

ADI N. 4.277 – CONSTITUCIONALIDADE E RELEVÂNCIA DA DECISÃO SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA: O STF COMO INSTITUIÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA NO RECONHECIMENTO DE UMA CONCEPÇÃO PLURAL DE FAMÍLIA

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti

ADI N. 4.277 – CONSTITUTIONALITY AND RELEVANCE OF THE DECISION ON SAME-SEX UNION: THE SUPREME COURT AS A COUNTERMAJORITARIAN INSTITUTION IN THE RECOGNITION OF A PLURAL CONCEPTION OF FAMILY

RESUMO

O ARTIGO SE INSERE NOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO A PARTIR DE JURISPRUDÊNCIA E BUSCA MOSTRAR A CONSTITUCIONALIDADE E RELEVÂNCIA DA DECISÃO DO STF NA ADPF N. 132 E NA ADI N. 4.277. DISCUTE O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO TRIBUNAL FRENTE A QUESTÕES POLÍTICAS E O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PARTICULAR NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS POR PARTE DOS PODERES, O QUE MOSTRA INÉRCIA DO CONGRESSO NACIONAL E MIGRAÇÃO DE QUESTÕES POLÊMICAS PARA O STF. EM SEGUIDA, É TRABALHADO O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA CONJUGAL, BASEADO PRIMORDIALMENTE NO AFETO E NA COMUNHÃO PLENA DE VIDA E INTERESSES (DE FORMA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA), PARA DEMONSTRAR QUE A UNIÃO HOMOAFETIVA FORMA UMA FAMÍLIA CONJUGAL IDÊNTICA OU, NO MÍNIMO, ANÁLOGA ÀQUELA FORMADA PELA UNIÃO HETEROAFETIVA, DE SORTE QUE CONCLUI PELA CORREÇÃO DA DECISÃO QUE RECONHECEU O DIREITO À UNIÃO ESTÁVEL A CASAS HOMOAFETIVOS.

PALAVRAS-CHAVE

STF; UNIÃO HOMOAFETIVA; FAMÍLIA; IGUALDADE; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

THE ARTICLE IS WITHIN THE STUDIES OF PUBLIC LAW CONCERNING JURISPRUDENCE AND IT SEEKS TO SHOW THE CONSTITUTIONALITY AND RELEVANCE OF THE DECISION OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN THE ADPF N. 132 AND ADI N. 4.277. IT DEBATES THE COUNTER-MAJORITARIAN ROLE OF THE COURT IN POLITICAL QUESTIONS AND THE ROLE OF FUNDAMENTAL RIGHTS PARTICULARLY IN THE APPLICATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES BY THE POWERS OF THE STATE, WHICH SHOWS THE INERTIA OF THE PARLIAMENT AND THE MIGRATION OF POLEMICAL QUESTIONS FOR THE SUPREME COURT. IN SEQUENCE, IT DEVELOPS DE CONTEMPORARY CONCEPT OF CONJUGAