.

Para tanto, no capítulo inaugural, será demonstrado que a homossexualidade, apesar de ser um fato da vida e existir desde os primórdios da civilização, nem sempre foi aceita pela sociedade; ao contrário, muitas vezes foi alvo de preconceito e discriminação, sendo, inclusive, tratada como pecado, doença e distúrbio mental. Porém, será ressaltado que, no Brasil, tanto a medicina como a psicologia já se posicionaram no sentido de que a homossexualidade não se caracteriza como enfermi-

dade e, portanto, não mais se indica o tratamento, não se justificando, assim, o tratamento desigual em relação ao homossexual.

Será posto em relevo, ainda, o fato de que o maior preconceito quanto ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar vem do cristianismo, religião predominante no país, cuja maioria dos adeptos concebe a homossexualidade como pecado. Nesse sentido, será defendido que tais dogmas religiosos não devem determinar as decisões estatais, tendo em vista que, desde a Constituição Federal de 1891, o Brasil passou a ser um Estado laico.

Feitas essas considerações, no segundo capítulo, será apresentado que a sociedade passou por profundas transformações ao longo dos anos e que, em decorrência dessas mudanças, a discriminação em relação à orientação sexual diminuiu. Nesse sentido, partindo do Estado Liberal, passando pelo Estado Social até chegar ao Estado Democrático de Direito, será demonstrado que a Constituição, que reflete o perfil ideológico da população em dado momento histórico, acompanhou tal transformação.

Com efeito, no Estado Liberal a Constituição era rígida e formal, não sendo dotada de um poder transformador da sociedade. A igualdade entre os homens se realizava na medida em que a lei era aplicada indistintamente, sem levar em consideração o caso concreto ou as características particulares das pessoas que a ela se submetiam. A liberdade, por sua vez, consistia na permissão de se fazer tudo aquilo que não estivesse proibido por lei a qual tratava de manter o padrão de decência pública. Como o padrão de decência era o homossexual, a prática homossexual devia-se restringir à intimidade, já que era reprimida pela classe dominante. Nesse contexto, a união entre pessoas homossexuais não era reconhecida, até mesmo porque aos juízes não era dado o poder de interpretar a lei, mas, simplesmente, declarar o que estivesse expressamente positivado.

No Estado Social, apesar de se buscar uma sociedade mais igualitária, a ênfase efetiva foi em relação aos direitos sociais e econômicos. A homossexualidade ainda era tida como a norma a ser seguida e, em contrapartida, a homossexualidade continuava a ser vista como uma degenerescência que deveria ser combatida. Por-

tanto, ainda não era garantida aos homossexuais a liberdade de constituir família, nem tampouco a igualdade de tratamento em relação aos heterossexuais. Mesmo sendo dado aos juízes certo poder de interpretar as leis, esse paradigma foi profundamente marcado pelo positivismo kelseniano que concebia o ordenamento jurídico como um conjunto fechado e hierarquizado de regras. Apesar da intensificação dos movimentos homossexuais contra a discriminação, a homossexualidade continuava à margem da lei e, conseqüentemente, do reconhecimento por parte do Estado.

Com o Estado Democrático de Direito, a Constituição resgata a sua força normativa e, como norma suprema, passa a ter prevalência em relação aos códigos. Será demonstrado que, nesse paradigma, há uma grande preocupação com a efetiva proteção aos direitos fundamentais, inclusive das minorias, como forma de se construir uma sociedade pluralista, democrática e solidária. A Constituição, a partir de então, passa a vincular tanto os indivíduos, quanto o Estado e seus respectivos poderes.

Será colocado em foco o fato de que, no Brasil, o Estado Democrático de Direito foi instituído pela Constituição Federal de 1988 e que, desde então, tem havido um avanço gradativo em relação ao reconhecimento da união homoafetiva, seja através de decisões judiciais ou através de benefícios concedidos, administrativamente, por órgãos, tais como o INSS, a SUSEP e a Receita Federal. Porém esse reconhecimento não é unânime e a relação homossexual ainda não é aceita como a heterossexual, tanto que a Constituição Federal, em seu artigo 226, e o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1793, somente reconheceram expressamente como entidade familiar a união estável entre homem e mulher.

Entretanto buscar-se-á demonstrar que o sistema jurídico atual é aberto, composto por regras e princípios que fornecem as diretrizes para o comportamento de todo o sistema jurídico. O sistema jurídico aberto permite que os preceitos constitucionais se adaptem às mudanças sociais como no caso das uniões homoafetivas que, cada vez mais, apresentam-se, publicamente, na sociedade. Para tanto, os juízes deverão interpretar o texto normativo de acordo com a Constituição e com o paradigma constitucional vigente, atendendo tanto ao critério de certeza jurídica como ao critério de aceitabilidade racional que decorre da adequabilidade ao caso concreto.

Nesse sentido, utilizando os ensinamentos de Dworkin, marco teórico da presente dissertação, será evidenciado que os princípios são comandos deontológicos que devem ser aplicados sempre que forem adequados em um caso concreto. Os juízes, atendendo às especificidades do caso concreto, deverão partir de uma concepção interpretativa e argumentativa do Direito que é a integridade, considerando os direitos e deveres legais vigentes na época em que determinado ato é praticado, só se voltando para o passado quando o enfoque contemporâneo assim o determinar.

Diante disso, demonstrar-se-á a concepção que os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade possuem no Estado Democrático de Direito. No que tange à dignidade da pessoa humana, será ressaltada a sua condição de pedra basilar do ordenamento constitucional brasileiro, consistente na qualidade intrínseca de cada ser humano que o faz merecedor de consideração e respeito por parte do Estado e dos demais indivíduos. Nesse diapasão, será ressaltado que o direito à livre orientação sexual, bem como o reconhecimento da união estável homoafetiva revelam-se como verdadeira expressão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao princípio da igualdade, utilizando mais uma vez a lição de Dworkin, será traduzido como tratar o outro com a mesma consideração e respeito. Será destacado, ainda, que no Estado Democrático de Direito, a igualdade implica no respeito às diferenças, possibilitando a inclusão de todos. Assim, a diferença de orientação sexual deve ser respeitada, não comportando tratamento desigual, sob pena de se configurar uma discriminação. Conseqüentemente, a união homoafetiva também deve ser tratada com igualdade em relação à heterossexual, uma vez que ambas são baseadas no afeto, não havendo argumento lógico-racional que fundamente entendimento diverso.

Quanto à liberdade, será vista como o direito do indivíduo exercer sua orientação sexual sem ser impedido, bem como sua capacidade de autodeterminação. Com relação à homossexualidade, será defendido que, sendo uma questão íntima, não caberá ao Estado intervir nessa autonomia quando expressa de forma consensual,

por pessoas adultas e capazes, a não ser para garantir essa liberdade no caso de ameaça.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisada a transformação ocorrida na família brasileira, demonstrando que, até a Constituição de 1988, o único modelo de família constitucionalmente protegido era aquele representado pela união matrimonial entre pessoas de sexos opostos e marcado pelo patriarcalismo. Porém esse modelo familiar foi enfraquecendo, progressivamente, de acordo com a transformação da sociedade, sendo que, após a Constituição de 1988, a família passou a ser encarada a partir de uma concepção mais ampla, baseada, fundamentalmente, no afeto e na solidariedade.

A Constituição reconheceu, expressamente, como entidade familiar a união estável heterossexual, vindo, posteriormente, o Código Civil que estabeleceu os requisitos para caracterização dessa união merecedora da proteção estatal. Porém, interpretando-se o art. 226 da Constituição Federal vigente, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, na concepção que lhes é atribuída pelo Estado Democrático de Direito e de acordo com o direito como integridade, verificar-se-á que o referido dispositivo se trata de uma norma aberta que comporta a inclusão da união homoafetiva como entidade familiar para efeito de proteção do Estado.

O problema, objeto do presente trabalho, será analisado tendo por método de abordagem o dedutivo, e o bibliográfico, por método de procedimento.

# 1 A HOMOSSEXUALIDADE

## 1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de adentrar no conceito da homossexualidade, o que se mostra imprescindível para o desenvolvimento do presente trabalho é a necessidade de compreender como esta temática foi tratada ao longo da história, pois a visão sobre a identidade homossexual passou por grandes mudanças.

Nesse sentido, Dias<sup>1</sup> entende que a sexualidade sempre foi encarada pelos diferentes tipos de sociedade “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”.

E se a sexualidade remonta a esses conflitos internos, o que dizer da homossexualidade que, por questões históricas, culturais e religiosas, ainda é vista por grande parte da sociedade, indevidamente, como algo condenável?

Tal assertiva resta caracterizada, atualmente, no Brasil. Nas últimas décadas, cresceu o número de pessoas do mesmo sexo que vivencia uma união baseada no afeto, de forma pública, contínua e duradoura. Entretanto, apesar disso e da tentativa da mídia, principalmente da televisão, bem como da comunidade LGBTTTTS em promover a diversidade sexual como algo natural, é certo que esse entendimento não é pacífico na sociedade.

Essa dificuldade de aceitação se materializa, inclusive, no Poder Judiciário, na medida em que as ações que envolvem as relações homossexuais, muitas vezes, são resolvidas nas varas cíveis, como sociedades de fato, ensejando apenas a divisão do patrimônio adquirido durante a união, desde que comprovada a contribuição financeira de cada parceiro. Dessa forma, priva-se o homossexual de direitos decorrentes das relações familiares, tais como, direito a alimentos, meação e herança.

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

Verifica-se, assim, que ainda existe uma forte resistência em se reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, ou seja, como uma sociedade de afetos. Essa resistência decorre da falta de previsão legal, pois a Constituição Federal e o Código Civil só mencionam a união estável entre um homem e uma mulher e, também, da latente discriminação e do preconceito que envolve a união homossexual.

Entretanto a ausência de lei específica não pode justificar a negativa de direitos aos homossexuais e muito menos legitimar a discriminação de uma pessoa em decorrência de sua orientação sexual. Muito pelo contrário, é dever do Judiciário utilizar diretamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, previstos constitucionalmente, que são totalmente aplicáveis à questão da união homoafetiva (neologismo criado por Maria Berenice Dias)<sup>2</sup> e suficientes para o reconhecimento da mesma.

Igualmente, não se justifica admitir posturas preconceituosas e discriminatórias, baseadas em questões históricas ou religiosas, conforme será demonstrado nos próximos tópicos deste capítulo.

## 1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Apesar de existir desde os primórdios da civilização, a homossexualidade não foi tratada de maneira uniforme pelas diferentes culturas. No mundo greco-romano, considerado berço da cultura ocidental, a homossexualidade representava uma espécie de evolução sexual<sup>3</sup>, sendo aceita pela sociedade.

Os gregos viam a heterossexualidade como uma prática voltada, predominantemente, para a procriação, de sorte que a homossexualidade estava presente em todos

---

<sup>2</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 12.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 34.

os segmentos da sociedade – incluindo deuses, reis e heróis – na cultura e nos esportes, conforme afirma Dias<sup>4</sup>:

O mais famoso casal masculino da mitologia grega era formado por Zeus e Ganimede. Lendas falam do amor de Aquiles por Pátroclo e dos constantes raptos de jovens por Apolo. (...) A bissexualidade estava inserida no contexto social (...) nas Olimpíadas, os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física. Era vedada a presença das mulheres nas arenas, por não terem capacidade para apreciar o belo. Também nas representações teatrais, os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou mediante o uso de máscaras.

Destaca-se que, no que tange à idade, as “práticas sexuais entre um homem mais velho e outro mais jovem estavam comumente relacionadas aos mitos e às lendas das tribos em questão”<sup>5</sup>, deixando claro que a homossexualidade aceita era a masculina, vista como um rito de iniciação sexual dos adolescentes.<sup>6</sup>

Outro ponto importante a ser abordado era o papel sexual a ser desempenhado. O homem tido como passivo era posto no mesmo patamar social que as mulheres – comumente desprezadas e discriminadas – e, em contrapartida, o sujeito ativo da relação era visto como um ser másculo.

Além disso, a homossexualidade também era vista como uma estratégia de guerrilha, pois os militares, em todos os combates, não estariam simplesmente protegendo ou conquistando terras, não estariam sozinhos emocionalmente, mas, sim, lutando pela vida de seu amado, o que potencializava o empenho e a dedicação nos momentos mais importantes das guerrilhas.<sup>7</sup>

Na civilização romana, a homossexualidade também existia e era vista com naturalidade, ou seja, “no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de

---

<sup>4</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 35.

<sup>5</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 41.

<sup>6</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 36.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 36.

senhor e escravo”<sup>8</sup>. O preconceito recaía apenas sobre aquele que adotava a posição passiva na relação, conforme informa Jenczak<sup>9</sup>:

A prática era admitida como natural se o senhor desempenhasse o papel ativo junto a um escravo, mas não se o amo assumisse o papel passivo. Nesse caso, a relação era considerada degradante e execrável, pela falta de virilidade e pela submissão, ambas inadmissíveis num cidadão de Roma.

Com isso, é possível identificar a principal diferença entre a homossexualidade da Grécia e de Roma. Nesta, o relacionamento entre adolescentes livres não era permitido, haja vista que a homossexualidade desse povo guardava relação direta com a dominação, sendo aceitável apenas aquela praticada com os escravos. Já na Grega, a prática homossexual com meninos dependia da persuasão dos mais velhos, envolvendo presentes, agrados e tudo que fosse possível para o reconhecimento de sua honra e suas boas intenções, não havendo, predominantemente, o sexo forçado.<sup>10</sup>

Verifica-se, portanto, que os povos antigos aceitavam a homossexualidade, mesmo que, por uma postura machista, só se valorizasse o polo ativo da relação, uma vez que o passivo “era colocado no mesmo patamar de uma mulher, que era socialmente desprezada pela camada dominante da população, composta por homens”<sup>11</sup>. Weeks<sup>12</sup> afirma que a homossexualidade sempre existiu em todos os tipos de sociedade, às vezes aceita, outras, rejeitada, dependendo os costumes e hábitos sociais; por conseguinte não se limitou a Roma ou à Grécia.

Assim, não restam dúvidas de que a homossexualidade é um fato da vida e se faz presente desde os primórdios da civilização, sendo, na maior parte do tempo, um modelo de dominação exercido, exclusivamente, por homens. Inclusive, poucos registros existem sobre a prática homossexual feminina, justamente pelo preconcei-

<sup>8</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 37.

<sup>9</sup> JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 28.

<sup>10</sup> VECCHIATTI, op. cit., p. 45.

<sup>11</sup> Ibid., p. 42.

<sup>12</sup> WEEKS, Jeffrey. O Corpo de a Sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O CORPO EDUCADO: Pedagogias da Sexualidade**. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 65.

to havido em relação à mulher, o que não significa dizer que tenha sido algo inexistente em qualquer período da sociedade.

### 1.2.1 A Homossexualidade como Pecado

Neste tópico será tratado da homossexualidade na visão do cristianismo, tendo em vista a sua preponderância na sociedade brasileira. Dias<sup>13</sup> afirma que o maior preconceito em relação à homossexualidade provém das religiões, pois, de acordo com a interpretação bíblica, a relação sexual deveria tender para a procriação, o que, naturalmente, não é possível em uma relação entre pessoas do mesmo sexo.

É sabido que a Igreja Católica é contrária à homossexualidade, independentemente do segmento da sociedade a ser analisado, mostrando-se impossível saber se esse posicionamento, algum dia, poderá ser alterado, até porque o catolicismo, religião predominante no Brasil<sup>14</sup>, “considera as relações de pessoas do mesmo sexo verdadeira perversão, uma aberração da natureza”.<sup>15</sup> Trata-se da tentativa de preservar a concepção bíblica de que Adão e Eva são, respectivamente, as essências da vida e da família<sup>16</sup>, de modo que duas pessoas do mesmo sexo, nessa visão, não são passíveis de constituir uma família.

Ainda no plano religioso, destaca Rios<sup>17</sup> que

Toda prática sexual não reprodutiva é qualificada negativamente, importando em transgressão no plano divino e afastamento da vida espiritual. A censura aqui decorrente a atos homossexuais é de toda lógica, pois esses carecem de finalidade reprodutiva e são havidos fora do espaço matrimonial. São tidos como ofensa ao Criador e à natureza, decorrentes da luxúria e concupiscência.

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre Homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 87.

<sup>14</sup> Disponível em:

[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia\\_demografica/analise\\_populacao/1940\\_2000/comentarios.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/comentarios.pdf). Acesso em 27 nov. 2010.

<sup>15</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 38.

<sup>16</sup> Ibid., p. 38.

<sup>17</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100-101.

Importante esclarecer que não se pretende, com o presente trabalho, discutir sobre a veracidade ou não da Bíblia, mas sim informar que, a partir de interpretações bíblicas, o preconceito contra os homossexuais se aflorou de maneira inaceitável em um Estado Democrático de Direito. Essas interpretações seriam a literal e a histórico-crítica. Assim,

... a primeira prega que não há interpretação do texto bíblico, mas sua mera leitura e compreensão gramatical, ao passo que a segunda afirma que o significado do texto decorre do entendimento daquele que o escreveu, donde é necessário compreender o contexto histórico do autor para a correta compreensão da mensagem.<sup>18</sup>

Para Spencer<sup>19</sup>, a Bíblia não traz, em momento algum, prescrições que pudessem fazer da homossexualidade, por si só, uma prática reprovável. Em outras palavras, apenas algumas condutas ligadas à homossexualidade seriam reprovadas pela Igreja Católica, tais como o adultério e a promiscuidade. Porém tal entendimento é minoritário. Para outros doutrinadores, como Cavalcanti<sup>20</sup>, cientista político e bispo anglicano, o homossexualismo, além de ser pecado, é tido como patologia e, moralmente, como conduta desviante. Vejamos:

Iniciamos o século 20 com um consenso sobre o homossexualismo: espiritualmente, um pecado; moralmente, uma conduta desviante; clinicamente, uma patologia.

Nessa linha de pensamento, o indivíduo que possui tendências homossexuais deve negar o próprio desejo, não colocando em prática seus instintos, mesmo que isso implique na sua insatisfação sexual ou afetiva. Essa é a interpretação que a maioria dos cristãos faz da Bíblia a qual, conforme o entendimento majoritário, condena a homossexualidade, bastando mencionar a conhecida passagem sobre a destruição de Sodoma, sobre a qual assim se manifestou Vainfas<sup>21</sup>:

A recusa de Lot em oferecer aos moradores da cidade os dois anjos que havia hospedado, e o suposto desejo sexual que a todos animava quando forçaram a porta daquele piedoso hebreu no encalço dos hóspedes, eis as

<sup>18</sup> VECCHIATTI, op. cit. p. 84.

<sup>19</sup> SPENCER, Collin. **Homossexualidade**: uma história. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1999. p. 97.

<sup>20</sup> CAVALCANTI, Robinson. **A Questão Homossexual**. Revista Ultimato. Viçosa, ano XXXVI, n. 284, p. 42, set-out. 2003.

<sup>21</sup> VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados**: moral, sexualidade e inquisição no Brasil Colonial. Rio de Janeiro: Campus, 1989. p. 144.

raízes da associação entre o castigo de Sodoma e a condenação judaica das relações sexuais entre homens.

Assim, a grande maioria dos cristãos não aceita a homossexualidade e, ainda que, a cada dia mais, apresente-se, abertamente, na sociedade, continua a ser concebida como uma conduta pecaminosa. Entretanto, como já mencionado, não se trata aqui de discutir acerca da veracidade bíblica, mas sim da influência da religião nas decisões estatais.

É sabido que, até a República, o catolicismo era considerado a religião oficial do Brasil, sendo que as decisões estatais sofriam grande influência da Igreja. Para a Igreja Católica, o sexo só é aprovado em uma relação heterossexual, no seio do matrimônio e com o objetivo de multiplicar a espécie humana. Nesse diapasão, torna-se compreensível o fato de que, naquela época, o Estado não adotava nenhuma medida no sentido de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo. Sobre a influência das concepções religiosas dogmáticas, vale transcrever as palavras de Barroso<sup>22</sup>:

E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de expressar os seus pontos de vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual.

Ocorre que, com o advento da primeira Constituição Republicana, em 1891, o Brasil passou a ser um Estado laico. Essa postura permanece até o presente momento, como se depreende do art. 19, I, da Constituição Federal vigente. Portanto o que se espera de um Estado laico é que as concepções religiosas não determinem as suas decisões, principalmente quando forem de encontro aos direitos fundamentais, constitucionalmente, garantidos.

Assim, especificamente no que concerne ao reconhecimento da união homoafetiva pelo Poder Judiciário, atualmente, não se pode admitir que pré-concepções religiosas de alguns juízes, por si só, comprometam a decisão judicial no sentido de negar tal reconhecimento por parte do Estado.

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf). Acesso em: 17 ago. 2010.

## 1.2.2 A Homossexualidade como doença

No século XIX, “a Medicina considerava o ‘homossexualismo’ uma doença, enfermidade que acarretava a diminuição das faculdades mentais, mal contagioso decorrente de um defeito genético.”<sup>23</sup>

Com base nessa linha de raciocínio, os estudos médicos eram direcionados no intuito de tentar identificar alguma diferença entre o funcionamento do corpo humano dos homossexuais e dos heterossexuais, para verificar se havia alguma diferença que pudesse caracterizá-los. Todavia os esforços não obtiverem êxito. Foram feitas várias análises e experiências, com os mais diversos métodos medicinais, cujos resultados foram nulos.

Como não possuíam base material, uma vez não ter sido possível demonstrar diferença funcional do corpo humano por causa da orientação sexual, a Classificação Internacional de Doenças (CID) classificava o homossexualismo “como um desvio ou transtorno sexual”<sup>24</sup>, classificação essa que não perdurou por muito tempo, pois, em 1974, a Associação Americana de Psiquiatria, diante de pressões de movimentos de *gays* e de *lésbicas*, excluiu a homossexualidade da lista de doenças mentais.<sup>25</sup> Porém, só em 1993, a OMS – Organização Mundial da Saúde retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças, afirmando que: “a orientação sexual por si só não é para ser considerada como um transtorno”<sup>26</sup>.

Sendo assim, a partir do momento em que houve uma maior aceitação da homossexualidade, a sociedade parou de tratá-la como doença. Atualmente, então, não se pode mais falar que a homossexualidade é uma enfermidade, passando a ser encarada como “uma forma de ser diferente da maioria, diferenciando-se apenas no

---

<sup>23</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, 52.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 52/53.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 53.

relacionamento amoroso e sexual”<sup>27</sup>. Vale aqui transcrever parte de um discurso de Mott<sup>28</sup>, a favor da liberdade sexual, sem preconceito e discriminação:

De certo só se sabe uma verdade: que o homossexual é tão normal como os demais cidadãos. Nada distingue o gay e a lésbica dos demais homens e mulheres, a não ser que os homossexuais gostam do mesmo sexo, e os heterossexuais do sexo oposto. E gosto não se discute!

Percebe-se que Mott tem razão, pois a medicina não conseguiu explicar como se dá o homossexualismo. Por deixar de ser considerado doença, o termo perdeu o referido sufixo “ismo”<sup>29</sup>, passando a ser denominado homossexualidade. Todavia, segundo Dias<sup>30</sup>, a homossexualidade também não é uma opção livre:

Enquanto a homossexualidade em si não é considerada uma escolha, pode-se dizer que o indivíduo de fato escolhe ser *gay* ou lésbica quando atravessa o rito de passagem: processo por meio do qual o homossexual revela sua orientação sexual a outras pessoas, tornando-se visível, culturalmente inteligível e desafiando abertamente o discurso sexual hegemônico. O sujeito faz a opção de ser “socialmente” homossexual, não de “de-sejar” homossexualmente.

De acordo com o que assevera Barroso<sup>31</sup>, só é importante tomar partido nesse debate justamente para deixar claro que a homossexualidade é um fato da vida e não, uma opção. E continua:

Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.

Verifica-se, portanto, que a orientação homossexual existe há muito tempo e assumir um relacionamento afetivo com uma pessoa do mesmo sexo é algo que se situa no âmbito da liberdade e privacidade de cada um. Diante disso, a homossexualidade, não sendo mais considerada uma doença e não violando qualquer norma jurídica, não pode justificar decisões restritivas de direitos por parte do Estado. Muito

<sup>27</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 53.

<sup>28</sup> MOTT, Luiz. **Homossexualidade: mitos e verdades**. Salvador: Grupo Gay da Bahia Ed., 2003. p. 14.

<sup>29</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 53.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf). Acesso em: 17 ago. 2010.

pelo contrário, o Estado tem o dever de acolher aqueles que são vítimas de preconceitos, como acontece no caso dos homossexuais.

### 1.2.3 A Homossexualidade como Transtorno Psicológico

Dias<sup>32</sup> menciona que Freud, conhecido como “pai da Psicanálise”, ao falar da homossexualidade afirmou que tudo ocorre por acaso, sem um planejamento específico, de sorte que a orientação homossexual não deve ser considerada uma perversão, nem tampouco uma enfermidade. Outros autores entendem que a formação da orientação sexual dos indivíduos depende do ambiente em que se vive<sup>33</sup>, embora ainda seja um desafio falar com qualquer margem de certeza sua origem.

Mas o entendimento de que a homossexualidade não é um distúrbio não é unânime entre os psicólogos. Em 31/07/2009, a psicóloga Rozângela Alves Justino sofreu uma censura pública por parte do Conselho Federal de Psicologia, pelo fato de oferecer tratamento terapêutico para homossexuais que a procuravam com o objetivo de reverterem sua orientação sexual<sup>34</sup>.

Essa censura decorreu da infração à Resolução n. 01/99<sup>35</sup> do Conselho Federal de Psicologia, a qual proíbe condutas discriminatórias, tentando evitar que os psicólogos se utilizem de práticas terapêuticas com o objetivo de “curar” os homossexuais. Tal Resolução, de 22/03/99, estabelece normas de atuação para psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Nela está disposto, expressamente, que a homossexualidade não constitui doença, distúrbio ou perversão e que, por isso, os psicólogos não poderão exercer qualquer ação ou propor tratamento para “cura” da homossexualidade.

Assim, verifica-se que, para o Conselho Federal de Psicologia, desde 1999, a homossexualidade não é considerada como doença ou como um distúrbio mental.

---

<sup>32</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 55

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 57

<sup>34</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1250754-5598,00.html>. Acesso em: 03 ago. 2010.

<sup>35</sup> CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (Brasil). Resolução n. 001, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://www.crp07.org.br/upload/legislacao/legislacao39.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2010.

Nesse mesmo sentido, o Conselho Federal de Serviço Social, em 06/06/06, editou a Resolução n. 489 que estabelece normas proibindo o assistente social, no exercício de sua função, de exercer condutas discriminatórias em relação à orientação e expressão sexual de pessoas do mesmo sexo.

Após essas breves considerações, passa-se a falar sobre o conceito da homossexualidade.

### 1.3 CONCEITO

A historiadora Louro<sup>36</sup> afirma que a sexualidade “envolve rituais, linguagens, fantasias, representações, símbolos, convenções... Processos profundamente culturais e plurais”. A homossexualidade seria uma forma de expressar a sexualidade e, portanto, sujeita à influência da cultura, do meio social e da história, em um processo dinâmico.

Na doutrina, encontramos diversas conceituações para a homossexualidade. Por exemplo, ensina Dias<sup>37</sup> que “o vocábulo *homossexual* tem origem etimológica grega, significando “homo” ou “homoe”, que exprime a idéia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter”. Para Martinez<sup>38</sup>, a homossexualidade deve ser vista como “comportamentos sociais, gestos pessoais ou experiências amorosas íntimas, em caráter habitual ou permanente, afetivas ou meramente sexuais, sucedidos entre seres humanos do mesmo sexo.” Diferentemente, segundo as palavras de Vecchiatti<sup>39</sup>, a homossexualidade é caracterizada como sendo um

... sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Tecnicamente pode ser definida como a atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa do mesmo sexo. Da mesma forma, a heterossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico que se sente

---

<sup>36</sup> LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da Sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O CORPO EDUCADO: Pedagogias da Sexualidade**. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 11.

<sup>37</sup> DIAS, **Conversando sobre Homoafetividade**, p. 86.

<sup>38</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A União Homoafetiva no Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 2008. p. 23.

<sup>39</sup> VECCHIATTI, op. cit., p. 76.

por pessoas de sexo diverso, sendo assim, igualmente, a atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa de sexo diverso.

O traço marcante que se pode extrair dessa conclusão é a identificação exata do que vem a ser o chamado amor romântico. Tal concepção afasta, claramente, a ideia simplista de que o amor entre os homossexuais limita-se ao mero prazer carnal, ou seja, ao desejo sexual em si.

Esse entendimento traduz, com clareza, a intenção do autor em atribuir ao amor homossexual uma carga de união muito maior do que a de um simples desejo. Vai muito além. Encara a homossexualidade e o seu amor romântico como o desejo dos indivíduos em construir uma família e, com isso, constituírem uma união aceita pela sociedade em que vivemos.<sup>40</sup>

Observa-se, ainda, que a presente conceituação foge à aplicação do rótulo de homossexual ou de heterossexual, haja vista que basta a questão da existência de um amor romântico entre duas pessoas, independente dos sexos que se relacionam, para que uma relação seja formada. A orientação sexual é um mero acaso.

Sob outro ponto de vista, muito mais específico e teórico em relação ao conceito em questão, Rios<sup>41</sup> propõe uma conceituação que se subdivide em quatro pontos de estudo que devem ser analisados, quais sejam: a) homossexualismo como pecado; b) a homossexualidade como doença; c) a homossexualidade como critério neutro de diferenciação e d) a homossexualidade como construção social.

Abordando o primeiro critério de classificação proposto, Rios apresenta uma conceituação que traz a ideia do pecado:

... a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo é qualificada como moralmente reprovável e, no plano religioso, pecaminosa. Ela não se estrutura a partir de padrões de classificação dos indivíduos entre heterossexualidade/homossexualidade, e tende a condenar todas as manifestações sexuais e extraconjugais, bem como aquelas práticas sexuais não reprodutivas (inclusive dentro do matrimônio).

---

<sup>40</sup> VECCHIATTI, op. cit., p. 76.

<sup>41</sup> RIOS, op. cit., p. 99.

Nessa concepção, existe uma carga de influência histórica muito grande, haja vista a enorme participação da Igreja Católica na formação intelectual e sexual da mentalidade ocidental, temática essa já abordada anteriormente.

A segunda concepção trazida por Rios<sup>42</sup> analisa a homossexualidade como doença, assim como ocorreu no início da civilização. Tal abordagem classifica a homossexualidade como o sintoma de uma doença que acomete o homem e que possui como parâmetro de saúde a heterossexualidade. Sob esse viés, o indivíduo saudável seria aquele que agisse de acordo com os preceitos da heterossexualidade, sendo acometido de doença aquele indivíduo que agisse em consonância com os atos típicos da homossexualidade.

A partir da visão do homossexualismo enquanto doença, foi constatada uma sobreposição da mentalidade da comunidade científica sobre a religiosa, fato que permitiu surgir o binômio heterossexualidade/homossexualidade como um critério de diferenciação entre indivíduos, fato que sequer era permitido segundo os preceitos da comunidade religiosa.<sup>43</sup>

Analisando-se o entendimento acima, observa-se que houve uma quebra de paradigma em relação à concepção da homossexualidade como pecado.

Já a terceira concepção caracteriza-se pela homossexualidade enquanto critério neutro de diferenciação, que também foi estudada por Jenczak<sup>44</sup> o qual afirma que a homossexualidade

... envolve a consciência coletiva dos indivíduos homossexuais enquanto grupo social específico, fruto das diversas transformações da sociedade. Nessas mudanças destacam-se o surgimento das grandes cidades no final do século XIX, a ascensão do capitalismo, a formação de 'comunidades homossexuais', a influência do movimento feminista na estrutura social urbana, a crise no modelo familiar que impunha padrões de moralidade, os protestos reivindicatórios de liberdade na década de 1960 e a revisão de conceitos médicos e psicológicos.

---

<sup>42</sup> RIOS, op. cit., p. 105.

<sup>43</sup> Ibid., p. 105.

<sup>44</sup> JENCZAK, op. cit., p. 23.

A partir dessa exposição, evidencia-se que a intenção da classificação de Rios<sup>45</sup> foi de, justamente, expor que a própria evolução humana enquanto sociedade civil organizada seria capaz de estabelecer e lutar por direitos iguais em prol dos indivíduos, não se admitindo a homossexualidade como um critério parcial de diferenciação. Observa-se, pois, a homossexualidade como algo incapaz de estabelecer desigualdades entre os indivíduos formadores de uma sociedade.<sup>46</sup>

Por último, o quarto critério de conceituação apresentado por Rios<sup>47</sup> foi o da homossexualidade como construção social. Diante das brilhantes palavras do referido autor, mostra oportuno citar o seguinte trecho:

Conceber a homossexualidade como construção social significa postular que a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico- cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos. Nesta perspectiva, relativiza-se a condição homo ou heterossexual como critério de distinção, tanto que em outras culturas tal característica pode ser irrelevante ou assumir conotações diversas.

Essa análise, com um viés voltado para o posicionamento do binômio homossexual/heterossexual, traz, de forma categórica, a desnecessidade de adotar tal binômio como critério de diferenciação, com exceção das sociedades que assim a reivindicam por questões culturais.

No mesmo sentido, Jenczak<sup>48</sup> expõe que

...só tem sentido identificar alguém em função da orientação sexual na medida em que os próprios atos de cada sexo estejam institucionalizados e onde a atração das pessoas pelo sexo oposto, ou pelo mesmo, seja relevante a ponto de impor diferenças de tratamento.

Por fim, é possível extrair dessas considerações que, apesar de toda a evolução histórica das civilizações, não se consegue chegar a uma conceituação única e que melhor reflita a essência da união homoafetiva. Porém percebe-se que um ponto

---

<sup>45</sup> RIOS, op. cit., p. 99.

<sup>46</sup> Ibid., p. 116.

<sup>47</sup> Ibid., p. 120.

<sup>48</sup> JENCZAK, op. cit., p. 23.

ficou bastante claro: a discriminação em razão do sexo vem perdendo território na mentalidade ocidental, fato pelo qual o Direito deve demonstrar bastante zelo, mesmo diante de antigos dogmas que influenciam o ordenamento jurídico brasileiro.

Ante a atual realidade jurídico-social- brasileira, o desafio se encontra em se definir o que é família e se a união homoafetiva pode ser concebida como uma entidade familiar, mediante a interpretação do texto constitucional vigente. Para tanto, é importante que se vejam as mudanças ocorridas nos paradigmas constitucionais modernos e a interpretação adequada da Constituição, na busca de conformar a união homoafetiva ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

## 2 A CONSTITUIÇÃO NOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS MODERNOS

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, a Constituição Federal garante os direitos fundamentais e, segundo Canotilho<sup>49</sup>, trata-se de um conjunto complexo de normas jurídicas, superiores às demais regras, pois portam conteúdos cujos valores são atribuídos pela própria comunidade.

No mesmo sentido, Gama<sup>50</sup> destaca que

A Constituição, como lei fundamental do Estado, retrata o perfil ideológico de um agrupamento humano (população), ocupante de um certo espaço físico (território), submetido à autoridade instituída (governo), com objetivos precisos e determinados (finalidade), quais sejam, a regulamentação dos principais aspectos da vida em sociedade.

Justamente por essa superioridade em relação às demais leis e por retratar o perfil ideológico da população, a CF tem o poder de vincular não só o legislador que elabora as leis, como também o Poder Judiciário que as aplica ao caso concreto.

A Constituição Federal brasileira vigente dispõe sobre diversos direitos fundamentais que, segundo Lima Filho<sup>51</sup>, traduzem-se no “conjunto das necessidades, exigências, direitos e deveres que podem e devem servir como critérios mínimos de fundamentação dos princípios básicos de uma sociedade, de ordem jurídica justa”.

Segundo Ferrajoli<sup>52</sup>, os direitos fundamentais são

---

<sup>49</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 3 Reimpressao. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1130/1131.

<sup>50</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Companheirismo**: Uma espécie de família. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 46.

<sup>51</sup> LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 57.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 19. Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, pre-

... todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por “status” a condição de um sujeito, prevista deste modo por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas. (tradução nossa)

Então, pode-se dizer que os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis e tidos como inerentes a todo ser humano. Logo, os direitos fundamentais também aplicáveis ao direito de família e, conseqüentemente, à união homoafetiva, como restará demonstrado ao longo da presente dissertação. Dentre esses direitos fundamentais pode-se destacar a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade. Inclusive, esse último princípio é expresso diversas vezes no texto constitucional.

Já em seu preâmbulo, a CF traz a igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. No artigo 3º, elenca entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solitária, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No artigo 5º, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, tratando a igualdade como um direito fundamental do cidadão.

Portanto, atualmente, é dever de todos os indivíduos e, inclusive, do Estado, tratar os homossexuais com dignidade e efetiva igualdade, embora seja preciso reconhecer que isso nem sempre acontece na prática, pois a heterossexualidade ainda é concebida por muitos como padrão de normalidade, levando, conseqüentemente, à rejeição da homossexualidade e exclusão daqueles que manifestam o desejo por pessoas do mesmo sexo.

Afirma Louro<sup>53</sup>: “Como se a homossexualidade fosse ‘contagiosa’, cria-se uma grande resistência em demonstrar simpatia para com os sujeitos homossexuais: a aproximação pode ser interpretada como uma adesão a tal prática ou identidade”. Mas, se hoje temos direitos fundamentais expressamente garantidos na CF, que são aplicáveis ao reconhecimento da união homoafetiva, é porque a sociedade brasileira tem-se modificado nas últimas décadas, e as concepções acerca da homossexualidade também, demandando, assim, a necessidade de uma interpretação inclusiva dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, Bobbio<sup>54</sup> afirma que os direitos do homem “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados 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”. Então, sendo direitos históricos, os direitos do homem estão sujeitos a sofrer mutações, a serem reinterpretados, sempre que a realidade da sociedade assim o demandar. Com isso pode-se dizer que a mudança que hoje se observa em relação à homossexualidade se deve, principalmente, aos movimentos perpetrados por *gays* e *lésbicas*, no sentido de se questionar o motivo pelo qual a nossa cultura celebra a heterossexualidade e discrimina a homossexualidade<sup>55</sup>.

Wolkmer<sup>56</sup> afirma que “os modelos culturais e normativos que justificaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se inadequados e reduzidos, abrindo espaço para se repensar padrões novos de referência e legitimação”. Por isso, é essencial entendermos como a Constituição e, conseqüentemente, os direitos fundamentais devem ser interpretados atualmente, para, então, aplicá-los à questão da união homoafetiva como entidade familiar, tema esse que carrega em si o peso da discriminação e que ainda não foi reconhecido por nenhuma lei federal no Brasil. As exigências da sociedade mudaram ao longo dos anos e, por conseqüência, a concepção acerca da homossexualidade e da Constituição

---

<sup>53</sup> LOURO, op. cit., p. 29.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; Apres. de Celson Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 25.

<sup>55</sup> WEEKS, op. cit., p. 46.

<sup>56</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5 ed. São Paulo: Sarai-va, 2006. p. 185.

também sofreram alteração, de modo que, atualmente, não se justifica a persistência na discriminação em relação à homoafetividade.

Assim, partindo do Estado Liberal, por ser o primeiro paradigma constitucional da modernidade e por inaugurar a primeira dimensão dos direitos fundamentais, até os dias atuais, veremos que a concepção acerca da Constituição e da aplicação dos princípios nela contidos, sofreu grande transformação.

Mas, o que vem a ser um paradigma? Respondendo a essa pergunta, manifesta-se Carvalho Netto sobre a noção de paradigma na Ciência<sup>57</sup>:

Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, por meio da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.

Dessa lição, extrai-se que o desenvolvimento científico não é neutro, mas está sujeito às pré-compreensões, valores e visões de mundo compartilhados pelos homens em uma determinada época, direcionando a pesquisa científica. Assim, pode-se dizer que a ciência evolui através da superação de paradigmas anteriores, na medida em que a crescente heterogeneidade socioeconômica e cultural, bem como a complexidade dos conflitos assim o exigem. No plano jurídico, manifesta Wolkmer o seu entendimento<sup>58</sup>:

Os paradigmas que produziram um *ethos*, marcado pelo idealismo individual, pelo racionalismo liberal e pelo formalismo positivista, bem como os que mantiveram a logicidade do discurso filosófico, científico e jurídico, têm sua racionalidade questionada e substituída por novos modelos de referência. Esses novos paradigmas estão diretamente vinculados “à crescente complexidade dos conflitos, à heterogeneidade socioeconômica, à concentração e centralização do capital, à expansão do intervencionismo

<sup>57</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**: no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004. p. 29.

<sup>58</sup> WOLKMER, op. cit., p. 2 e 183.

estatal, à hipertrofia do Executivo, etc. À medida que a sociedade é vista como um sistema necessariamente conflituoso, tenso e em permanente transformação, toda e qualquer análise passa a ser considerada válida apenas se for capaz de identificar os fatores de mudança responsáveis pela contínua inadequação dos modelos culturais tradicionais – entre eles, o Direito.

[...] a estrutura normativa do moderno Direito positivo-formal é pouco eficaz e não consegue atender à mundialidade competitiva das atuais sociedades periféricas que passam por distintas espécies de reprodução do capital, por acentuadas contradições sociais e por fluxos que refletem tanto crise de legitimidade quanto crise na efetivação da justiça. Daí a obrigatoriedade de se propor e introduzir discussões sobre a ‘crise dos paradigmas’ dominantes e as rupturas dos modelos de fundamentação, pois, como na correta observação de Thomas S. Kuhn, as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e de novos referenciais.

Essa noção de paradigma também influencia a interpretação/aplicação dos direitos fundamentais. Observa Coura<sup>59</sup>:

No âmbito jurídico, as discussões acerca da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, recorrentemente associadas à exigência de legitimidade das decisões judiciais, também correspondem a reflexos de concepções paradigmáticas. Como visto, toda interpretação, bem como qualquer atividade humana, vincula-se inevitavelmente, a um determinado contexto histórico, pressupondo, por conseqüência, um pano de fundo compartilhado, que não pode, simplesmente, ser descartado.

Importante ressaltar que, apesar de falar em desenvolvimento científico através de rupturas, o próprio Carvalho Neto<sup>60</sup> admite que resquícios de paradigmas anteriores, apesar de não ser o ideal, ainda possam condicionar interpretações equivocadas da Constituição. Vejamos:

Aqui, no sentido de introduzirmos rapidamente a aplicação do conceito de Direito Constitucional, sobretudo com vistas aos supostos da hermenêutica constitucional, reconstruiremos um único grande paradigma de Direito e de organização política para toda a antiguidade e Idade Média, como contraponto à modernidade, que, por sua vez, será apresentada em três grandes paradigmas (o do Estado de Direito, o do Estado do Bem-Estar Social e do Estado Democrático de Direito), que tendencialmente se sucedem, em um processo de superação e subsunção (*aufheben*), muito embora aspectos relevantes dos paradigmas anteriores, inclusive o da antiguidade, ainda possam encontrar, no nível fático, curso dentre nós, a condicionar leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais.

<sup>59</sup> COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In) Constitucional**: Para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores”, à luz da Teoria Discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 42.

<sup>60</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 29/30.

Assim, reforça-se a necessidade de se entender como a Constituição era concebida nos paradigmas do Estado Liberal ou de Direito; do Estado de Bem-Estar Social e também no vigente paradigma do Estado Democrático de Direito para, posteriormente, analisarmos a questão da possibilidade de se reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar nos dias atuais.

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL

Originado a partir das revoluções liberais (americana e francesa), influenciado pelas ideias iluministas, no paradigma do Estado Liberal ou de Direito, houve uma grande preocupação em se proteger a autonomia e a liberdade dos indivíduos em relação ao Estado. A Revolução Burguesa teve como principal objetivo conter os privilégios que eram concedidos ao Clero e à Nobreza.

Cabe salientar que no séc. XVIII, a sociedade francesa era dividida em clero, nobreza e povo, sendo que nessa última categoria estavam inseridos a burguesia, os camponeses e os artesãos. Enquanto o clero e a nobreza detinham privilégios, a burguesia, os camponeses e os artesãos eram vítimas de opressão e exploração por parte dos demais. Assim, a busca de uma melhoria econômica, política e social desencadeou a revolução francesa, cujos ideais eram a liberdade, a igualdade e a fraternidade, resultando na instalação do governo burguês.

Nesse período, através de uma postura não intervencionista, o Estado buscava garantir o individualismo, a liberdade e a igualdade, chamados de direitos de primeira geração, que foram marcos desse paradigma constitucional liberal. Porém a sexualidade era vista como uma questão eminentemente privada que devia se restringir à intimidade. Práticas homossexuais não deviam ser manifestadas publicamente, pois não era o tipo de comportamento aceito. Portanto não havia uma liberdade efetiva e nem tampouco uma igualdade, pois o comportamento heterossexual era considerado a norma.

Em relação aos homossexuais, o entendimento da época é que o Estado somente deveria assegurar que suas vidas privadas, no sentido estrito do termo, fossem respeitadas, sem, contudo, permitir qualquer reivindicação de igualdade que fosse

além do respeito à esfera íntima do indivíduo.<sup>61</sup>

Na verdade, o comportamento sexual era mais uma preocupação da religião e da filosofia moral, do que do Estado. Weeks<sup>62</sup> explica que

O dever da lei era regular a esfera pública e, em particular, manter a decência pública. Havia limites, entretanto, à obrigação da lei de controlar a esfera privada, a arena tradicional da moralidade pessoal. As Igrejas poderiam se esforçar para dizer às pessoas o que fazer no privado; não era tarefa do Estado tentar fazer o mesmo. O Estado, no entanto, tinha pouco espaço para fazer cumprir os padrões privados, exceto (uma exceção de grande importância) quando houvesse uma ameaça de dano às outras pessoas. Nessa abordagem, havia a suposição implícita de que a sociedade não era mais governada – se é que alguma vez o fora – por um consenso moral. A lei deveria, então, limitar-se a manter os padrões comuns de decência pública.

Dessa forma é que foram garantidos direitos aos cidadãos contra o Estado detentor do poder, através da ideia de Constituição rígida e formal. A igualdade, como já dito, era apenas formal, ou, conforme menciona Ommati<sup>63</sup>, “a igualdade era apenas na lei, não importando se havia desigualdades fáticas que impediam o livre desenvolvimento das habilidades das pessoas”. Por conseguinte a igualdade entre os homens se realizava na medida em que a lei era aplicada indistintamente, sem considerar o caso concreto ou as características particulares das pessoas que a ela se submetiam.

Melhor explicando o que vem a ser a igualdade formal, ensina Hesse<sup>64</sup>:

Igualdade jurídica formal é *igualdade diante da lei* (art. 3, alínea I, da lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito.

<sup>61</sup> BORRILLO, Daniel. Homofobia: **História e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 76.

<sup>62</sup> WEEKS, op. cit., p. 75.

<sup>63</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2004. p. 69.

<sup>64</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. de Eduardo Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 330.

A liberdade, por sua vez, traduzia-se na ideia de que tudo o que a lei não proibisse estaria permitido. Sendo assim, mais livres seriam as pessoas quanto menor fosse o número de leis existentes. A liberdade garantida pelo Estado Liberal não estava relacionada com a felicidade dos cidadãos, pois, conforme afirma Bobbio<sup>65</sup>, “a verdadeira finalidade do Estado deve ser apenas dar aos súditos tanta liberdade que lhes permita buscar, cada um deles, a seu modo, a sua própria felicidade”.

O Direito, segundo Carvalho Neto<sup>66</sup>, era visto como “um conjunto de regras que delimitam os espaços de liberdade dos indivíduos – as linhas demarcatórias da fronteira em que termina a liberdade de um indivíduo e em que se inicia a liberdade de outro”. A lei, como já mencionado, limitava-se a manter o padrão de decência pública e, como o padrão de decência era o heterossexual, o homossexual ficava à margem do Direito, não sendo reconhecido pelos detentores do Poder.

Verifica-se, pois, que nesse paradigma, tanto a Constituição como também o Direito eram encarados pelo aspecto meramente formal, de conteúdo reduzido e rígido, ou seja, valorizava-se a normatividade em detrimento das circunstâncias fáticas. Nas palavras de Omatti<sup>67</sup>, a constituição e o Direito eram vistos como “um corpo de leis gerais, abstratas e válidas para todos, que assegurariam direitos universais e inalienáveis aos cidadãos, agora positivados”.

A noção de Estado Liberal incluía, ainda, a limitação jurídica do poder, sendo que a possibilidade de assunção de reivindicações contrárias à burguesia dominante era vista como um incômodo. Nesse ponto, importante destacar que, segundo o sociólogo Weeks<sup>68</sup>

...a própria ideia de “sexualidade” como domínio unificado é essencialmente ideia burguesa, desenvolvida como parte da auto-afirmação de uma classe ansiosa para diferenciar a si mesma da imoralidade da aristocracia e da promiscuidade supostamente irrestrita das classes inferiores. Era basicamente um projeto colonizador, buscando remodelar tanto a política quanto o comportamento sexual à sua própria imagem. Os padrões respeitáveis de vida familiar desenvolvidos no século XIX (os “valores vitorianos”) - com a demarcação crescente entre papéis masculinos e femininos,

---

<sup>65</sup> BOBBIO, **A Era dos Direitos**... p. 103.

<sup>66</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 33.

<sup>67</sup> OMMATI, op. cit., p. 70.

<sup>68</sup> WEEKS, op. cit., p. 55.

uma ênfase nova na necessidade de elevar o comportamento público aos melhores padrões da vida privada e um agudo interesse no policiamento público da sexualidade não conjugal, não heterossexual - tornaram-se, crescentemente, a norma pela qual todo comportamento era julgado.

Verifica-se, portanto, que o homossexual, tido como pervertido, era submetido ao controle social e repressivo da classe dominante. Weeks<sup>69</sup> ressalta que “havia, de fato, uma grande dose de hipocrisia moral, já que os indivíduos (especialmente homens) e a sociedade aparentavam respeitabilidade, mas faziam algo bem diverso”. Acredita-se que o século XVIII foi um período em que a homossexualidade foi mais condenada, uma vez que, conforme entendimento da época, o homossexual, além de não se encaixar na norma, também não possuía vigor físico suficiente à acumulação de riqueza<sup>70</sup>.

Por outro lado, a constituição não era dotada de um poder transformador da sociedade. Sendo assim, ao juiz não era dado o poder de interpretar a lei, mas, simplesmente, declarar a vontade dela, ou seja, do que estivesse expressamente positivado. Diante disso, o conteúdo dos direitos fundamentais ficava, exclusivamente, à mercê do legislador, justificando condutas arbitrárias, conforme destaca Rios<sup>71</sup>:

Especificamente no âmbito dos direitos fundamentais, onde se insere o princípio da igualdade, admitiu-se a definição do conteúdo dos direitos fundamentais pelo legislador. O esvaziamento material deste conteúdo, cujos contornos ficavam à mercê da legislação, acabou por tolerar a adoção de medidas flagrantemente contrárias à dignidade humana, como claramente ilustra a admissão de discriminações pelo regime nazista, mesmo no quadro de um ordenamento jurídico onde previsto o princípio da igualdade. Diante dessa concepção, verificou-se a mais completa ineficácia dos direitos fundamentais que, muito além de uma perspectiva formal, reclamam conteúdo e disciplina jurídica próprios.

No mesmo sentido, Omatti<sup>72</sup> explica que se entendia a constituição e as leis políticas como frutos de uma vontade geral, racional, perfeita, indestrutível e não passível de erro. Sendo assim, as leis funcionariam como uma máquina perfeita, fruto de um legislador racional (a vontade geral), o que não passou de uma mera ilusão.

---

<sup>69</sup> WEEKS, op. cit., p. 53.

<sup>70</sup> VECCHIATTI, op. cit., p. 58.

<sup>71</sup> RIOS, op. cit., p. 36.

<sup>72</sup> OMMATI, op. cit., p. 72.

Na prática, esse paradigma constitucional se caracterizou como um período de grande exploração social e econômica, pois a aplicação do texto normativo era igual para todos os destinatários da norma e respectivas situações, não se considerando as semelhanças e diferenças porventura existentes. Assim explica Comparato<sup>73</sup>:

Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente a sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança.

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora.

Nesse cenário, visando a assegurar os anseios do operariado que lutava pela garantia eficaz de seus direitos, por uma liberdade e igualdade material, foi necessária uma revisão de conceitos, levando à decadência o Estado Liberal.

### 2.3 A CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL

Com a crise do Estado Liberal, foi instituído o Estado Social ou do Bem-Estar Social, intervencionista e assistencialista, preocupado com a criação de direitos sociais, em que os direitos fundamentais foram utilizados pelo Estado para regular as relações, inclusive, de Direito privado. Essa ruptura com o Estado Liberal se materializou através do inconformismo do operariado que, conforme ensina Fabriz<sup>74</sup>, “ao se organizar e pleitear um mínimo de direitos que lhe proporcionasse segurança econômica e justiça social, desloca o conceito de liberdade e igualdade para outra esfera paradigmática”.

---

<sup>73</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53/54.

<sup>74</sup> FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 198.

Nesse contexto, o Estado Social passou a buscar uma sociedade efetivamente mais igualitária, motivo pelo qual foram garantidos direitos sociais e econômicos aos cidadãos, tais como, o direito à educação, previdência e saúde, chamados de direitos de segunda geração. A igualdade passou a ser vista em seu aspecto material e não somente como observância das formas jurídicas. Porém essa igualdade era voltada para o aspecto socioeconômico do indivíduo, de modo que o homossexual continuava a ser tratado com desigualdade. A heterossexualidade ainda era a norma tida como referência a ser seguida.

Foi nesse cenário que se passou a exigir o tratamento igual nos casos iguais e o tratamento diferenciado em hipóteses distintas, objetivando, assim, o nivelamento das desigualdades apresentadas no meio social. Significa dizer que a Constituição passou a se preocupar com os anseios da sociedade, o que, além da formalidade em sua formação, dava-lhe a necessária legitimidade. Porém, ainda assim, não se levava em consideração o caso concreto e as características do indivíduo que se submetia à lei, pois a igualdade tinha um conteúdo pré-determinado pela mesma.

Buscando uma correspondência da Constituição com a realidade social, nesse paradigma, foi conferido ao juiz o poder de interpretar as leis, através de parâmetros construídos pela ciência jurídica, pois passou-se a entender que a lei nem sempre era clara. Segundo Ommati<sup>75</sup>, “a ciência jurídica teria o papel de dar uma moldura com todas as possibilidades de interpretação, através de métodos claros e anteriormente assentados, tais como os métodos gramatical, lógico-sistemático, histórico, e teleológico”. Entretanto, no final, era o juiz quem detinha o poder de dizer o direito, o que possibilitava um alto grau de discricionariedade, justificando decisões políticas e arbitrárias, diminuindo a segurança jurídica.

Importante ressaltar, conforme afirma Coura<sup>76</sup>, que o paradigma do Estado Social foi profundamente marcado pela “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen que concebia o ordenamento jurídico como um conjunto fechado e hierarquizado de regras que, ainda hoje, influencia as decisões de vários juízes e tribunais e favorece o decisionismo jurídico. Ainda, segundo Coura, para o positivismo kelseniano o que im-

---

<sup>75</sup> OMMATI, op. cit., p.81.

<sup>76</sup> COURA, op. cit., p.56/57.

porta são as normas jurídicas em seu aspecto geral, o que implica na desconsideração dos aspectos particulares de cada caso.

A discriminação em relação aos homossexuais continuava e partia tanto das classes mais abastadas quanto do proletariado, conforme afirma Borrillo<sup>77</sup>:

Se, para a corporação dos médicos do início do século XX, a explicação das degenerescências sexuais (entre as quais aparece a homossexualidade) encontra-se do lado das classes populares, em compensação, para os porta-vozes políticos do movimento operário, ela resulta do caráter decadente das sociedades capitalistas e burguesas.

Verifica-se, pois, que a homossexualidade, apesar de ser uma realidade, continuava a ser encarada como algo fora do normal, uma degenerescência sexual, que deveria ser combatida. Porém, apesar da homossexualidade continuar à margem do alcance da lei, foi nessa época que se iniciou, publicamente, a reação dos homossexuais contra a discriminação e as injustiças sofridas ao longo de tantos anos. O movimento dos homossexuais em prol da liberação buscava o seu reconhecimento enquanto pessoas dignas de respeito e consideração, tanto no plano pessoal como no social.

Mundialmente, a luta homossexual teve como importante marco a rebelião “Motim de Stonewall”, ocorrida em Nova Iorque, em 28 de junho de 1969, que se caracterizou por intensas brigas com a polícia, durante o período de uma semana. Essa data ficou institucionalizada como o “Dia do Orgulho Gay”<sup>78</sup>.

Porém Weeks<sup>79</sup> informa que, desde o final do século XIX, já havia movimentos de reconhecimento, ressaltando o julgamento do famoso caso envolvendo Oscar Wilde, um popular escritor da Inglaterra:

Na Inglaterra, a rajada de escândalos e casos levados aos tribunais, culminando no mais famoso de todos, o julgamento de Oscar Wilde, em 1895, revelou para um público estupefato a existência de um já complexo submundo sexual, ao lado da nova respeitabilidade sexual hegemônica.

---

<sup>77</sup> BORRILLO, op. cit., p. 78.

<sup>78</sup> DIAS, **União homoafetiva...**, p. 43.

<sup>79</sup> WEEKS, op. cit., p. 67.

Esses movimentos homossexuais ganharam força e deram início a um questionamento acerca dos pressupostos da lei que privilegiam os heterossexuais e que, segundo Parker<sup>80</sup>, gerou a “...coesão e o desejo políticos necessários para alterar as normas e os valores ocidentais sobre a sexualidade”.

Com efeito, a discriminação em relação aos homossexuais diminuiu, o que só vem comprovar que a sexualidade e a forma de encará-la estão sujeitas a processos de mudanças ocorridos na sociedade ao longo da história. Nesse sentido, vale transcrever as seguintes palavras do antropólogo Parker<sup>81</sup>:

Isso coloca uma atenção renovada no fato de que a desigualdade de gênero e a opressão sexual não são fatos imutáveis da natureza, mas sim artefatos da história, ajudando a nos fazer lembrar que as estruturas da desigualdade e da injustiça, que tão freqüentemente parecem organizar o campo sexual, bem como outras formas de injustiça social, podem, de fato, ser transformadas através da ação intencional e de iniciativas políticas progressistas.

Em relação à homossexualidade, essas iniciativas políticas não foram efetivamente implementadas. Como dito anteriormente, o Estado Social se preocupou mais com o aspecto econômico dos indivíduos e, nem por esse viés, o seu objetivo foi atingido. Ommati<sup>82</sup> destaca que “o Estado Social conseguiu, no máximo, criar clientes do Estado, acostumados a receber tudo de graça, não se importando com a qualidade dos serviços prestados”.

Já Comparato<sup>83</sup> menciona que “no final do século XX, o que se verificou, em todas as partes do mundo, é que a massa trabalhadora havia se tornado um insumo perfeitamente dispensável no sistema capitalista de produção”. Além disso, a busca exacerbada da correspondência entre constituição jurídica e realidade social acabou por enfraquecer a sua eficácia normativa, pois tornou-a vulnerável a qualquer alteração social, chegando-se à conclusão de que nem o formalismo do Estado Liberal e nem o materialismo do Estado Social eram ideais, e que deveria haver um

---

<sup>80</sup> PARKER, Richard. Cultura, Economia Política e Construção Social da Sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O CORPO EDUCADO: Pedagogias da Sexualidade**. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 140.

<sup>81</sup> Ibid., p. 144.

<sup>82</sup> OMMATI, op. cit., p.84.

<sup>83</sup> COMPARATO, op. cit., p.66.

equilíbrio capaz de resgatar a normatividade da Constituição, até então enfraquecida.

## 2.4 A CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a crise do paradigma do Bem-Estar Social, consolidou-se o paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado na atual Constituição Brasileira, verdadeiro marco de redemocratização no país, que tem a sua legitimidade na soberania popular, onde o povo que atua na elaboração do ordenamento jurídico, também a ele se submete. A democracia, destaca Fabriz<sup>84</sup>, mostra-se como “um modo de organizar a sociedade política, de maneira que a pluralidade das manifestações sociais possa fazer-se presente nas decisões que devem ser abertas à participação popular, legitimada pelo direito de associação e livre discussão como fundamento dessa participação”.

Nesse paradigma, então, busca-se atender aos anseios de uma sociedade pluralista, viabilizando uma estrutura normativa capaz de atender às suas necessidades essenciais, onde os direitos individuais são reconhecidos e garantidos. Vale aqui ressaltar as palavras de Bobbio<sup>85</sup> acerca da estreita ligação entre a garantia dos direitos do homem e democracia, quando diz que “sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

O pluralismo jurídico, segundo Wolkmer<sup>86</sup>, é designado como “a multiplicidade de práticas existentes num espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

Assim, visando à construção de uma sociedade pluralista, democrática e solidária, no Estado Democrático de Direito, o respeito e a proteção efetiva aos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional passam a ser uma grande preocupação.

---

<sup>84</sup> FABRIZ, op. cit., p. 202.

<sup>85</sup> BOBBIO, **A Era dos Direitos**, p. 223.

<sup>86</sup> WOLKMER, op. cit., p. 188.

O fato de os direitos fundamentais estarem contidos na Constituição, segundo Cambi<sup>87</sup>, gera as seguintes consequências:

(i) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (ii) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais devem tomá-las como *diretivas materiais permanentes*; (iii) servirem de *limites materiais negativos* dos poderes públicos, devendo ser considerados inconstitucionais os atos que a contrariam.

Nesse contexto, ultrapassando o sentido que se tinha no Estado Liberal e no Estado Social, os direitos de primeira e segunda geração, segundo Carvalho Netto<sup>88</sup>, ganham novo significado:

Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, coautores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o *paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito* participativo, pluralista e aberto.

Além disso, justifica-se o fato de que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, surgiram os direitos difusos, chamados de direitos de terceira geração, tais como, o direito do consumidor, ambiental e da criança e do adolescente, além de abranger os direitos de primeira e de segunda geração.

Reconhecendo-se como pessoas verdadeiramente livres e iguais, os homossexuais intensificaram os movimentos em busca de aceitação, de respeito às diferenças e, conseqüentemente, do fim da discriminação. De fato, o avanço tem sido gradativo e considerável. Alguns países já admitem até o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. No Brasil, nem pela jurisprudência a união estável tem sido reconhecida de forma unânime. Com exceção da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) que se refere à violência doméstica, nenhuma outra lei federal trata a união homoafetiva como entidade familiar. Desde 1995, tramita no Congresso Nacional o Projeto de

---

<sup>87</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 665.

<sup>88</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 37.

Lei 1.151, sobre a parceria civil registrada, mas, até o presente ano de 2010, não foi aprovado e nem tem previsão de ser.

Porém a luta dos homossexuais continua. Em 31 de janeiro de 1995, foi criada a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, que tem como objetivo “promover a cidadania e defender os direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, contribuindo para a construção de uma democracia sem quaisquer formas de discriminação, afirmando a livre orientação sexual e identidades de gênero”<sup>89</sup>.

Essa associação, fundada em 1995 com 31 grupos, hoje já se constitui em uma rede nacional de 237 organizações afiliadas, com intensas programações por vários estados brasileiros. Um dos eventos mais conhecidos é a Parada Gay de São Paulo que teve início em 1997 com a participação de 2000 pessoas, sendo que, neste ano de 2010, contou com a presença de 3,3 milhões de manifestantes, conforme estimativa da Associação da Parada do Orgulho GLBT de São Paulo<sup>90</sup>.

Isso mostra que o movimento LGBTTTTS é atuante e os poucos avanços conseguidos se devem aos seus esforços. Com efeito, em sede administrativa, já foram garantidos alguns direitos aos companheiros homoafetivos. Por exemplo, através da Instrução Normativa 25/2000, o INSS garantiu o direito à pensão por morte e o auxílio reclusão. A Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, através da Circular 257/2004 regulamentou o direito ao recebimento do Seguro DPVAT pelo companheiro sobrevivente. Recentemente, a Receita Federal, por meio do Parecer PGFN/CAT/1503/2010 de 19 de julho de 2010, consentiu que o parceiro homossexual, com mais de cinco anos de convivência, seja incluído como dependente no Imposto de Renda<sup>91</sup>.

Esses não são os únicos direitos alcançados pelos homossexuais no Brasil. Apenas foram enfatizados os direitos garantidos em todo o país. Além desses, alguns Es-

---

<sup>89</sup> Disponível em: <http://www.abgl.org.br/port/index.php>. Acesso em: 25 ago. 2010.

<sup>90</sup> Disponível em: <http://www.paradasp.org.br/progamacao.php>. Acesso em: 25 ago. 2010.

<sup>91</sup> Disponível em: [http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFsinot/2010/08/02/2010\\_08\\_02\\_13\\_02\\_22\\_8766012\\_16.html](http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFsinot/2010/08/02/2010_08_02_13_02_22_8766012_16.html). Acesso em: 25 ago. 2010.

tados também têm assegurado direitos aos homossexuais, seja administrativa ou judicialmente, inclusive reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar. Porém a relação homossexual ainda não é tão reconhecida ou aceita como a heterossexual. Conforme afirma Weeks<sup>92</sup>, “até o momento, entretanto, tem sido apenas num grau limitado que esse reconhecimento tem-se transformado numa aceitação positiva da diversidade e do pluralismo moral”.

Com efeito, o Código Civil Brasileiro e a Constituição Federal vigente só se manifestaram expressamente sobre o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, omitindo-se em relação à união homoafetiva. Entretanto esse tipo de relacionamento é cada vez mais comum na sociedade e os conflitos decorrentes acabam por chegar ao Poder Judiciário. Ante a ausência de lei específica que trate a união homoafetiva como entidade familiar, garantindo todos os direitos dela advindos, alguns juízes preferem extinguir o feito sem resolução do mérito ou julgar com base no direito das obrigações, negando o caráter familiar da relação.

Para demonstrar a divergência na jurisprudência brasileira sobre o tema, colocamos abaixo dois pronunciamentos judiciais em sentido opostos:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO JUDICIAL POR AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A UNIÃO ESTÁVEL SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Alemanha (LPaetG), França, Suécia, Dinamarca ou Holanda, país este que prevê mesmo o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê a união estável e, muito menos casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Hipótese em que a interpretação judicial não tem alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação dos poderes. APELAÇÃO DESPROVIDA (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70028838308, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 24/06/2009).

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicio-

---

<sup>92</sup> WEEKS, op. cit., p. 79.

nal a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/12/2006).<sup>93</sup>

Ambas as jurisprudências são do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que foi o primeiro tribunal do País a reconhecer a união estável homoafetiva. Ainda assim, dentro desse mesmo tribunal, existem posições divergentes, o que demonstra a complexidade do tema.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ainda não se manifestou sobre o mérito da questão. Os recursos que chegaram ao STF acabaram por ter o seguimento negado, por falta de requisito de admissibilidade. Porém encontra-se em tramitação naquele Excelso Pretório, ainda pendente de julgamento, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/09, cujo requerente é o Procurador Geral da República a qual tem como objeto o art. 1723 do CCB, visando a tornar obrigatória no Brasil a 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 que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.<sup>94</sup>

No entanto posições como a do Desembargador José Conrado de Souza do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não encontram respaldo no atual Estado Democrático de Direito, uma vez que há de ser feita uma interpretação de acordo com os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, levando-se em conta, também, o caso concreto. Verifica-se, no paradigma vigente, uma nova concepção acerca da Constituição e de seus princípios, bem como de seu caráter vinculativo no ordenamento jurídico, rompendo a visão que se tinha, até então, de que a Constituição não passava de uma “folha de papel”, de

---

<sup>93</sup> Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 25 ago. 2010.

<sup>94</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>. Acesso em: 04 dez. 2010.

natureza meramente política. A partir de 1988, a Constituição Brasileira passa a ter força normativa, conforme afirma Barroso<sup>95</sup>:

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

Com força normativa, o conteúdo da Constituição passou a ser dotado de imperatividade, tendo prevalência em relação aos códigos. Devido a essa preponderância, a Constituição, ainda, passou a ter o poder de vincular os atos do próprio Estado e de seus respectivos poderes, evitando abusos por parte do mesmo. Em decorrência, os demais ramos de Direito passaram a ser interpretados de acordo com a Constituição. Alvim<sup>96</sup> atribui a supremacia da Constituição em relação às demais normas ao fato de que nela estão contidas todas as aspirações essenciais de um povo, em um momento histórico determinado. Vejamos:

Esta colocação da Constituição no ápice do edifício jurídico decorre da circunstância dela encerrar, ou pretender encerrar, todas as aspirações essenciais de um povo, num dado momento histórico [...]. A Constituição aspira a mudanças significativas na sociedade. Ela se constitui no repositório dos bens havidos como fundamentais à coexistência social, sendo por isso hierarquicamente superior às outras leis; vale dizer, tem ela a missão jurídico-política de balizar a vida social, não permitindo que outras leis infringam as suas regras, que valem como *postulados*, e daí terem na ordem jurídica a mais incontestável validade

Ainda sobre a supremacia da Constituição, que contém em seu texto a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, à luz do Paradigma Democrático de Direito, é importante transcrever a lição de Fabríz<sup>97</sup>:

A supremacia da Constituição decorre de sua própria natureza, na medida em que esse documento estabelece as normas que estruturam a convivência na Comunidade.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrin/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 19 jul. 2010.

<sup>96</sup> ALVIM, ARRUDA. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1990. v. 1. p. 170.

<sup>97</sup> FABRIZ, op. cit., p. 182.

A supremacia constitucional compreende o Direito e a política como imbricados fenômenos que estabelecem as bases para realização dos direitos fundamentais. Devemos, no entanto, entender o significado de supremacia em sentido de grandeza primeira, de uma dada sociedade organizada. A supremacia da Constituição e sua rigidez encontram-se mais no *desejo de constituição* de um determinado povo do que propriamente em suas formalidades estabelecidas.

A supremacia da Constituição nos remete à conscientização de que somos destinatários de normas de direitos fundamentais invioláveis e irrenunciáveis.

Essa vontade de constituição, que está intimamente relacionada à normatividade da Constituição, segundo Hesse<sup>98</sup>, está baseada na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem jurídica inquebrantável; na compreensão de que uma ordem constituída não é apenas legitimada pelos fatos e que essa ordem só será eficaz com o concurso da vontade humana. Assim, para Hesse, a Constituição somente se transformará em força viva se houver a disposição por parte da sociedade e do Poder Público de cumprir a ordem nela estabelecida, indo ao encontro dos anseios sociais.

Canotilho<sup>99</sup>, ao tratar da força normativa da Constituição, estabelece uma vinculação entre a normatividade e sua efetividade e aplicabilidade:

*A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direcção política”, um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis.”*

Portanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição passa a ser dotada de normatividade e, mesmo que a norma não venha acompanhada de uma sanção correspondente, ela deve ser obedecida, em um esforço contínuo e coletivo de se concretizarem os preceitos nela contidos.

Porém, como a eficácia da normatividade da Constituição depende do “desejo de constituição de um determinado povo”, para que a Constituição atinja uma ótima força normativa, deve-se levar em conta o estado espiritual de seu tempo, adaptando-se, conseqüentemente, às mudanças ocorridas na realidade fática.

<sup>98</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 1991. p. 19.

<sup>99</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1150.

Conforme salienta Fabriz<sup>100</sup>, “Constituição e realidade não podem ficar isoladas. Sempre que se verifique uma realidade inconstitucional, devem-se despender esforços, no sentido de se viabilizar a concordância entre realidade e Constituição”. Portanto não se deve separar a Constituição das condições históricas de sua realização e nem de sua atualização, pois essas também são condições para uma melhor eficácia daquela.

Por outro lado, essas condições históricas não podem ser encaradas como condições únicas de concretização da norma constitucional, já que a constituição também representa um dever-ser, principalmente no sentido de se promover a diminuição das desigualdades, assegurando a dignidade da pessoa humana. Ou seja, a constituição, de forma flexível, também deve orientar as condutas, visando a transformar a realidade, de acordo com a ordem nela estabelecida.

Assim, não se defende aqui a revisão da constituição sempre que for preciso adaptá-la à realidade histórica concreta, já que isso enfraqueceria a sua normatividade, mas, sim, uma interpretação adequada da mesma, objetivando a sua melhor aplicabilidade e eficácia. Diante disso, é dever do Estado, através do Poder Judiciário, ao realizar a interpretação constitucional, primar pela concretização dos preceitos contidos na lei maior, levando em conta o caso concreto e a realidade histórica de seu tempo e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Vale destacar, ainda, que no Estado Democrático, fundado na soberania popular, não há apenas a preocupação com o direito de participação das maiorias, mas também com a proteção das minorias, tais como os homossexuais, limitando-se o poder do Estado, conforme explana Gustavo Binjenbojm<sup>101</sup>:

O Estado Democrático de Direito é a síntese histórica de duas idéias originariamente antagônicas: democracia e constitucionalismo. Com efeito, enquanto a idéia de democracia se funda na soberania popular, o constitucionalismo tem sua origem ligada à noção de limitação do poder. A democracia constitucional, conquanto proclamada neste final de século como regime de governo ideal, vive sob o influxo de uma tensão latente entre a vontade majoritária e a vontade superior expressa na Constituição.

<sup>100</sup> FABRIZ, op. cit., p. 178.

<sup>101</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização, 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 246.

Essa proteção às minorias acontece através da aplicação dos direitos fundamentais contidos na Constituição, que são verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito e expressam a vontade superior a que se refere Binenson. A Constituição garante, portanto, a liberdade do cidadão frente ao poder estatal.

A proteção às minorias está intimamente ligada ao respeito às diferenças, à libertação e à inclusão dos indivíduos historicamente e culturalmente excluídos, ou, nas palavras de Wolkmer<sup>102</sup>, à ética da alteridade:

A ética da alteridade não se prende a engenharias “ontológicas” e a juízos *a priori* universais, posto para serem aplicados a situações vividas, mas traduz concepções valorativas que emergem das próprias lutas, conflitos e interesses de novos sujeitos insurgentes em permanente afirmação. A ética da alteridade é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos excluídos e se propõe gerar uma prática pedagógica, capaz de emancipar os sujeitos oprimidos, injustiçados e expropriados. Por ser uma ética comprometida com a dignidade do “outro”, encontra seus subsídios teóricos tanto nas práticas sociais cotidianas quanto em pressupostos advindos da “filosofia da libertação”.

Uma das formas de se concretizar esse processo emancipatório, como já dito anteriormente, é através da interpretação e aplicação correta dos direitos fundamentais, que são sustentáculos do Estado Democrático de Direito. No Brasil, foi através da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios, ganharam ascensão, inclusive, porque passaram a ter aplicação imediata.

Porém, para que esse Estado Democrático e os direitos abrangidos por ele se concretizem de fato, mister se faz um esforço contínuo de todos os membros da sociedade e, principalmente, do Poder Público, no sentido de aplicar os preceitos constitucionais de forma adequada. Para tanto, merece destaque a jurisdição constitucional, conforme veremos a seguir.

#### **2.4.1 Constituição Aberta e sua Interpretação pelo Poder Judiciário**

---

<sup>102</sup> WOLKMER, op. cit., p. 197.

Na concepção atual, o Direito deixa de ser encarado como um conjunto fechado de regras e passa a ser concebido como um sistema jurídico aberto de regras e princípios, sendo que esses fornecem as diretrizes para o comportamento de todo o sistema jurídico. Dizer que o sistema jurídico é aberto, na lição de Canotilho<sup>103</sup>, significa que a sua estrutura é “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”.

Assim, o sistema jurídico aberto permite que os preceitos constitucionais se adaptem às mudanças sociais, como no caso das famílias homoafetivas que, atualmente, apresentam-se, abertamente, na sociedade. São justamente os princípios que proporcionam a flexibilização do texto em razão da alteração dos fatores reais, sem enfraquecer a força normativa da Constituição.

Nesse mesmo sentido, destaca Repolês<sup>104</sup> que a Constituição e o Paradigma do Estado Democrático de Direito “são projetos inacabados e em constante construção que necessitam a todo momento ter o seu sistema de direitos atualizados, isto é, interpretá-los, institucionalizá-los, e esgotar o seu conteúdo cada vez mais adequadamente”.

A interpretação, dessa forma, mostra-se muito importante, uma vez que o Direito tem como característica essencial o seu caráter textual. Busca-se, então, através da interpretação de textos normativos, discursivamente construídos e reconstruídos, o acesso à norma. É o que também se depreende das palavras de Pedra<sup>105</sup>:

No paradigma atual há a superação de uma concepção tradicional, em que a interpretação era compreendida apenas como a descoberta do sentido do texto normativo, para uma outra concepção, na qual se verifica um processo criativo de produção de norma, ou seja, o que se tem é uma *atribuição* e não uma *descoberta* de um significado preexistente do enunciado lingüístico.

<sup>103</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1159.

<sup>104</sup> REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 133.

<sup>105</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. Concretização de Direitos Fundamentais Sociais. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. (Coord.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 4.

Portanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é concedido ao juiz o poder de interpretação na aplicação do Direito, tarefa essa deveras complexa, uma vez que a simples subsunção do fato ao texto legal pode ser insuficiente para resolver certos problemas jurídicos. É o que ocorre no caso das uniões homoafetivas, uma vez que o art. 226 da CF e o art. 1723 do CCB só se manifestam acerca da união estável heterossexual.

Assim, o papel do julgador é de fundamental importância no sentido de se concretizar a norma. Porém não basta dizer que os juízes podem interpretar o texto normativo, pois essa interpretação deverá ser realizada levando-se em conta o caso concreto, e de acordo com a Constituição vigente. Segundo Pedra<sup>106</sup>, “a norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do aplicador do direito, que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida. Por outro lado, o intérprete constitucional não pode dar sentidos de forma arbitrária aos textos, pois texto e norma não estão separados”.

Sendo assim, as decisões dos juízes devem atender tanto ao critério de certeza jurídica que decorre da tomada de decisões de acordo com o Direito vigente, como ao critério de aceitabilidade racional, que decorre da adequabilidade ao caso concreto. Nesse sentido se manifesta Oliveira<sup>107</sup>:

Em outros termos, o princípio da certeza jurídica requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente e a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos casos concretos, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais.

Certamente, saber qual a melhor forma de se interpretar os textos normativos, aplicando a Constituição e os direitos fundamentais por ela consagrados, e como se limitar os poderes dos juízes, garantindo segurança e certeza em relação às deci-

---

<sup>106</sup> PEDRA, op. cit., p. 4.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (org.). **Jurisdição e Herme-**

sões por eles tomadas, têm sido uns dos grandes problemas da atualidade e, conseqüentemente, alvo de intensas discussões jurídicas.

O problema do reconhecimento da união homoafetiva pode ser usado como exemplo, na medida em que não há uma lei específica sobre o assunto e o Poder Legislativo, que é o competente para legislar, mantém-se silente nesse caso. O Poder Judiciário, por sua vez, muitas vezes deixa de reconhecer a união homoafetiva justificando-se na falta de previsão legal e na impossibilidade de invadir a esfera de competência do Legislativo. O fato é que, seja por questões religiosas, tradição, costumes, seja por não se encaixar no padrão considerado como “normal”, a união entre homossexuais continua à margem da lei e, não raras vezes, também privada da tutela jurisdicional que a reconheça como entidade familiar.

Porém a Constituição Federal vigente e os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade nela previstos, se interpretados e aplicados adequadamente, são aptos a justificarem a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A postura de se negar direitos aos casais homossexuais, mediante uma interpretação literal do art. 226 da CF, como vem acontecendo em vários casos, é inaceitável, uma vez que a Constituição, como já vimos, é dotada de normatividade e de supremacia em relação às demais leis, além de conter em seu texto princípios, sobretudo no que concerne à promoção da igualdade, da liberdade e da dignidade humana que se aplicam, inclusive, às minorias, para que se alcance o seu objetivo fundamental que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Sendo assim, o Poder Judiciário, mesmo diante da omissão do Legislativo, pode reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, utilizando-se dos princípios constitucionais e da visão do Direito como integridade, conforme lição de Dworkin que veremos a seguir.

Para Dworkin, o ideal é que os juízes não criem um novo direito, mas que apliquem o direito criado por outras instituições. Porém, apesar de entender que esse é o ideal, o jusfilósofo americano admite que nem sempre esse ideal é concretizado na

prática<sup>108</sup>. Na concepção de Dworkin, quando os juízes se deparam com um caso difícil, como a união homoafetiva, para a qual não há previsão legal, eles devem criar um novo direito para o caso concreto. Para tanto, os juízes “devem agir como se fossem delegados do poder legislativo”<sup>109</sup>, atuando como os legisladores deveriam atuar se estivessem diante do mesmo problema. Porém, para Dworkin, é dever do juiz, quando estiver diante de um caso difícil, construir a norma para o caso concreto, mas sempre vinculado a argumentos de princípios<sup>110</sup>.

Assim, é dever dos juízes, exercendo seu papel dentro da nova interpretação constitucional, nos casos difíceis, tal como ocorre na falta de uma lei específica que regule o caso, interpretar o texto constitucional e aplicar os princípios contidos na CF vigente, considerando os elementos fáticos do caso concreto, fazendo um esforço de tornar a Constituição viva, conforme dispõe Piovesan<sup>111</sup>:

A Constituição só se torna viva, só permanece viva, quando há o esforço em conferir-lhe realização, que não se coaduna com a omissão inconstitucional, inviabilizadora de sua eficácia. A tarefa de realização das normas constitucionais deve, ademais, estar em consonância com o sentido essencial dos princípios consagrados pela Constituição, refletindo, assim, a consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem normativa, bem como a convicção de que se trata de uma ordem a realizar, através de atos de vontade dos implicados no processo constitucional.

Portanto, a partir do Estado Democrático de Direito, aumentaram as exigências em relação ao papel dos juízes ao aplicar o Direito ao caso concreto, tendo em vista a complexidade da sociedade moderna e a necessidade de que as decisões contemplem, ao mesmo tempo, a aceitabilidade racional e a segurança jurídica que decorre do fato de que as decisões judiciais devem ser proferidas de acordo com o ordenamento jurídico. Sobre esse incremento relativo à função dos responsáveis pela tutela jurisdicional, assim se manifesta Carvalho Neto<sup>112</sup>:

Desse modo, no Paradigma Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 128.

<sup>109</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**. p. 128/129.

<sup>110</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**. p. 135.

<sup>111</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 18.

<sup>112</sup> CARVALHO NETO, op. cit., p.38.

tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Para tanto, é necessário que os juízes compreendam que, diferentemente do que pregava o positivismo jurídico, o nosso ordenamento jurídico não se resume, simplesmente, a um conjunto hierarquizado de regras, mas se trata de um sistema aberto de regras e princípios que devem ser interpretados adequadamente.

Porém a concepção acerca dos princípios não é pacífica. Alguns autores, como Alexy, defendem que os princípios são mandados de otimização. Outros, como Dworkin, a quem nos filiamos, entendem os princípios como comandos deontológicos. Veremos a seguir essas duas correntes, justificando a escolha desses autores por serem atuais e estarem entre os mais renomados acerca do tema.

Vejamos a distinção que Alexy<sup>113</sup> tece sobre regras e princípios:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em grau diferente e que a medida do seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Ao contrário, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por outro lado, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio. (tradução livre)

---

<sup>113</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86/87. No original: El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades es determinado por los principios y reglas opuestas. Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en en ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

Ocorre que, se os princípios forem considerados como mandados de otimização, e, como tais, que suas prescrições devem ser cumpridas da melhor forma possível, a depender das possibilidades práticas e jurídicas, eles podem simplesmente, dependendo da situação, não serem aplicados. Nesse caso, a força normativa desses princípios e, conseqüentemente, da constituição, estaria totalmente descaracterizada. Vejamos o que diz Ommati<sup>114</sup>:

Perder-se-á o sentido de normatividade do Direito, uma aquisição histórica custosa, vitória dos cidadãos contra os abusos do poder real. É por isso que a Constituição e seus princípios não podem ser entendidos como valores, mas como normas, comandos deontológicos e, enquanto tais, não admitem ponderação nem comando de otimização, mas sim um trabalho de adequação do princípio correto para o caso.

Além disso, Alexy<sup>115</sup> concebe a Constituição como uma ordem concreta de valores, e os princípios como comandos axiológicos, sendo que, no caso de colisão entre princípios deverá prevalecer o de maior peso, através de um processo de ponderação a ser realizado mediante o arbítrio do julgador:

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando os princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem que ceder. Isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que se deva introduzir nele uma cláusula de exceção. O que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Em outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar não na dimensão da validade, mas na dimensão do peso. (tradução livre)

Ao dizer que, em um caso concreto, deve prevalecer o princípio de maior peso,

<sup>114</sup> OMMATI, op. cit., p. 96/97.

<sup>115</sup> ALEXY, op. cit., p. 89. No original: Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que em el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepcion. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que em los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo em la dimensión de la validez; la colisión de principios - como solo pueden entrar em colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, em la dimensión del peso.

Alexy deixa ao arbítrio do juiz fazer a ponderação e decidir qual a melhor solução a ser adotada. O problema é que nem todos os juízes pensam de uma mesma forma, o que gera uma grande insegurança jurídica. Na realidade, entender a constituição e os princípios nela contidos como uma ordem de valores ajuda a disfarçar o decisionismo judicial.

Nas palavras de Dworkin<sup>116</sup>, “as pessoas freqüentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”. Porém o indivíduo que se submete à decisão judicial não pode ficar à mercê de tamanho subjetivismo.

Como se pode observar, as críticas de Ommatti vão ao encontro da teoria de Dworkin, para quem os princípios são comandos deontológicos e não valores, e, dessa forma, não podem ser aplicados da melhor forma possível, como passaremos a demonstrar.

Dworkin<sup>117</sup> conceitua princípio como sendo “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Quanto à distinção entre regras e princípios, Dworkin afirma ser de natureza lógica, sendo que as regras, de forma geral, são normas aplicadas à maneira do tudo ou nada, ou seja, se estiverem presentes os pressupostos de fato previstos, a regra será válida e, conseqüentemente, deverá ser aceita, ou será inválida e, portanto, não deverá ser aplicada à decisão. No caso de conflitos entre regras, apenas uma subsistirá.

Por outro lado, os princípios não se resolvem à maneira do tudo ou nada, todavia na dimensão do peso ou importância. Vejamos:

---

<sup>116</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3.

<sup>117</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério...** p. 36.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

(...)

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.<sup>118</sup>

Assim, no caso de conflito entre princípios, é o caso concreto que determinará qual o princípio mais importante e que deverá ser utilizado na decisão, o que não significa dizer que o princípio descartado perderá sua normatividade. Para Dworkin, não existe hierarquia entre princípios e regras e nem tampouco entre um princípio e outro. A definição de qual norma deverá ser aplicada vai depender, como já mencionado, da adequabilidade ao caso concreto.

O doutrinador americano critica veementemente o poder discricionário dos juízes. Segundo Dworkin<sup>119</sup>, “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente”. Portanto juiz não tem poder discricionário ao decidir um caso concreto, já que ele, na concretização da norma, deverá encontrar e aplicar a única decisão correta existente.

Omatti<sup>120</sup> explica o sentido de única decisão correta como sendo “aquela construída pelas partes, em um processo que se desenvolve com seus princípios e com suas limitações”. Portanto não se trata de uma decisão imutável, mas uma decisão construída argumentativamente dentro de um processo justo em que é garantido às partes o contraditório e a ampla defesa.

<sup>118</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**, p. 39,42 a 43.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>120</sup> OMMATI, *op. cit.*, p. 105.

Para encontrar essa única decisão correta, o juiz deverá se colocar no lugar das partes, buscando a norma mais adequada para o caso concreto, conforme ensina Carvalho Netto<sup>121</sup>:

Por isso mesmo, aqui, no domínio dos discursos de aplicação normativa, faz-se justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o Direito vigente, mas para isso ele tem que ser igualmente capaz de se colocar no lugar de cada um desses envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e assim, proceder racional ou fundamentalmente à escolha da única norma plenamente adequada à complexibilidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta.

Essa norma a ser utilizada poderá tanto ser uma regra como um princípio, a depender do caso concreto, sendo que o julgador deverá optar pela norma que for adequada ao caso sob exame. Nesse contexto, o decisionismo judicial, próprio do positivismo, que era um sistema fechado de regras, tende a ser limitado. Nesse sentido, manifesta-se Oliveira<sup>122</sup>:

Na verdade, o juiz não possui discricionariedade. Da perspectiva do juiz, aplicar o Direito é aplicá-lo a um caso concreto, caso, esse, como todo evento histórico, um evento único, irrepetível. Não é que haja várias interpretações possíveis para o Direito, ou em termos mais precisos, várias normas válidas, que a princípio poderiam vir a regular esse caso, mas é que, para interpretar o Direito, para aplicá-lo, é necessário levar em consideração, e isso é justamente o que Kelsen não faz, o caso concreto. Que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto. A reconstrução do caso concreto, argumentativamente realizada através e nos limites do processo jurisdicional, deve ser tomada como parte integrante do próprio processo de reconstrução ou determinação da norma a aplicar. Afinal, o processo jurisdicional implica uma série de atos que, realizados em contraditório entre as partes, prepara o provimento jurisdicional.

Carvalho Netto<sup>123</sup> afirma que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é necessário que os juízes, no procedimento de adequabilidade das normas, ao tomarem suas decisões, retrabalhem construtivamente tanto os princípios como as regras do Direito vigente:

Para tanto, é necessário que o decisor saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero con-

<sup>121</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 40.

<sup>122</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 59 a 60.

<sup>123</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 38/39.

junto de hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen como a estrutura mesma da norma jurídica: “Se é A, deve ser B.” Ora, os princípios também são normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e interrelações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um “*hard case*”. Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Gunther denomina *senso de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões.

Portanto verifica-se que o jusfilósofo americano parte de uma concepção interpretativa e argumentativa do Direito que é a integridade. Essa foi a forma encontrada por ele para que os juízes, seguindo determinados padrões, ao resolverem casos complexos, profiram decisões previsíveis e justas. Vejamos o que Dworkin<sup>124</sup> diz acerca da integridade:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização.

Importante essa lição no que diz respeito ao reconhecimento da união entre casais do mesmo sexo, pois, considerando o direito como integridade, mesmo que algumas pessoas não endossem tal prática, não lhes deverão negar esse direito, tendo em vista o princípio da igualdade e da justiça, requisitos prévios de civilização. Isso porque, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadei-

<sup>124</sup> DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 202.

ras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>125</sup>.

Portanto, para realização da integridade, a comunidade, como um agente moral, deverá estar engajada no sentido de fomentar os princípios da equidade, justiça e devido processo legal.

O Direito como integridade difere do convencionalismo e do pragmatismo. O convencionalismo volta-se para o passado, na medida em que requer dos juízes que estudem quais foram as decisões tomadas anteriormente por aquelas instituições que possuem poder legislativo. O pragmatismo, por sua vez, exige dos juízes a adoção de programas instrumentais voltados para melhores regras para o futuro. Já o Direito como integridade se volta tanto para o passado como para o futuro, pois “é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto a sua fonte de inspiração”<sup>126</sup>.

Conforme ensina Dworkin, o direito como integridade é essencialmente interpretativo:

O programa que se apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.

(...)

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, o ideal ou os 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 história 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.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> DWORKIN, **O Império do Direito**, p. 272.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 273/274.

Ao tomar suas decisões os juízes devem levar em consideração os direitos e deveres legais vigentes na época em que determinado fato foi praticado. Para tanto, os juízes devem interpretar novamente o material já anteriormente interpretado, adequando a decisão ao caso concreto e às normas jurídicas vigentes, afastando-a dos argumentos de política que influenciam a sociedade.

Dworkin<sup>128</sup> compara a interpretação jurídica a um romance em cadeia, no qual cada romancista da cadeia deve tentar criar o melhor romance possível, como se ele fosse escrito por um só autor e não por vários. Para tanto, o romancista

... interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe do romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexibilidade dessa tarefa reproduz a complexibilidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.

Nesse sentido, cada momento histórico é encarado como um capítulo do romance, sendo que o nexos lógico entre os capítulos é dado pelo romancista. Porém não significa que na interpretação jurídica o juiz apenas deverá buscar o significado de decisões anteriores, pois, como disse Dworkin, o direito como integridade só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Logo, se as situações de fato, jurídicas ou sociais contemporâneas requererem, o juiz poderá deixar de repetir decisões anteriores. Justifica Dworkin:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.

Isso porque, conforme explica Omatti<sup>129</sup>, “os juízes devem dar livre curso aos princípios morais, juridicizados através dos direitos fundamentais, para que tenha livre curso a idéia de que homens livres e iguais se dão normas para regerem suas vidas em sociedade”.

---

<sup>128</sup> DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 276.

<sup>129</sup> OMATTI, op. cit., p. 113.

Assim, verifica-se que o direito como integridade baseia-se em um procedimentalismo democrático que torna possível o debate entre diversas formas de pensar, possibilitando, também, a construção e a reconstrução de seus conteúdos, assegurando a legitimidade mediante a integração da esfera pública e da sociedade civil. O aplicador da norma, ao contrário do legislador, deve estar atento às especificidades do caso concreto, adotando uma postura adequada a compreender o quão complexo é o ordenamento de princípios em tensão, e retirar dele a única solução adequada.

Para atingir esse objetivo, os juízes devem fundamentar suas decisões de forma coerente, com argumentos de princípio e não com argumentos de política, como fazem os legisladores. Os argumentos de princípio, segundo Dworkin<sup>130</sup>, “são compatíveis com os princípios democráticos”. Os argumentos de princípios delineiam direitos individuais, não obstante os direitos da coletividade. Sobre os direitos individuais, ensina Dworkin<sup>131</sup>:

Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.

No caso da homossexualidade, é importante ressaltar o elevado índice de discriminação existente na sociedade, que influencia, até mesmo, a decisão judicial. Por isso, tem sido constante a luta da comunidade LGBTTTTS contra o desrespeito à integridade psíquica de seus membros, abalada por um sentimento de injustiça que leva a uma autoimagem reducionista.

Como já dito anteriormente, a união homoafetiva é um caso de difícil resolução, pois não há nenhuma regra regulando a matéria, além de carregar o peso de longos anos de discriminação. Mas nem por isso os juízes podem negar aos homossexuais o direito ao reconhecimento judicial de uma situação de fato existente, nos mesmos moldes como ocorre com casais heterossexuais.

---

<sup>130</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**, p. XVI.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. XV.

Destarte, o direito não pode regular somente as relações entre heterossexuais. Nesse sentido, vale transcrever a lição de Repolês<sup>132</sup>:

Isso porque, embora o Direito se destine a um círculo limitado de pessoas, ele tem que regular as condutas no igual interesse de todos os seus destinatários e não apenas de grupos específicos. Pressupondo um pluralismo ético-social moderno, isso só é possível se ele se abrir a razões de caráter universalizante.

Como já dito, segundo Dworkin<sup>133</sup>, nesses casos difíceis, as decisões judiciais devem ser geradas por argumentos de princípio, sendo que esses

... justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.

Ser tratado com dignidade e igualdade é um direito de pessoas que vivem uma união homoafetiva. A negativa de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo não pode ser justificada a partir de nenhum conjunto coerente de princípios. Muito pelo contrário, encarando o direito como integridade, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, constitucionalmente previstos, são suficientes para fundamentar o reconhecimento da união homoafetiva.

Veremos a seguir cada um desses princípios e como devem ser entendidos no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, principalmente em relação à união estável homoafetiva.

#### **2.4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Quando buscamos situar a expressão dignidade da pessoa humana no contexto histórico- mundial, invariavelmente, observamos uma nítida vinculação, até mesmo indissociável, à noção de direitos fundamentais, na qual se assenta o direito constitucional contemporâneo.

---

<sup>132</sup> REPOLÊS, op. cit., p. 106 a 107.

<sup>133</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**, p. 129/130.

Nesse sentido, destaca Sarlet<sup>134</sup> que a previsão da dignidade humana no texto constitucional torna-se imprescindível, ainda que de forma única, não tenha a possibilidade de assegurar o devido respeito e proteção a esse direito intrínseco à pessoa humana.

Assim, na linha defendida pelo mencionado autor, temos o compromisso assumido, formalmente pelo constituinte o qual gera uma perspectiva concreta de efetivação da dignidade da pessoa humana por meio de órgãos jurisdicionais, na medida em que esses asseguram as condições básicas para tal intento. Imbuídos nesse pensamento, faz-se certa e presente a premissa de que a dignidade se constitui em uma qualidade intrínseca de qualquer ser humano, o que torna a proteção e o respeito à dignidade da pessoa verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito e, assim, meta a ser perseguida constantemente.

Em resumo, essa é a noção a ser repassada a seguir, destacando que, como pessoas humanas, os homossexuais devem ter respeitada e protegida a dignidade, sendo-lhes, nesse sentido, assegurados seus direitos, independentemente, de sua orientação sexual.

#### 2.4.2.1 Uma visão constitucional sobre o tema

Primeiramente, cabe destacar que uma conceituação nítida e inconteste do que seja dignidade, especialmente para seu enquadramento como norma fundamental, revela-se como tarefa, de certa forma árdua, pois o termo possui contornos vagos e ambíguos e, por isso, muitas vezes, imprecisos.

A dignidade da pessoa humana, como ocorre com as demais normas jurídicas fundamentais, como o direito à integridade física e à vida, não revela aspectos mais ou menos específicos da pessoa humana, mas sim de uma qualidade intrínseca e inerente a qualquer ser humano, de sorte que a dignidade da pessoa humana passou a ser definida como constituinte do valor próprio que identifica o ser humano como

---

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28.

tal, conceito esse que, todavia, não chancelou a definição do que seria, efetivamente, o âmbito de proteção da dignidade, em seu conceito jurídico-normativo.

Assim, buscando concretizar a singular tarefa de construir um conceito jurídico-normativo para a dignidade da pessoa humana, a doutrina procurou, ao longo do tempo, criar, ao menos, algumas bases de seus conceitos, bem como tornar concreto o seu conteúdo. Nesse contexto, consoante os ensinamentos doutrinários, certo é que a dignidade não poderá ser conceituada de modo “engessado”, haja vista possuir um conteúdo axiológico aberto, que se encontra diretamente ligado a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, sendo, assim, um conceito em constante processo de construções e desenvolvimento.

Nesse sentido, é importante salientar que a dignidade da pessoa humana não é um princípio estanque. Ele se realiza de acordo com os valores aceitos em determinado momento histórico. No liberalismo, a dignidade consistia em se respeitar a igualdade e a liberdade formal; no Estado Social, em atribuir à pessoa a igualdade e liberdade material; no Estado Democrático de Direito pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana também se materializa na liberdade de se exercer a orientação sexual, bem como no direito à igualdade de tratamento entre heteros e homossexuais. Assim, fica remetida à prática constitucional e, por conseguinte, aos órgãos estatais, a tarefa de delimitar e concretizar o conceito de dignidade constantemente. Entretanto, isso não significa dizer que não se deva buscar fundamentar o que vem a ser dignidade da pessoa humana ou deixar de procurar construir um conceito que sirva de referência para a sua concretização, pois, se isso ocorresse, afirma Sarlet<sup>135</sup>, resultaria “em uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade”.

Dessa forma, buscando encontrar argumentos que impeçam a interpretação arbitrária acerca da noção de dignidade da pessoa humana, cabe destacar o ensinamento preconizado por Sarlet de que, precipuamente, a dignidade da pessoa humana se constitui em qualidade irrenunciável e inalienável que qualifica o ser humano como

---

<sup>135</sup> SARLET, op. cit., p. 46.

tal e dele não pode ser destacado. Vale transcrever a posição de Sarlet<sup>136</sup> sobre a compreensão de dignidade:

Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida, e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Nesse mesmo sentido, Lôbo<sup>137</sup> ensina que “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”. Assim, verifica-se que a dignidade não existe apenas onde se encontra positivada pelo texto normativo-jurídico, nem somente possui os contornos que esse texto lhe empresta. No entanto, mesmo diante dessa identificação, permanece a necessidade de se verificar, de modo mais claro, o que se entende por dignidade da pessoa humana, principalmente para que se possa constatar e, de modo mais importante, coibir possíveis violações a esse atributo da pessoa humana.

Nesse contexto, analisando o que assevera Sarlet<sup>138</sup>, tem-se que, diversamente do que é facilmente requisitado dos filósofos (um distanciamento no trato da matéria), para a jurisdição constitucional, quando provocada a solucionar conflitos concretos acerca da dignidade, não é dada a possibilidade de recusar a manifestação, sendo, portanto, dela requisitada a prolação de uma decisão, do que se percebe que não há como se olvidar da estipulação de um conceito jurídico de dignidade da pessoa humana, uma vez que, a partir dessa noção, norteadas pelas especificidades do caso concreto em exame, deverão ser extraídas determinadas consequências jurídicas, externadas, justamente, pela decisão a ser proferida.

Concluindo esse pensamento, merecem, ainda, ser transcritas as palavras do mencionado autor, para quem

---

<sup>136</sup> SARLET, op. cit., p. 47.

<sup>137</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37.

<sup>138</sup> SARLET, op. cit., p. 49.

... não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui escolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.<sup>139</sup>

Há, ainda, quem defenda não se tratar a dignidade, puramente, de atributo inerente à condição humana, contudo, também, de um conceito construído por meio do trabalho de várias gerações e da humanidade como um todo, motivo pelo qual a dimensão cultural e a natural da pessoa humana se interagem e se complementam. Nesse contexto, menciona Sarlet que a dignidade da pessoa mantém sempre sua condição de valor próprio, de modo que a dignidade possui uma dimensão cultural relativa, apresentando, também, traços e características universais. Melhor explicando, Sarlet<sup>140</sup> diz que “para que a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento da pessoa humana”.

De acordo com esse pensamento, é possível concluir que a dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, limite e tarefa dos poderes estatais e dos particulares em geral. Nesse sentido, destacam-se, ainda, as palavras de Moraes<sup>141</sup>, para quem

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a *dignidade* de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

<sup>139</sup> SARLET, op. cit., 49.

<sup>140</sup> Ibid., p. 52.

<sup>141</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.

Enquanto limite da atividade estatal, a dignidade se apresenta como algo que pertence a cada pessoa e que não pode ser dela retirado, visando a impedir que essa mesma pessoa sofra humilhações ou ofensas. Nesse sentido, afirma Sarmento<sup>142</sup>, que

... é lícito afirmar que todo e qualquer ato normativo, administrativo ou jurisdicional que se revelar atentatório à dignidade humana será inválido e desprovido de eficácia jurídica, ainda que não colida frontalmente com qualquer dispositivo constitucional.

Enquanto tarefa, enquanto prestação, a dignidade revela a necessidade de o Estado atuar no sentido de preservar a dignidade existente, assim como no sentido de promover a dignidade, criando condições que possibilitem à pessoa humana o pleno e efetivo exercício desse atributo e garantindo o desenvolvimento de sua personalidade. Mais uma vez, destacam-se as palavras de Sarmento<sup>143</sup>:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Então, a dignidade da pessoa humana se apresenta como preceito da ordem fundamental do Estado Brasileiro, sendo, assim, pedra basilar do ordenamento constitucional. Por tal razão, deve a ordem jurídica zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade em geral, haja vista que todos são iguais em dignidade e, por isso, merecem a tutela que é inerente a essa qualidade humana.

Todavia, por vezes, apresenta-se como tarefa árdua ao ordenamento jurídico e, assim, aos próprios juízes, definir, efetivamente, quando essa tão importante figura – dignidade humana – restaria violada ou comprometida. No intuito de aferir esse intento, considerando o pensamento de Sarlet, a violação ocorreria sempre que a pessoa fosse diminuída à condição de objeto e, nesse contexto, deixasse de ser encarada como sujeito de direitos.

---

<sup>142</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1 ed. 2tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 71.

<sup>143</sup> SARMENTO, op. cit., p. 71.

Em suma, o que se conclui, com o apoio dos ensinamentos doutrinários aqui apontados, é que a dignidade da pessoa humana se apresenta como base de nossa ordem jurídica fundamental, de modo que, onde não houver respeito pelo ser humano, onde a ele não se conferirem condições mínimas de existência digna, onde a liberdade, a autonomia e os direitos fundamentais não forem minimamente assegurados, haverá o risco de a pessoa humana ser transformada em mero objeto de injustiças.

Finalizando esse tópico, destaca-se o conceito de dignidade formulado pelo próprio Sarlet<sup>144</sup> que, propriamente, menciona tratar-se de um conceito em construção. Nesse sentido, destaca o ilustre doutrinador tratar-se a dignidade da pessoa humana de

... qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Por fim, destaca-se, ainda, o conceito empregado por Moraes<sup>145</sup>:

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 todas as pessoas enquanto seres humanos*.

#### 2.4.2.2 Dignidade da pessoa humana como norma fundamental no Estado Democrático de Direito

---

<sup>144</sup> SARLET, op. cit., p. 67.

<sup>145</sup> MORAES, Alexandre, **Direitos Humanos Fundamentais...**, p. 46.

Como já foi dito, a dignidade da pessoa humana entrelaça-se diretamente aos direitos básicos do ser humano e, como tal, deve ser protegido e garantido pela ordem jurídica. Assim, verifica-se que, mais que uma noção de difícil delimitação prática, mais que um conceito aberto, a dignidade humana reflete atributo intrínseco à qualidade pessoal que, por aludida razão, perfaz-se como alicerce da ordem constitucional.

Imbuído nessa realidade, o legislador constituinte de 1988 entendeu por não inserir a dignidade humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, erigindo-a à categoria de princípio fundamental, destacando, assim, a singular importância desse atributo pessoal para o alicerce da liberdade e da democracia.

Assim dispõe o art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira<sup>146</sup>:

Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:  
(...)  
III – a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, verifica-se que a República Federativa do Brasil possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, sendo essa, por conclusão, um princípio fundamental do Estado Soberano.

Importante salientar que o art. 1º, III, da Constituição Federal não traz em seu bojo tão somente um conteúdo ético e moral, mas consiste, também, em uma norma jurídica positivada, dotada de *status* constitucional, do ponto de vista formal e material, e, assim, dotada de plena eficácia, abarcando toda a sociedade indistintamente, inclusive os poderes legislativo, judiciário e executivo.

Desse modo, os organismos estatais, em especial os de cunho legislativo e jurisdicional, devem estar em constante ação para que a plena eficácia da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental, possa ser realizada no plano fático, quando da necessidade de análise e julgamento de questões concretas, para

---

<sup>146</sup> BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007.

que esse atributo intrínseco da pessoa humana não fique à mercê de violações, seja pelo Estado, seja por particulares.

Nesse diapasão, mais uma vez destacam-se os ensinamentos preconizados por Sarlet, em sua obra aqui referenciada, no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser, reconhecidamente, o princípio maior em toda a estrutura da hierarquia das normas, referendando, assim, a importância do mesmo e a sua característica de valor fundante de nossa Carta Constitucional.

Então, para que se possa verificar no plano fático toda a noção afeta à dignidade da pessoa humana e, assim, à sua proteção como valor fundamental, é necessário ter em mente que a gama de direitos fundamentais tutelados pela ordem constitucional não se limita a um rol taxativo descrito no Título II de nossa Lei maior, mas revela-se por um catálogo aberto de direitos positivados em outras partes do texto constitucional, bem como em tratados internacionais relativamente aos direitos humanos e, até mesmo, implícitos em direitos efetivamente positivados, conforme se verifica no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>147</sup>.

Porém a tarefa de delimitar as posições jurídico-fundamentais fora do título constitucional específico, bem como vislumbrar os direitos fundamentais implícitos, não é tão simples. Na consecução dessa tarefa, afirma Sarlet<sup>148</sup> que o primeiro passo é a análise do caso concreto e, posteriormente, construir um conceito material do que seria direito fundamental. Nesse sentido, deve-se ter em mente que somente merecerão ser elevados à categoria de direitos fundamentais, aquelas posições jurídicas implícita ou explicitamente consagradas e que, efetivamente, sejam relevantes em seu conteúdo e significado.

No entanto, cabe mencionar o alerta de Sarlet ao destacar que a dignidade e, assim, o próprio texto constitucional não devem ser vislumbrados como mecanismos

---

<sup>147</sup> BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>148</sup> SARLET, op. cit., p. 109/110.

propiciadores dos resultados (diretos e imediatos) que se almejam, sob pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correrem o risco de serem banalizadas.

Concluindo esse pensamento, Sarlet<sup>149</sup> explica que

O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição. Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como, por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação das decisões judiciais e administrativas). Assim, o fato é que – e isto temos por certo – sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso.

De todo o exposto, verifica-se que a relação que se estabelece entre a dignidade e os direitos fundamentais é íntima, haja vista que a dignidade assume, ao mesmo tempo, traços de elemento e de medida dos direitos fundamentais, de modo que uma violação a um direito fundamental estará, de certo, ligada a uma ofensa à própria dignidade humana. Assim, a chamada cláusula geral da dignidade humana acaba por ser, efetivamente, concretizada por meio dos direitos fundamentais (não somente aqueles descritos no título constitucional respectivo).

Um exemplo citado pelo ilustre autor revela-se na existência de vários direitos da personalidade consagrados em legislação infra-constitucional, sendo aqui citado o Código Civil, os quais não se encontram diretamente positivados na Constituição, o mesmo se verificando com o direito aos alimentos, outro direito de natureza essencial para o ser humano.

Seguindo essa linha de raciocínio, chega-se ao ponto fulcral da presente dissertação, ao revelar-se que, por força dos entendimentos, até então, preconizados, já se

---

<sup>149</sup> SARLET, op. cit., p. 111.

vem admitindo, embora não seja a regra, o postulado de ser reconhecido o direito à livre orientação sexual, de onde se advêm alguns exemplos práticos, como, por exemplo, o reconhecimento e a proteção às uniões homoafetivas.

Assim, ainda que não expressamente disposto no texto constitucional, o direito à livre orientação sexual e, conseqüentemente, o direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas, revela-se como verdadeira expressão do princípio fundamental da dignidade humana, devendo ser, pois, respeitado pelo Estado e pelos particulares. De tal forma, conforme assevera Sarmiento<sup>150</sup>, “pretensões cuja concretização se afigure essencial à vida humana afirmam-se como direitos fundamentais, ainda que não encontrem previsão explícita no texto constitucional”.

Não há como se realizar como ser humano, sem que se tenha o direito de, livremente, exercer sua sexualidade. Nesse sentido, importante destacar as palavras de Pereira<sup>151</sup>:

A sexualidade humana está ordenada à totalidade da pessoa e não deve ser reduzida à mera genitalidade, que é o instinto biológico em conexão com os órgãos sexuais. Ela é muito mais abrangente, é a dimensão masculina ou feminina que informa toda a realidade do indivíduo, desde os primeiros momentos da vida até o último. A energia libidinal é que nos faz viver, trabalhar, querer, não querer, produzir, divertir... enfim, desejar. É este desejo que sustenta a vida.

Realizar-se como ser humano, também engloba o direito à livre orientação sexual, pois, segundo Dias<sup>152</sup>, “sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade”.

Ainda, vale aqui ser destacado o ensinamento de Fachin e Ruzyk<sup>153</sup> os quais defendem que a dignidade da pessoa humana não deve se esgotar no texto positivado e que o sistema jurídico deve ser sensível a esse fato, permitindo, por meio de um

---

<sup>150</sup> SARMENTO, op. cit., p. 73.

<sup>151</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 27.

<sup>152</sup> DIAS, União homoafetiva..., p. 99.

<sup>153</sup> FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Cons-**

sistema aberto, a proteção e efetivação das necessidades da pessoa em suas relações concretas, existindo ou não modelos jurídicos respectivos.

Como conclusão desse pensamento, destacam que “o modelo é instrumento, e não um fim em si mesmo. Por isso, ele não deve esgotar as possibilidades do jurídico, sob pena de o direito se afastar cada vez mais das demandas impostas pela realidade dos fatos”

Desse modo, cabe ao Estado, além do respeito e proteção à dignidade, aqui especialmente incidente sobre a questão da orientação sexual, também promover, concretamente, ações e programas que tornem efetiva a vida com dignidade. De igual sorte, também os demais indivíduos encontram-se vinculados à necessidade de proteção e promoção efetiva da dignidade humana.

Assim, como assevera Sarlet<sup>154</sup>, se da dignidade decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção, também deverá restar presente a circunstância de que a dignidade implica, em última análise, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos, e de cada um, isoladamente, os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, até, para consigo mesmos.

É claro que a promoção efetiva de uma vida com dignidade para todos, indistintamente, não é tarefa de fácil concretização. Ao contrário. Aspectos como posição econômica, *status* social, nível de formação de escolaridade configuram-se em verdadeiros obstáculos ao intento acima exposto. Todavia, com o passar dos anos, a história vem mostrando uma mudança no pensamento mundial acerca de temas como o versado neste estudo, sendo essa mudança lenta, mas, gradativamente, acompanhada pelo Estado, principalmente enquanto poder legislativo e judiciário.

### 2.4.3 Princípio da Igualdade

Conforme já dito, o princípio da igualdade no Estado Liberal era encarado em seu aspecto meramente formal, ou seja, a igualdade perante a lei que não levava em consideração o caso concreto e nem as características específicas das pessoas que se sujeitavam à lei. Essa noção formalista da igualdade deixava ao encargo do legislador estabelecer quem seriam os iguais, e a Constituição, por sua vez, não era dotada de um poder transformador da sociedade.

Naquela época, ao contrário do que acontece atualmente, a Constituição é que era interpretada de acordo com a lei, o que dificultou a aplicação dos direitos fundamentais, uma vez que o legislador possuía o poder de definir o conteúdo desses direitos. Assim, arbitrariamente, justificavam-se discriminações, como no caso dos homossexuais que não tinham um tratamento igualitário, pois a conduta tida como normal e merecedora de tratamento isonômico era a heterossexual.

Verificou-se, portanto, que esse tipo de igualdade não era o ideal. Moraes<sup>155</sup> menciona que essa igualdade meramente formal “era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar e nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas”.

No Estado Social, passou-se a exigir, então, o tratamento igual em casos iguais, e o tratamento diferenciado em hipóteses distintas, adotando-se a chamada igualdade material. Porém o Estado estava preocupado com o aspecto socioeconômico do hipossuficiente, sendo que o homossexual continuava a ser vítima de preconceito e discriminação, pois a conduta heterossexual era a norma a ser seguida.

Portanto a igualdade material não alcançava as relações homossexuais, pois, conforme Omatti<sup>156</sup>, a igualdade possuía “um conteúdo certo e determinado” e a homofetividade não se enquadrava nele. Apesar de não se enquadrarem na ‘norma’, as

---

<sup>155</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 120.

<sup>156</sup> OMATTI, op.cit., p. 84.

relações homoafetivas, cada vez mais, mostravam-se na sociedade, e seus adeptos, juntamente com outras classes excluídas, na luta por verem reconhecidos seus direitos, deslocam a igualdade para outra esfera paradigmática, a do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que ele passou a ser concebido tanto na sua concepção formal, como em sua concepção material. Conforme ensina Rios<sup>157</sup>, “o ordenamento jurídico atual acolhe o princípio da igualdade em sua dupla feição, formal e material, inclusive quanto à especial e aguda proibição de discriminações consoante os critérios mencionados no texto constitucional”.

Dworkin<sup>158</sup> chega a dizer que a igualdade é a virtude soberana de uma comunidade política, sem a qual o governo padece de legitimidade:

Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania.

Dessa forma, a igualdade entre os homens, assim como a liberdade, é um ideal a ser perseguido constantemente. Como afirma Bobbio<sup>159</sup>, a igualdade e a liberdade “não são um ser, mas um dever ser”. Omatti<sup>160</sup>, seguindo a linha de Dworkin, diz que “o conteúdo jurídico da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito é apenas um: tratar a todos com a mesma consideração e respeito”. Tratar o outro com igual consideração e respeito implica em se respeitar as diferenças, como será demonstrado a seguir.

#### 2.4.3.1 O princípio da igualdade e o direito à diferença

Como já dito, no Paradigma do Estado Democrático de Direito não se admite que a igualdade seja meramente formal ou tenha um conteúdo certo e determinado pela

<sup>157</sup> RIOS, op. cit., p. 63.

<sup>158</sup> DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.IX.

<sup>159</sup> BOBBIO, **A Era dos Direitos**, p. 49.

<sup>160</sup> OMATTI, op. cit., p. 128.

lei. Muito pelo contrário, tendo em vista a complexidade e a pluralidade da sociedade contemporânea, o princípio da igualdade “deve ser aberto, amplo, para que discursivamente possibilite a inclusão de todos”<sup>161</sup>.

Nesse sentido, a igualdade não mais é aplicada somente ao sujeito genérico e abstrato, mas também ao sujeito de direito concreto, com todas as suas particularidades, ao que Bobbio<sup>162</sup> chama de especificação que “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos”.

Nessa especificação do sujeito, passam-se a reconhecer as diferenças existentes entre as pessoas, típicas do mundo plural em que vivemos. Dias destaca que:

Não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos, é também imprescindível que a lei em si considere a todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevalecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal.

No caso em questão, é importante ressaltar que o direito ao tratamento igualitário não pode depender da orientação sexual do indivíduo. A diferença de orientação sexual é algo que deve ser respeitado e que não comporta tratamento desigual. A união que se firma entre heterossexuais é análoga àquela firmada entre homossexuais. Tratar essas situações de forma diferenciada acarreta profundas injustiças, como bem adverte Pereira<sup>163</sup>:

As decisões aqui trazidas são apenas uma mostra de como os julgamentos em Direito de Família são relativizados de acordo com a posição “moral sexual” de cada julgador.

Em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social.

Isso não significa dizer que não são admitidos certos tratamentos diferenciados, mas é importante saber que, no Estado Democrático de Direito, a igualdade é a regra e, portanto, o tratamento desigual deve ser justificado<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> OMATTI, op. cit., p. 130.

<sup>162</sup> BOBBIO, **A Era dos Direitos**, p. 78.

<sup>163</sup> PEREIRA, op. cit., p. 251.

<sup>164</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 10.

Conforme explica Vecchiatti<sup>165</sup>, o tratamento diferenciado só deve ser aplicado quando, no caso concreto, verificar-se que há “uma fundamentação lógico-racional que o justifique, sendo que, na inexistência de fundamentação suficiente ou válida, a isonomia impõe a aplicação do mesmo regime jurídico a todas as situações”. Qualquer tratamento diferenciado sem que haja essa fundamentação lógico-racional que o justifique não vai passar de uma flagrante discriminação.

Discriminação, segundo Piovesan, Piovesan e Sato<sup>166</sup>, significa:

... toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos políticos, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo a discriminação significa sempre desigualdade. Daí a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação, baseadas em gênero, raça, cor, etnia, idade, nacionalidade, religião e demais critérios. A eliminação e o combate à discriminação são medidas fundamentais para que se garanta a todos o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

O art. 3º, IV, da Constituição Federal brasileira vigente veda a diferenciação com base na origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A abertura do artigo ao se referir a outras formas de discriminação deixa claro o repúdio à discriminação contra os homossexuais. Porém, para que não parem dúvidas, Moraes<sup>167</sup> destaca que não há fundamentação jurídica racional que justifique o tratamento diferenciado baseado na orientação sexual.

Ressalta-se, ainda, que a não discriminação em relação à homossexualidade está ligada à exigência da prática da tolerância que, segundo Bobbio<sup>168</sup>, caracteriza-se pelo “reconhecimento, por parte de quem se considera depositário da verdade, do direito ao erro, pelo menos do direito ao erro de boa-fé”. Portanto, mesmo para

---

<sup>165</sup> VECCHIATTI, op. cit., p. 118.

<sup>166</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do Direito à Igualdade. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 187.

<sup>167</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 123.

<sup>168</sup> BOBBIO, **A Era dos Direitos**, p. 215.

aqueles que ainda concebem a homossexualidade como pecado, a tolerância deve ser praticada, no sentido de se permitir que outras opiniões, no caso a dos homossexuais e simpatizantes, expressem-se.

Assim, o princípio da igualdade impõe o respeito às diferenças, sem se permitir que tais diferenças, nas palavras de Lôbo<sup>169</sup>, legitimem “tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família”.

O respeito às diferenças contribui para uma identidade constitucional satisfatória, conforme demonstra Rosenfeld<sup>170</sup>:

Ao passo que ao constitucionalismo importam o pluralismo e a heterogeneidade, a identidade constitucional não pode ser reduzida à mera relação de semelhança. Precisamente porque a identidade constitucional deve preencher o vazio, o hiato entre o “eu” e o “outro”, ela deve incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional.

Portanto impõe-se o princípio da igualdade a todos os indivíduos e ao Estado, sendo vedado qualquer tipo de discriminação não justificável. Desse modo, como prática discriminatória também se pode entender o fato de o Poder Judiciário, muitas vezes, não reconhecer a união estável homoafetiva nos mesmos moldes que reconhece a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Tal prática não merece continuar prosperando, pois vai de encontro ao princípio da igualdade, na acepção jurídica que o termo possui no atual Paradigma do Estado Democrático de Direito.

#### 2.4.3.2 A igualdade na Constituição brasileira de 1988

A CF de 1988, no Título II que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, consagrou o princípio da igualdade ao estabelecer no art. 5º, *caput*, que:

---

<sup>169</sup> LÔBO, op., cit., p. 44.

<sup>170</sup> ROSENFELD, Michel. **A identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 74.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...] <sup>171</sup>

No preâmbulo da Constituição, o legislador constituinte já demonstrou preocupação em assegurar a igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Também no art. 3º, ao dispor sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, incluiu a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o que, implicitamente, também se traduz em igualdade.

Em relação à família, a Constituição Federal trouxe um grande avanço ao dispor no art. 5º, I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Logo os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal deverão ser exercidos, igualmente, pelo homem e pela mulher, colocando um fim à supremacia do cônjuge varão.

A igualdade também se faz presente no art. 227, § 6º, ao estabelecer a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, vedando quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Ainda, no *caput* do art. 226, verifica-se a igualdade de tratamento entre as famílias, sem restrição de qualquer espécie.

Verifica-se, pois, que a Constituição é contrária a toda forma de discriminação e preconceito, o que abrange o repúdio pelo tratamento desigual decorrente da orientação sexual dos indivíduos.

O fato de o princípio da igualdade estar enquadrado como um direito fundamental do indivíduo, torna-o aplicável, de imediato, independentemente de regulamentação. Assim, tem entendido o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar

---

<sup>171</sup> BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007.

discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (Pleno – MI n 58/DF – rel. p/Acórdão Min. Celso de Mello, Diário de Justiça, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580).<sup>172</sup>

Dessa forma, tal princípio está direcionado para o legislador, no sentido de que não sejam editadas normas que o contrariem: para a administração pública, a fim de que sejam adotadas políticas públicas para a superação das desigualdades existentes; para o Poder Judiciário, com o objetivo de que as decisões não sejam maculadas pela discriminação e para as pessoas, de forma geral, para que tratem uns aos outros com igual consideração e respeito. Nesse sentido, importante destacar o ensinamento de Moraes<sup>173</sup> acerca da tríplice função limitadora do princípio da igualdade:

O *legislador* no exercício de sua função constitucional de edição normativa não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O *intérprete/autoridade pública* não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (*uniformização na interpretação da Constituição Federal*) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (*uniformização na interpretação da legislação federal*). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os tribunais.

Finalmente, o *particular* não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.

Depreende-se daí que o princípio constitucional da igualdade se desdobra em uma obrigação negativa de não discriminar e em uma obrigação positiva que é o dever de igualar. No plano negativo, a Constituição não admite que pessoas recebam tra-

<sup>172</sup> Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 02/09/2010.

<sup>173</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**..., p. 84.

tamento diferenciado, sem que haja uma fundamentação racional para tanto. Por outro lado, no plano positivo, a Constituição exige que o Estado adote medidas visando à inclusão dos excluídos ou o bem-estar de pessoas que estejam em situação de desvantagem, propiciando-lhes iguais oportunidades.

Conforme já mencionado, o princípio da igualdade no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a pluralidade da sociedade, impõe o respeito à diferença. Portanto, destaca Marmelstein<sup>174</sup>, “a Constituição consagra o direito de cada pessoa ser tratada com igualdade em relação à sua identidade cultural, ainda quando esta se distancie dos padrões hegemônicos da sociedade envolvente”.

Dessa forma, o Poder Judiciário ao não reconhecer a união estável homoafetiva, vai de encontro ao princípio da igualdade, pois não há justificativa plausível para se tratar o homossexual de maneira diferenciada do heterossexual, simplesmente em decorrência da sua orientação sexual. Segundo Barroso<sup>175</sup>, “a exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno”.

Porém, como o preconceito subsiste, o Estado deveria legislar acerca do reconhecimento da união estável homoafetiva, acabando com a celeuma que envolve o tema. Entretanto, enquanto o Poder Legislativo se silencia, o Poder Judiciário, de acordo com a teoria de Dworkin, não está impedido de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, devendo utilizar-se, para tanto, de argumentos de princípios. Assim, basta a aplicação dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade para se concluir que a união estável entre pessoas do mesmo sexo é possível de ser reconhecida juridicamente.

---

<sup>174</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 416.

<sup>175</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf). Acesso em: 02 set. 2010.

#### 2.4.4 Princípio da Liberdade

Assim como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, já destacadas neste estudo, o direito à liberdade configura-se em verdadeiro postulado inerente aos direitos da personalidade, sendo certo que, nessa qualidade, deve ser por todos observado, sob pena de clara e direta violação a um preceito constitucional.

Como já mencionado, no Estado Liberal a noção de liberdade consistia em se poder fazer tudo aquilo que a lei não proibisse, de forma que mais livres seriam as pessoas, quanto menos leis existissem. O Estado não estava preocupado em garantir a liberdade como forma de promover a felicidade dos indivíduos. Sendo assim, a homossexualidade, como não era o modelo de comportamento a ser seguido, deveria ficar restrita à intimidade dos envolvidos.

No Estado Social, da mesma forma, não foi garantida uma efetiva liberdade em relação aos relacionamentos homossexuais. Saliencia-se, mais uma vez, que o paradigma do Estado Social foi marcado pelo positivismo kelseniano que concebia o ordenamento jurídico como um conjunto fechado de regras. Contudo, como não havia regra regulamentando as relações entre pessoas do mesmo sexo, o Estado, também, não garantia a liberdade desses indivíduos.

Inclusive, destaca Lôbo<sup>176</sup> que “o direito de família anterior era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal”.

Assim, importante vislumbrar o que a doutrina nos referencia acerca da liberdade na concepção paradigmática do Estado Democrático de Direito, pois transformações ocorreram no seio familiar e aumentaram, sensivelmente, o exercício da liberdade para todos os envolvidos.

---

<sup>176</sup> LOBO, op cit., p. 46.

Bobbio conceitua a liberdade sob duas vertentes as quais chamou de liberdade positiva e liberdade negativa. Acerca da liberdade positiva, conceitua Bobbio<sup>177</sup> ser ela:

...a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou, ainda, mais propriamente, de autonomia.

Autodeterminar-se significa, assim, não depender de outros para tomar as próprias decisões. Nas palavras de Marmelstein<sup>178</sup>, a autonomia da vontade deve ser entendida como “a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências”.

Ainda nessa esteira de pensamento, Bobbio<sup>179</sup> menciona que a noção clássica de liberdade positiva foi desenvolvida por Rousseau, para quem a liberdade consiste no fato de o homem, como membro do que chamou de *eu comum*, não obedece a outros e, sim, a si mesmo, sendo autônomo no sentido específico da palavra, já que confere leis a si próprio e obedece a essas mesmas leis.

Com relação à liberdade negativa, Bobbio<sup>180</sup> diz que ela “compreende tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer”. Atesta-a como uma qualificação da ação, distinguindo-a, portanto, da liberdade positiva, o que entende ser uma qualificação da vontade. Nesse contexto, a liberdade de ação se externaria como a possibilidade de o homem não ser obstaculizado de realizar determinada ação.

Nesse sentido, assevera Andrade<sup>181</sup> que essa liberdade, que essa autonomia, sobretudo em seu aspecto formal, não seria, por si só, suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos, chegando a afirmar que “a paz social, o bem estar coletivo, a

---

<sup>177</sup> BOBBIO, **Igualdade e Liberdade**, p. 51.

<sup>178</sup> MARMELSTEIN, op. cit., p. 94.

<sup>179</sup> BOBBIO, **Igualdade e Liberdade**, p. 51.

<sup>180</sup> Ibid. p. 49.

<sup>181</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos, Liberdades e Garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 275.

justiça e a própria liberdade não podem realizar-se, espontaneamente, numa sociedade, economicamente, desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual”.

Nessa esteira de pensamento, o citado autor conclui ser necessário que o Estado proteja os mais fracos e desfavorecidos, de modo a tornar a sociedade um “complexo” comunitariamente desenvolvido e verdadeiramente imbuído na busca do bem-estar, de modo a atingir a liberdade, não somente em seu aspecto formal, mas em sua concepção material e efetiva.

Para tanto, ressalta-se, também, ser necessária a proteção do indivíduo não somente em relação ao Estado, de modo a fazer com que esse não tolha a autonomia da vontade, mas ainda a proteção perante outros indivíduos ou entidades particulares, ao menos, perante aqueles que possuem, no plano real, condições de, sobre ele, indivíduo, exercerem certa pressão, seja fática ou jurídica.

Acerca desse ponto, Andrade<sup>182</sup> chega a afirmar que:

Os direitos fundamentais deveriam valer como *direitos subjectivos* contra entidades privadas que constituam verdadeiros poderes sociais ou mesmo perante indivíduos que disponham, na relação com outros, de uma situação real de poder que possa equiparar-se, nesse ponto concreto, à supremacia do Estado.

Barroso, no mesmo sentido, consigna que, “um Estado Democrático de Direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que essas escolhas possam se concretizar”<sup>183</sup>.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, nele arraigado o princípio da liberdade do indivíduo, continua a ser ponto de partida para a consecução do objetivo aqui expresso, todavia, não se tomando como parâmetro o indivíduo visto isoladamente, mas verificando a dignidade da pessoa humana como livre desenvolvimento da personalidade dos homens solidários, integrados no meio social.

---

<sup>182</sup> ANDRADE, op. cit., p. 279.

<sup>183</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf). Acesso em: 10 out. 2010.

Com fulcro, então, nessa premissa de liberdade do indivíduo perante o Estado e, também, perante os particulares, como meio de efetivação da liberdade em seu sentido material, concreto, é que se passa a inserir a sua significação, sobretudo jurídico-constitucional, ao cerne das relações homoafetivas.

#### 2.4.4.1 O direito de exercer livremente a orientação sexual

Seguindo o pensamento de liberdade como ato de externar a autonomia da vontade, preceito inerente à condição humana, tem-se que, por essa razão, ao ser humano é plenamente possível determinar seu próprio destino, fazendo escolhas alusivas ao seu desenvolvimento humano, como, por exemplo, a decisão de casar-se, de ter filhos ou não, sua opção religiosa e, inclusive, exercer e demonstrar sua orientação sexual.

Marmelstein<sup>184</sup>, acerca da possibilidade da livre determinação da orientação sexual, como demonstração de aplicação fática dessa premissa, cita uma decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana, no ano de 2003, sobre a qual se passa a discurrir resumidamente.

Acerca dessa decisão, a cúpula do Judiciário norte-americano, ao analisar o caso *Lawrence vs. Texas*, anulou uma lei daquele Estado que criminalizava a prática do homossexualismo. Como cerne da decisão, prevaleceu, justamente, o entendimento acerca do direito de autodeterminação do indivíduo, sendo a sexualidade uma questão íntima, não cabendo ao Estado intervir nessa autonomia, quando expressa “consensualmente por pessoas adultas e plenamente capazes, já que no coração da liberdade está o direito de definir o próprio direito de existência”<sup>185</sup>.

Ainda, analisando a questão sob o foco do direito comparado, acrescentam-se algumas lições trazidas por Dworkin<sup>186</sup>, em sua obra “A Virtude Soberana” que, logo de início, indaga-nos ser ou não possível o que chamou de “maioridade moral” limi-

---

<sup>184</sup> MARMELSTEIN, op. cit., p. 95.

<sup>185</sup> Ibid., p. 95.

<sup>186</sup> DWORKIN, **A Virtude Soberana**, p. 645.

tar a liberdade individual dos cidadãos sem outra justificativa que não fosse a clara desaprovação das escolhas pessoais desses indivíduos.

Sobre esse ponto, conclui, até em forma de crítica à limitação injustificada, que a “moralidade sexual é também essencial à vida e à personalidade”<sup>187</sup>. E continua indagando se os adultos devem ter a liberdade de tomar suas próprias decisões sobre sexo, quando tais decisões não atingirem outras pessoas diretamente.

Os americanos admitiram que algumas formas de discriminação privada são assuntos públicos, e que a lei deve garantir, em muitas esferas, a igualdade de tratamento para negros, mulheres e deficientes. Por que não para homossexuais também?<sup>188</sup>

Ainda nesse contexto, destaca o mencionado autor que muitos americanos acabaram por se sentir envergonhados em razão das desvantagens jurídicas, econômicas e sociais que os homossexuais amargam no país, o que fez com que, nas últimas décadas, acabassem por apoiar normas que proíbem ou limitam aludida discriminação.

No entanto Dworkin assevera que esse pensamento ainda não foi por todos encampado, citando um claro exemplo de normatização do preconceito sexual ao destacar a inclusão na Constituição do Estado do Colorado, por meio de referendo ocorrido em 1992, da “Emenda 2”, que normatizou a inexistência de qualquer proteção para orientação homossexual.<sup>189</sup>

Em razão dessa determinação normativa, um grupo de homossexuais daquele Estado ajuizou ação em um Tribunal de Denver (Evans vs. Romer), solicitando que fosse declarada a violação da Emenda 2 à Constituição dos Estados Unidos, ante a flagrante discriminação existente naquele indigitado conteúdo normativo.

Após vários debates, discussão de teses alusivas ao enquadramento ou não dos homossexuais nas chamadas “categorias suspeitas” (espécie de categoria hipossu-

---

<sup>187</sup> DWORKIN, *A Virtude Soberana*, p. 646.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 646.

<sup>189</sup> *Ibid.* p. 650.

ficiente), direitos fundamentais e existência de níveis diversos de escrutínio, decidiu a Suprema Corte, embasada no parecer do juiz Antony Kennedy, acompanhado pela maioria, que a referida Emenda privava os homossexuais de obterem qualquer proteção, a não ser por meio de emenda constitucional, contra qualquer forma de discriminação, por mais prejudicial que fosse.

Nesse contexto, como salienta Dworkin<sup>190</sup>, o veredicto firmado consolidou-se em “uma vitória para o grupo da integridade e para a convicção de que a igualdade é um princípio não só de justiça, mas também de direito constitucional”. A conclusão externada pelo jusfilósofo americano não só exalta a igualdade entre os seres como primado constitucional, como também revela a prevalência e a necessidade de observância da autonomia individual, pelo Estado e por particulares, firmando-a, inclusive, como postulado erigido ao patamar de preceito garantido pela ordem normativa suprema do Estado Democrático de Direito. Importante, aqui, ressaltar que, para Lobo<sup>191</sup>, o princípio da liberdade “está visceralmente ligado ao da igualdade”.

Também o direito pátrio, tanto em sua doutrina quanto em suas decisões judiciais, começou, há alguns anos, ainda que de forma tímida, a discorrer e a, efetivamente, consagrar o direito à liberdade e à autonomia individuais, também com relação aos homossexuais, e conseqüentemente, às relações homoafetivas.

#### 2.4.4.2 A liberdade na Constituição Brasileira de 1988

Primeiramente, é importante destacar a seguinte consideração tecida por Lobo<sup>192</sup> relativa ao princípio da liberdade no âmbito familiar:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

<sup>190</sup> DWORKIN, **A Virtude Soberana**, p. 663.

<sup>191</sup> LOBO, op. cit., p. 47.

<sup>192</sup> Ibid. p. 46.

Portanto essa liberdade, no que se refere à família, consiste, principalmente, no poder de escolha do indivíduo em relação à forma de constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; bem como no livre planejamento familiar. Lobo<sup>193</sup> diz, ainda, que o princípio da liberdade diz respeito à permanente reinvenção dos arranjos familiares.

Na Constituição Federal vigente, vislumbra-se o princípio da liberdade no art. 226, § 3º, 4º e 7º; art. 3º, I, da CF e também no preâmbulo do texto constitucional. Merece, aqui, ser frisado o entendimento de Tepedino<sup>194</sup> que, ao analisar os parágrafos 3º, 4º e 7º do art. 226 da Constituição Federal brasileira, destacou o reconhecimento e a proteção constitucional “à pluralidade de entidades familiares garantidora do respeito à liberdade e às diferenças individuais, mediante indicação não taxativa do rol de entidades familiares dignas de tutela”.

Tepedino<sup>195</sup> ainda destaca que a Constituição Federal enunciou “a liberdade (de forma) para a constituição da família, vinculada à funcionalização (desta mesma liberdade individual de planejar a convivência familiar) ao princípio da dignidade da pessoa humana”. Conclui sua consideração destacando que as entidades familiares encontram-se, constitucionalmente, tuteladas, justamente porque se configuram em reais instrumentos aptos à realização da personalidade humana na solidariedade constitucional.

O pensamento externado pelo autor baseia-se, indiscutivelmente, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana o qual guarda íntima relação com o direito à liberdade individual e à igualdade, noções diametralmente opostas a qualquer prática de discriminação, inclusive aquela originada da orientação sexual.

Ademais, há de se ressaltar que o respeito à orientação sexual de cada indivíduo e à possibilidade de pessoas do mesmo sexo unirem-se, formando uma entidade fa-

---

<sup>193</sup> LOBO, op. cit., p. 47.

<sup>194</sup> TEPEDINO, Gustavo. União das pessoas do mesmo sexo à luz do direito civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **DIREITO DAS FAMÍLIAS: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: RT, 2010. p. 215.**

<sup>195</sup> TEPEDINO, op. cit., p. 215.

miliar, traduz, em verdade, na própria solidariedade do grupo social para com essas escolhas, tornando-as, assim, protegidas e respeitadas, tanto enquanto entidades, tanto enquanto pessoas singularmente consideradas.

Esse entendimento, afirma Tepedino<sup>196</sup>, expressa

...não somente a liberdade de viver em família como um direito fundamental a ter uma família, daí decorrendo a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares, segundo entendimentos pré-concebidos, as mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica.

De acordo com esse pensamento, tem-se, então, a latente inconstitucionalidade de qualquer ato normativo tendente a restringir, ou mesmo, a impedir a formação de entidades familiares em razão da orientação sexual dos sujeitos que a compõem. Isso porque, segundo Dias<sup>197</sup>, o Estado “deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão”.

Sendo assim, o art. 226 da CF e o art. 1723 do Código Civil brasileiro devem ser interpretados, não literal e restritivamente, mas sim à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, impondo-se, por conseguinte, o exato e fiel cumprimento dos aludidos preceitos, quando colocada à análise, no cenário fático, a questão ora externada.

A interpretação de tais artigos de acordo com os princípios constitucionais antes mencionados leva à conclusão de que a união estável entre pessoas do mesmo sexo também deve ser reconhecida como entidade familiar. Entender de modo diverso seria respaldar uma grande injustiça, conforme afirma Dias<sup>198</sup>:

Sustentar que o mundo afetivo é habitado somente por seres humanos de sexos diferentes é causar ruptura aos princípios constitucionais, da proibição da discriminação entre os sexos, da cidadania, da afetividade, da liberdade, da tolerância, da dignidade humana. Na negação da homoafetividade reside, talvez, a maior tirania do legislador constituinte e derivado, porque destrói os mundos afetivo e ontológico de milhões de brasileiros, fazendo com que essa intransigência se reflita no comportamento indivi-

---

<sup>196</sup> TEPEDINO, op. cit., p. 217.

<sup>197</sup> DIAS, União Homoafetiva.... p. 105.

<sup>198</sup> Ibid., p. 105.

dual, familiar e social, visto que quem não respeita o próximo na relação familiar atuará da mesma forma na relação social em geral.

Por derradeiro, não se pode deixar de apontar algumas considerações tecidas por Dias<sup>199</sup> acerca do binômio “liberdade sexual x direitos humanos”. A respeito dessa dicotomia, destaca a autora convolar-se a liberdade sexual em direta consequência da liberdade individual, reconhecendo-se essa como um direito inerente à própria personalidade humana.

Nesse sentido, apresenta a liberdade sexual sob três aspectos, para tanto considerando a classificação dos direitos individuais em “gerações”. No que respeita os direitos de primeira geração, a liberdade sexual apresenta-se como direito inalienável e imprescindível. Na medida em que a orientação sexual acaba por dar lugar a uma categoria que deve ser protegida, acaba esse direito sendo visualizado como sendo de segunda geração. Nesse sentido, localiza o homossexual como hipossuficiente – assim como o idoso, a criança, a mulher, dentre outros – constatando que essa hipossuficiência social acaba, também, redundando em verdadeira hipossuficiência jurídica, ante a míngua de legislação apta a proteger e tutelar essa categoria social. Por fim, destaca a autora a liberdade sexual como direito de terceira geração, haja vista o direito de todo ser humano de exigir o respeito à sexualidade. Em suas palavras, destaca que:

...é um direito de todos e de cada um que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos, solidariamente. É um direito de solidariedade, sem cuja implementação a condição humana não se realiza, não se integraliza, fica tolhida, fracionada.<sup>200</sup>

Assim, a fim de solidificar e efetivar o direito à liberdade sexual, devem, então, doutrina, legislação e jurisprudência atuar como agentes transformadores de conceitos arcaicos e estagnados na sociedade.

Acerca disso, inclusive, não se deve esquecer que a sociedade e, mais precisamente, os valores sociais se apresentam sob constante mudança, adequando-se ao

---

<sup>199</sup> DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e os Direitos Humanos**. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 2000, n 5, p. 163/165, novembro 2000.

<sup>200</sup> DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e os Direitos Humanos**. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 2000, n 5, p. 164, novembro 2000.

momento histórico-cultural em que são requisitados, e que cabe ao Direito, nesse contexto, propiciar normas materiais ou conteúdos hermenêuticos que permitam uma atualizada e eficaz tutela do bem jurídico eventualmente em voga.

A par dessa realidade, temos que a possibilidade de reconhecimento de união de pessoas do mesmo sexo configura-se em tema que desafia o Poder Judiciário a uma resposta premente e despreconceituosa, haja vista que, conforme preleciona Dias<sup>201</sup>, “tal qual as relações heterossexuais, as homossexuais são afetivas, devendo-se reconhecer a união estável como um gênero que comporta mais de uma espécie: a união heterossexual e a união homossexual”. Ambas fazem jus à mesma proteção e, enquanto não surgir legislação que trate, especificamente, da união homossexual, há de se aplicar os princípios constitucionais vigentes, conforme autoriza a teoria de Dworkin.

Nesse diapasão, imprescindível se torna, pois, reconhecer que as relações homoafetivas não expressam, tão somente, relações homossexuais, podendo ser nelas verificados todos os requisitos configuradores de uma entidade familiar, devendo essa entidade ser, constitucionalmente, respeitada e tutelada enquanto núcleo social, bem como os seres que a compõem, serem respeitados em seu direito individual à liberdade e, por que não dizer, à própria felicidade.

---

<sup>201</sup> DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e os Direitos Humanos**. Revista Jurídica da Universidade de Franca, Franca, ano 2000, n 5, p. 164, novembro 2000.

### 3 TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

#### 3.1 DA FAMÍLIA PATRIARCAL À FAMÍLIA BASEADA NO AFETO

Como já mencionado, a família brasileira passou por uma intensa transformação ao longo do tempo, para se chegar até a concepção atual. Como bem definiu Fachin<sup>202</sup>, o ente familiar não é estático, mas sim “um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural, como espaço de poder, de laços e de liberdade”. Sendo assim, verifica-se que as modificações ocorridas nos últimos tempos no âmbito do Direito de Família, assim como a concepção acerca dos direitos fundamentais, justificam-se pelas alterações apresentadas no meio da própria sociedade, podendo-se dizer que a família também é uma construção social.

No Brasil, o grau mais elevado da evolução constitucional relativo à família foi atingido com o art. 226 da Constituição Federal vigente, que assim dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
 § 1º - O casamento é civil e gratuita a sua celebração.  
 § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.  
 § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.  
 § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.  
 § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.  
 § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.  
 § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.  
 § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.<sup>203</sup>

O referido artigo prevê em seu *caput* a especial proteção à família por parte do Estado sem, contudo, conceituá-la. Como norma aberta, o art. 226 não restringiu a família ao modelo matrimonial e nem a qualquer outro, deixando para o intérprete,

<sup>202</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2-3.

<sup>203</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

no momento da concretização da norma, a tarefa de adequar o conceito ao caso concreto.

Assim, para uma interpretação adequada do art. 226 da Constituição Federal, necessário se faz analisar os modelos familiare-se, atualmente, na sociedade. Lôbo<sup>204</sup> destaca, na realidade brasileira, três períodos nos quais o direito de família refletiu as condições e modelos sociais, morais e religiosos dominantes na sociedade:

- I – do direito de família religioso, ou do direito canônico, que perdurou por quase quatrocentos anos, que abrange a Colônia e o Império (1500-1889), de predomínio do modelo patriarcal;
- II – do direito de família laico, instituído com o advento da República (1889) e que perdurou até a Constituição de 1988, de redução progressiva do modelo patriarcal;
- III – do direito de família igualitário e solidário, instituído pela Constituição de 1988.

Portanto, no primeiro período, predominou no Brasil o modelo de família patriarcal, representado pela união matrimonial de pessoas de sexos opostos, do qual geralmente decorria a concepção de filhos e onde a figura do homem exercia o poder, tanto sobre os filhos, como também sobre a mulher. Nesse mesmo período, o controle da família era realizado pela Igreja Católica, com todos os seus dogmas religiosos. Não somente no controle da família, a Igreja também foi determinante na formação do homem brasileiro, em sua forma de pensar e de agir, sendo que, mais poder detinha o homem quanto maior fosse a família que ele comandava.

No segundo período, com o advento da República, o controle da Igreja na vida privada começou a diminuir como, por exemplo, com destituição do efeito civil do casamento religioso. Apesar de haver uma redução das desigualdades, ainda foi um período marcado pelo patriarcalismo, sustentado pelo poder marital, desigualdades entre os filhos, domínio absoluto do pai sobre a prole e da adoção do casamento como única forma legítima de constituição da família.

No modelo patriarcal de família imperava a regra da indissolubilidade do casamento, como forma de manutenção do patrimônio, pouco importando a realização pes-

---

<sup>204</sup> LÔBO, op. cit., p.20-21.

soal e a felicidade dos indivíduos envolvidos. Como bem destacam Farias e Rosenvald<sup>205</sup>, naquele modelo

...compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade.

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891, afirma Lôbo<sup>206</sup>, “são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares”. Afirma, ainda, que “desde a primeira Constituição social, em 1934, até a Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-as no projeto da modernidade”.

O Código Civil promulgado no ano de 1916, portanto, no início do século XX, era voltado para aquela família tradicional, monolítica, hierarquizada, patrimonializada, institucionalizada, e para fins de reprodução. Só era considerada legítima aquela família constituída pelo casamento. Entretanto, como o próprio homem que compõe a família mudou, da mesma forma, essa sofreu mudanças, adaptando-se aos valores vigentes. Assim, nos últimos anos de vigência do Código Civil de 1916, as regras nele contidas não eram suficientes para regular todas as novas situações apresentadas na sociedade em relação à constituição dos núcleos familiares.

Verifica-se, portanto, que mesmo antes da Constituição de 1988, já se notava o enfraquecimento do paradigma da família patriarcal, quando, por exemplo, em 1949, foi promulgada a Lei 883, permitindo o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento; em 1962, a Lei 4.121 retirou da mulher casada a condição de subalterna de seu marido, saindo, dessa forma, da condição de relativamente incapaz de participar na cena jurídico-judiciária sem autorização do marido e, em 1977, com a promulgação da Lei 6.515, foi permitido o divórcio, oportunizando aos casais separados a reconstrução de suas vidas com novos parceiros.

---

<sup>205</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.4.

<sup>206</sup> LÔBO, op. cit., p. 6.

O fato de o modelo patriarcal familiar ter enfraquecido não significa, entretanto, que a família esteja em crise, pois ela ainda é considerada como a base da sociedade. O que vemos, atualmente, na sociedade é que as pessoas continuam procurando estabelecer vínculos afetivos, com o objetivo de constituir família sem, entretanto, optarem, necessariamente, pelo casamento. Essa foi a conclusão a que Goldenberg<sup>207</sup> chegou, após pesquisa realizada no ano de 1998, com homens e mulheres de camadas médias urbanas do Rio de Janeiro. Segundo a referida antropóloga

“... o que está ocorrendo é, na verdade, a multiplicidade e flexibilidade dos atuais arranjos conjugais. Assim, o que estaria em crise é um determinado modelo de família e de casamento. Como o modelo hegemônico permanece como um valor enraizado em cada um, fortalecido pela socialização e educação e pela Igreja, muitos dos que vivem outras formas de relacionamento conjugal sentem-se, ainda hoje, desviantes. A pluralidade de formas de casamentos e famílias existentes em nossa cultura, demonstra que homens e mulheres continuam querendo casar e constituir famílias, sem, no entanto, reproduzir o modelo tradicional de conjugalidade”.

Com efeito, de acordo com dados demográficos, desde 1986 verifica-se no Brasil uma diminuição da nupcialidade legal e, segundo a demógrafa Berquó<sup>208</sup>, esse declínio é sistemático, prosseguindo até os dias de hoje. São as transformações ocorridas na maneira de as pessoas conceberem a vida que acabam por condicionar novas possibilidades, inclusive no âmbito familiar. Segundo a Berquó<sup>209</sup>, “oportunidades e fatalidades que se sucedem ao longo do ciclo vital das pessoas modelam suas biografias, e as situações em que ocorrem refletem-se nas configurações familiares, quando examinadas em um momento dado”.

Uma das mudanças ocorridas na sociedade que mais influenciou na estrutura da família e na conseqüente multiplicidade dos arranjos familiares foi, justamente, a emancipação da mulher, principalmente da mulher casada que, após a vigência do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, adquiriu plena capacidade de exercer os atos da vida civil, sem necessidade de anuência do seu marido. Importante destacar, também, a inserção da mulher no mercado de trabalho, o que levou à diminuição da sua dependência econômica e da desigualdade havida em relação ao homem. De

<sup>207</sup> GONDENBERG, Mirian. **Novas famílias nas camadas médias urbanas**. Disponível em: <http://miriangoldenberg.com.br/images/stories/pdf/conjugalidades.pdf>. Acesso em 30 nov. 2010.

<sup>208</sup> BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: Uma visão demográfica. In: NOVAIS, Fernando A. (org. geral da coleção); SCHWACZ, Lilia Moritz (org. do volume). **História da Vida Privada do Brasil: contrastes da intimidade contemporânea**. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 413.

<sup>209</sup> Ibid., p. 418.

acordo com Berquó<sup>210</sup>, essa mudança “da posição relativa da mulher e os novos padrões de relacionamento entre os membros da família”, são fatores que assinalam grandes transformações no núcleo familiar.

Nota-se, portanto, que as mudanças na família têm estreita ligação com o desenvolvimento da própria sociedade. Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Fachin<sup>211</sup>:

Parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

Assim, foi-se desenvolvendo um direito de família à margem daquele contido no Código Civil, principalmente no sentido de contemplar os anseios presentes na sociedade e não abarcados pela lei civil, com uma mudança do eixo que antes girava em torno da família detentora de patrimônio, para girar em torno de uma família vista como entidade ligada à esfera afetiva e psicológica das pessoas envolvidas.

Porém, somente no terceiro período, após a promulgação da CF de 1988, que a família, realmente, passou a ser encarada a partir de uma concepção mais ampla, baseada, fundamentalmente, no afeto e na solidariedade. O princípio da dignidade da pessoa humana foi destacado em detrimento dos valores patrimoniais e matrimoniais até então dominantes.

Conforme ensina Farias e Rosenthal<sup>212</sup>, a família passa de unidade econômica para núcleo fundado no afeto, propício ao desenvolvimento da personalidade humana:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana.

---

<sup>210</sup> BERQUÓ, op. cit., p. 414.

<sup>211</sup> FACHIN, op. cit., p. 49.

<sup>212</sup> FARIAS e ROSENTHAL, op. cit., p.5.

Com essa nova concepção, a família rompe com o modelo patriarcal tradicional, passando a ser um modelo plural, igualitário, democrático e, muitas vezes, desmatrimonializado, que visa a promover a felicidade e o desenvolvimento da personalidade humana. A família passa a ter, então, uma concepção mais ampla, tanto que muitos doutrinadores se referem a famílias, no plural, na tentativa de abranger aqueles núcleos familiares para os quais ainda não existe previsão legal.

Atualmente, um dos principais elementos que identificam uma entidade familiar é o afeto, conforme afirma Nahas<sup>213</sup>:

A realidade social que circunda a Constituição ampliou a concepção de família, de forma a reconhecer, como pressuposto para o seu reconhecimento, a existência de um vínculo de afeto entre os integrantes. A família é o espaço de realização individual, e o respeito às diferentes formas de manifestação familiar decorre da preservação da dignidade de seus membros.

Assim, na identificação de uma família atual, leva-se em consideração o vínculo afetivo que se sobrepõe aos aspectos patrimoniais e sanguíneos, pois, segundo Lôbo<sup>214</sup>, o princípio da afetividade “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Segundo Dias<sup>215</sup>, “a afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao *status* de família”. Nessa medida é que o princípio da afetividade foi, implicitamente, abrigado pela Constituição Federal, o que se deduz das seguintes referências citadas por Lôbo<sup>216</sup>:

a) todos os filhos são iguais, independentemente da sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

<sup>213</sup> NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: Proteção Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 135.

<sup>214</sup> LÔBO, op. cit., p. 47.

<sup>215</sup> DIAS, União homoafetiva..., p. 129.

<sup>216</sup> LÔBO, op. cit., p. 48.

Com a mudança ocorrida nos seios familiares, a doutrina, ao conceituar a família na atualidade, trata-a como o meio propício para que seus integrantes sejam felizes. Nesse sentido é a lição de Oliveira e Hironaka<sup>217</sup>:

Na idéia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Sendo assim, apesar de, ainda, não haver lei reconhecendo a união homoafetiva, não há como se negar a condição familiar aos relacionamentos existentes entre pessoas do mesmo sexo, pois esses também são baseados na afetividade e buscam a realização pessoal dos envolvidos. Conforme já mencionado, o legislador constituinte não estabeleceu um conceito para a família. Mas, diante da necessidade de adaptação dos institutos jurídicos à atual sociedade, aumentou a abrangência da proteção. Com efeito, a CF de 1988, em seu art. 226, para efeito de proteção do Estado, contemplou expressamente como entidade familiar, além do casamento, tanto a união estável entre homem e mulher como a comunidade monoparental, ou seja, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Surge, portanto, na Constituição, o pluralismo de entidades familiares e o reconhecimento por parte do Estado de que existem outras formas de família, além daquela constituída pelo matrimônio. Destaca-se que, de acordo com o art. 226 da Constituição Federal, para se caracterizar uma família não é essencial o vínculo pelo casamento, nem a presença de um casal heterossexual e nem tampouco a prática sexual ou a procriação. O que se verifica é se há o pressuposto do afeto entre seus membros.

Importante ressaltar que, apesar dessas transformações, o CCB de 2002, mesmo começando a ter vigência posteriormente à Constituição de 1988, afirma Lôbo<sup>218</sup>,

---

<sup>217</sup> OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3 ed. 2 tir. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 6.

<sup>218</sup> LÔBO, op. cit., p. 12.

“não pôs cobro ao descompasso da legislação, pois várias de suas normas estão fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais referidos”. Nesse diapasão, o Novo Código Civil, cuja elaboração se iniciou anteriormente à Constituição vigente, somente tratou como entidades familiares o casamento e a união estável entre homem e mulher. Apesar de a união entre casais do mesmo sexo, estruturada no vínculo afetivo e voltada para o compartilhamento de projetos de vida em comum, já se apresentar abertamente na sociedade e demandar decisões judiciais, o Código Civil de 2002 não dispôs sobre a matéria.

Porém não é pelo fato de não existir legislação específica classificando-as como entidades familiares que as uniões homoafetivas não são de fato famílias, e, como tais, não mereçam a proteção do Estado. Segundo Lôbo<sup>219</sup>, seguindo a mesma linha de Dworkin, nesses casos a entidade familiar “é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades”.

Apesar de o Código Civil vigente estar fundado em paradigmas passados, deve-se destacar que a legislação civil deve ser interpretada de acordo com a Constituição, que é a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, vale destacar a lição de Oliveira<sup>220</sup>:

Como se nota, o Direito Privado assume uma nova dimensão, absolutamente diversa daquela em que foi editado o Código Civil: institutos fundamentais radicam na Constituição, cabendo à legislação infraconstitucional aspectos secundários, sempre em harmonia com valores posicionados pelo poder constituinte encarregado de elaborar a atual Constituição.

Assim, é o Código Civil que deve ser interpretado de acordo com a Constituição e não o inverso. E, conforme se demonstrará adiante, a Constituição Federal vigente dá abertura para a inclusão da união homoafetiva entre as famílias constitucionalmente protegidas.

---

<sup>219</sup> Ibid., p. 60.

### 3.2 A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

É certo que, antes da Constituição de 1988, as convivências informais, não fundadas no casamento, mas sim no afeto, apresentavam-se abertamente e eram, cada vez menos, rejeitadas pela sociedade. Apesar disso, tais uniões ainda não eram regulamentadas e, portanto, não tinham a proteção do Estado. Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Nahas<sup>221</sup>:

Outro aspecto em que as mudanças sociais chocavam com as disposições legais e dogmas religiosos está relacionado à Família de fato, constituída sem a celebração do casamento, apenas no plano fático. Esta união informal não poderia ser considerada como família pelo ordenamento jurídico em razão da expressa menção constitucional ao matrimônio. Dessa forma, não gozava da proteção estatal, nem da regulamentação. Tratava-se de uma realidade, mas o legislador insistia em ignorar, na tentativa de desestimular este tipo de conduta, contrária aos “bons costumes”.

Entretanto, como se tratasse de uma realidade, os conflitos decorrentes dessas convivências acabavam sendo levados à apreciação do Poder Judiciário que, a princípio, tratou-as como uma sociedade de fato, vindo, posteriormente, a editar a Súmula 380 pelo STF, em 11 de maio de 1964, que diz: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”<sup>222</sup>.

Essa solução, apesar de não suprir totalmente as necessidades das pessoas que viviam em uniões não matrimonializadas, já representou um avanço e, segundo Nahas<sup>223</sup>, “evidenciou a dissonância entre a legislação e o progresso da sociedade que já não os via de forma espúria”. Porém ainda restou o anseio de uma efetiva regulamentação que reconhecesse essas uniões como famílias, desvinculando o ente familiar como, exclusivamente, formado pelo vínculo do casamento, pois, conforme afirma Fachin<sup>224</sup>, “o concubinato não era família, e a questão processual se decompunha no Juízo Cível”. Assim, para que fosse possível a partilha, a concubina deve-

<sup>220</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p. 226.

<sup>221</sup> NAHAS, op. cit., p. 78.

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso em 04 out. 2010.

<sup>223</sup> NAHAS, op. cit., p. 79.

ria comprovar ter contribuído financeiramente para a aquisição do bem, o que nem sempre era possível.

Esse anseio somente foi alcançado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, ao menos, parcialmente, rompeu com o conservadorismo dominante e inseriu, em seu artigo 226, parágrafo 3º, a união estável como ente familiar para efeito da proteção do Estado, superando-se, assim, a necessidade de se provar o esforço comum, para que a companheira tenha direito à partilha dos bens adquiridos na constância da união<sup>225</sup>. Diz-se “parcialmente” porque o texto constitucional não foi expresso ao reconhecer, também, como entidade familiar, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Verifica-se, portanto, que a as uniões estáveis heterossexuais, assim como ocorre hoje em dia com as uniões homoafetivas, “percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições”<sup>226</sup>. Entretanto, com a interpretação do art. 226 da CF, de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade se chegará à mesma conclusão que se teve em relação à união estável entre homem e mulher, ou seja, de que a união homoafetiva também é um tipo de entidade familiar e que deve ser protegida pelo Estado.

Descrevendo o que vem a ser a união estável, Lôbo<sup>227</sup> assim se manifesta:

É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.

Segundo o referido autor, a inserção da união estável na Constituição Federal foi o capítulo final de uma longa trajetória de discriminação para com as relações exis-

---

<sup>224</sup> FACHIN, op. cit., p. 95.

<sup>225</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 405.

<sup>226</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf). Acesso em: 10 out. 2010.

<sup>227</sup> LOBO, op. cit., p. 148.

tentes na sociedade, mas que, pejorativamente, eram chamadas de concubinato, pois, conforme entendimento da época, iam de encontro ao sagrado matrimônio<sup>228</sup>.

Uma vez inserida na Constituição Federal como entidade familiar, à união estável passaram-se a aplicar todos os efeitos jurídicos próprios da família, conforme leciona Tepedino<sup>229</sup>:

À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.

A Lei 10.406/2002 que instituiu o novo Código Civil Brasileiro<sup>230</sup> tratou da matéria no Título III, merecendo destaque o disposto no *caput* do art. 1723 que diz:

Art. 1723 – É concebida 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.

Em seu art. 1724, o Código Civil ainda estabeleceu os deveres que os conviventes devem ter um para com o outro, tais como o dever de lealdade, respeito e assistência, além da guarda, sustento e educação dos filhos.

Porém o novo Código Civil, cuja elaboração se iniciou anteriormente a 1988, assim como o art. 226 da Constituição Federal, só se manifestaram, expressamente, sobre a união entre homem e mulher. No entanto, como já foi explanado acerca da interpretação conforme a Constituição, neste momento, para consecução do objetivo do presente trabalho, o importante é verificar que o referido artigo trouxe os critérios que caracterizam uma união estável.

Primeiramente, destaca-se que, para configurar uma união estável, é necessário que a convivência tenha uma duração prolongada. Na verdade, a lei não exige um

---

<sup>228</sup> LOBO, op. cit., p. 149.

<sup>229</sup> TEPEDINO, **Temas de Direito Civil**, p. 408.

<sup>230</sup> BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em 04 out. 2010.

tempo mínimo para a configuração da união estável, mas é certo que deve haver uma durabilidade e continuidade no tempo, o que deixa fora do conceito de entidade familiar aqueles relacionamentos casuais em que não há comunhão de vida.

Apesar de já estar pacificado o entendimento de que, realmente, não há um prazo mínimo estabelecido para a convivência, esse deve ser o suficiente para que se evidencie o interesse em se constituir uma família. Para Lobo<sup>231</sup>, “a constituição de família é o objetivo da entidade familiar, para diferenciá-la de outros relacionamentos afetivos, como a amizade, a camaradagem entre colegas de trabalho, as relações religiosas”.

E, finalmente, para ser caracterizada como entidade familiar, a convivência deverá ser pública e notória no meio da sociedade, excluindo, assim, os relacionamentos clandestinos. Ou seja, os envolvidos na união estável devem ter o compromisso de conviver como se casados fossem.

Portanto, em obediência ao princípio da igualdade, para que a união homoafetiva se configure em união estável, também deverá atender aos critérios da publicidade, continuidade, durabilidade, com o objetivo de constituir família, além, é claro, de estar baseada no afeto, que é o principal elemento identificador da família na atualidade.

### 3.3 A ABERTURA DO ART. 226 DA CF E A INCLUSÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Constantemente, tem-se interpretado que o art. 226 da CF traz um rol taxativo de entidades familiares a merecerem proteção do Estado, composto pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e pela família monoparental. Entretanto essa interpretação meramente literal do texto normativo não é a mais adequada, pois vai de encontro aos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>231</sup> LOBO, op. cit., p. 153.

Nesse sentido, Lôbo<sup>232</sup> é enfático ao dizer que, na operação da hermenêutica “impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere”. Ou seja, o texto constitucional não pode ser contraditório em si mesmo.

Assim, o art. 226 deve ser interpretado em consonância com os demais princípios contidos na Constituição que, já em seu preâmbulo, manifesta o seu caráter inclusivo, ao dizer que o Estado deve 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.

Uma sociedade fraterna não pode permitir que se desamparem certos tipos de famílias. Muito pelo contrário, conforme afirma Nahas<sup>233</sup> “a fraternidade entre os integrantes de uma sociedade implica a colaboração com os necessitados, com os excluídos e proteção às minorias”. Além disso, uma sociedade pluralista, como a brasileira, deve admitir a diversidade familiar, até mesmo porque a Constituição já rompeu com a exclusividade do casamento como forma de constituição da família. Por fim, uma sociedade sem preconceitos não pode admitir a discriminação de nenhum tipo de família.

Com efeito, existe na sociedade brasileira uma pluralidade de entidades familiares, além daquelas previstas expressamente no art. 226 da CF. Lôbo<sup>234</sup> menciona cinco modelos de convivências encontrados na sociedade atual, mas que não constam expressamente no ordenamento jurídico como sendo entidades familiares:

- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva re-

---

<sup>232</sup> LÔBO, op. cit., p. 59.

<sup>233</sup> NAHAS, op. cit., p. 127.

<sup>234</sup> LÔBO, op. cit., p. 57.

gular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.

Portanto, se existem na sociedade várias outras entidades familiares, entender que somente o casamento, a união estável entre homem e mulher e a família monoparental merecem a proteção do Estado seria uma infração ao princípio da igualdade. Todas as entidades familiares ora mencionadas, inclusive a união homoafetiva, são igualmente baseadas no afeto, não existindo nenhuma justificativa lógico-racional para um tratamento diferenciado. Portanto o tratamento desigual, nesse caso, configuraria uma discriminação, o que contraria o objetivo de se construir uma sociedade sem preconceitos.

Contra a discriminação, vale ressaltar a seguinte lição de Gama<sup>235</sup>:

O importante é ter-se sempre em atenção que a natureza humana, independentemente do tipo de união ou convivência mantida com outrem, é criativa e rica em sentimentos nobres que devem ser reconhecidos não de forma odiosa, mas sempre com fins ao estímulo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza, a miséria, a marginalização, a discriminação, enfim, procurando atingir-se os objetivos fundamentais de toda nação civilizada como deve ser a República Federativa do Brasil.

Além da igualdade entre os diversos tipos de entidades familiares, para que se concretize o princípio da dignidade da pessoa humana, os indivíduos devem ter liberdade para escolher qual o modelo de família que melhor se harmoniza às suas expectativas. Essa escolha deve ser do indivíduo e não do legislador<sup>236</sup>.

Ademais disso, cumpre ressaltar que o *caput* do artigo 226 não tipifica nenhuma família como sendo a base da sociedade. Verifica-se, aí, uma cláusula de inclusão, uma vez que o texto constitucional não fez referência a nenhum tipo específico de família, diferentemente do que aconteceu em constituições anteriores, onde o casamento era o único a merecer a proteção estatal. Logo conclui-se que as três entidades familiares contidas em seus parágrafos são apenas exemplificativas, não excluindo as demais.

---

<sup>235</sup> GAMA, op. cit., p. 22.

<sup>236</sup> LÔBO, op. cit., p. 59.

Confirma-se, ainda, o intuito inclusivo do texto constitucional, quando em seu art. 226, § 4º, dispõe que “Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus dependentes”<sup>237</sup>. O “também”, afirma Lôbo<sup>238</sup>, “tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros”.

Segundo o direito como integridade, ao decidir se a união homoafetiva é ou não entidade familiar, os juízes devem considerar os direitos vigentes na época em que o fato foi praticado. Portanto, se a união entre pessoas do mesmo sexo está acontecendo no presente, não se devem aplicar concepções paradigmáticas anteriores, principalmente, quando isso resultar em uma postura excludente.

Portanto, ao interpretar o art. 226 da CF de acordo com o direito como integridade, com base nos princípios destacados ao longo da presente dissertação, será verificado que os homossexuais possuem o direito de ver suas uniões reconhecidas como entidade familiar, pois não existe justificativa suficiente para entendimento diverso.

Sendo assim, entender que as entidades familiares previstas no art. 226 tratam de um rol taxativo, enquanto há tantos outros tipos de convivências na sociedade atual, seria divorciar-se dos princípios constitucionalmente estabelecidos.

---

<sup>237</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>238</sup> LÔBO, op. cit., p. 61.

## CONCLUSÃO

No decorrer da presente dissertação, foram colocadas as premissas necessárias para se chegar à conclusão de que se deve reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar para fins de proteção estatal.

Destarte, restou demonstrada a normatividade e a supremacia da Constituição Federal em relação às demais regras e, por consequência, o seu poder em vincular tanto os cidadãos quanto o próprio Estado e seus respectivos poderes. Essa supremacia decorre do fato de que, na Constituição, estão inseridas as aspirações essenciais da comunidade, em um determinado momento histórico. Diante disso, toda a coletividade e os poderes públicos devem se esforçar para concretizar os preceitos constitucionais, principalmente, para realizar os direitos fundamentais, tidos como indispensáveis e inerentes a todos os seres humanos.

Foi demonstrado, ainda, que, no Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que inaugurou o Estado Democrático de Direito, no qual a proteção das minorias, tais como os homossexuais, passou a ser prioridade, materializando-se com a aplicação adequada dos direitos fundamentais. Ademais, salientou-se que o Direito, na concepção atual, é um sistema aberto de regras e princípios, sendo que esses proporcionam a interpretação do texto de acordo com as mudanças ocorridas no seio da sociedade, sem enfraquecer a força normativa da Constituição.

Dentre as mudanças que se verificam na sociedade, ressaltou-se a ocorrida com os homossexuais que, após um longo período histórico de lutas em busca de aceitação, respeito e não discriminação, cada vez mais assumem sua orientação sexual, publicamente, constituindo, inclusive, relacionamentos baseados no afeto, que é o principal elemento identificador da família na atualidade.

Ocorre que, apesar de a união homoafetiva ser uma realidade no meio social atual, ainda não há previsão legal expressa reconhecendo-a como entidade familiar, o que

demonstra um descompasso entre as leis e as mutações ocorridas na sociedade. Com efeito, o art. 1.723 do CCB só é expresso quanto à união estável entre homem e mulher, estabelecendo critérios para sua caracterização, que são a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. A Constituição Federal, por sua vez, em seu art. 226, parágrafo 3º, diz que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, deixando em aberto o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

Diante dessa ausência de lei que reconheça, especificamente, a união homoafetiva como entidade familiar, o Poder Judiciário, quando instado a resolver um conflito dessa natureza, muitas vezes prefere extinguir o feito sem resolução do mérito, pela falta de possibilidade jurídica do pedido. Justifica na impossibilidade de invasão na esfera de competência do Poder Legislativo, negando, assim, o *status* de família àqueles relacionamentos formados por pessoas do mesmo sexo.

Segundo Dworkin, esse é um caso difícil de ser resolvido, pois não há lei específica regulamentando a matéria. Nesses casos, segundo o referido autor, os juízes, ao analisarem um caso concreto, devem criar um novo direito, utilizando-se de argumentos de princípios. Ressalte-se que, na presente dissertação, defende-se a utilização pelos juízes, no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, existentes no ordenamento jurídico brasileiro, inseridos, inclusive, na Constituição Federal, que é a lei máxima do País.

Ainda conforme a teoria de Dworkin, os juízes devem partir de uma concepção interpretativa do Direito que é a integridade, utilizando-se dos princípios de justiça e equidade, observando o devido processo legal. Cabe ressaltar que os juízes devem levar em consideração os direitos e deveres legais vigentes na época em que determinado fato foi praticado e, em um procedimento democrático, buscando um futuro melhor, encontrar a única solução adequada para o caso concreto.

Assim, de acordo com o direito como integridade, não se justifica uma decisão preconceituosa, baseada em paradigmas constitucionais passados. Nesse diapasão,

na busca da solução adequada, os julgadores podem e devem interpretar o art. 226 da CF e o art. 1793 do CCB de acordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, na concepção que lhes é atribuída pelo vigente Estado Democrático de Direito, ampliando seu alcance para que também a união homoafetiva seja reconhecida como entidade familiar, visando à construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana se apresenta como verdadeiro alicerce do nosso ordenamento constitucional e consiste em uma qualidade integrante da própria condição humana que impõe ao Estado e aos demais membros da comunidade zelar para que todos sejam tratados com igual consideração e respeito, garantindo, inclusive, o direito à autodeterminação de cada um.

Portanto pode-se dizer que, na realidade brasileira atual, a dignidade da pessoa humana se expressa, também, no reconhecimento e proteção às uniões homoafetivas, já que tanto o tratamento igualitário entre heteros e homossexuais como o direito a exercer livremente a orientação sexual são essenciais para que o homossexual se realize enquanto ser humano.

Não há justificativa lógico-racional que possa fundamentar a negativa de reconhecimento da união homoafetiva, quando esta tiver por objetivo constituir uma família e atender aos critérios da durabilidade, publicidade e continuidade, pois esses são os requisitos considerados no reconhecimento da união estável entre homem e mulher. Deve-se considerar a igualdade entre os entes familiares e não entre a orientação sexual das pessoas que os integram, até mesmo porque, no atual Paradigma Democrático de Direito, o princípio da igualdade implica no respeito às diferenças.

Sabe-se que o maior preconceito em relação ao reconhecimento da união homoafetiva no Brasil advém do cristianismo, que vê a prática da homossexualidade como pecado. Entretanto concepções religiosas não devem determinar as decisões do Poder Judiciário já que vivemos em um Estado Laico, principalmente, quando essas concepções forem de encontro a direitos fundamentais. Ademais, a ninguém é dado o poder de impingir ao outro os seus próprios valores.

Sendo assim, externar a homossexualidade é uma questão de liberdade individual, fato concernente à esfera privada de cada um e consiste, inclusive, no poder de constituir uma família, já que essa também se transformou com a sociedade e, atualmente, já não se traduz, exclusivamente, nos vínculos firmados através do casamento.

Conclui-se, então, que o Poder Judiciário não pode tratar os conflitos advindos da união homoafetiva no âmbito do direito das obrigações e, muito menos, abster-se de resolvê-los por falta de previsão legal específica. Ao contrário, quando presentes as características da união estável, o Poder Judiciário deve reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, utilizando-se dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, constitucionalmente, previstos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 1990.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/deferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/deferentesmasiguais_171109.pdf). Acesso em 17 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrin/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 19 jul. 2010.

BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: Uma visão demográfica. In: NOVAIS, Fernando A. (org. geral da coleção); SCHWACZ, Lilia Moritz (org. do volume). **História da Vida Privada do Brasil: contrastes da intimidade contemporânea**. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; Apres. de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: História e Crítica de um Preconceito. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em 04 out. 2010.

BRASIL. **Conselho Federal de Psicologia**. Resolução n. 001, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://www.crp07.org.br/upload/legislacao/legislacao39.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 380. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula301400>. Acesso em 04 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **ADIN 4277**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>. Acesso em: 04 dez. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão**. União Estável Homoa-fetiva. Inviabilidade de reconhecimento e dissolução por ausência de possibilidade jurídica do pedido. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 25 ago. 2010.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 3 reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: No Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVALCANTI, Robinson. **A Questão Homossexual**. Revista Ultimato, Viçosa, ano XXXVI, n. 284, set-out, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In) Constitucional: Para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores”, à luz da Teoria Discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Conversando sobre Homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Liberdade Sexual e os Direitos Humanos**. Revista Jurídica da Universidade de Franca, Franca, ano 2000, n 5, p. 163/165, novembro 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade.** Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Companheirismo: uma espécie de família.** 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2001.

GONDENBERG, Mirian. **Novas famílias nas camadas médias urbanas.** Disponível em: <http://miriangoldenberg.com.br/images/stories/pdf/conjugalidades.pdf>. Acesso em 30 nov. 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. de Eduardo Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da Sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O Corpo Educado: Pedagogias da Sexualidade**. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A União Homoafetiva no Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOTT, Luiz. **Homossexualidade: mitos e verdades**. Salvador: Grupo Gay da Bahia Ed., 2003.

NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: Proteção Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3 ed. 3 tir. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: No Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004.

PARKER, Richard. Cultura, Economia Política e Construção Social da Sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O Corpo Educado: Pedagogias da Sexualidade**. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Concretização de Direitos Fundamentais Sociais. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. (Coord.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2003.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do Direito à Igualdade. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SPENCER, Collin. **Homossexualidade**: uma história. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. União de pessoas do mesmo sexo, à luz do direito civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (org). **Direito das Famílias**: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados**: moral, sexualidade e inquisição no Brasil Colonial. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

WEEKS, Jeffrey. O Corpo e a Sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O Corpo Educado**: Pedagogias da Sexualidade. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.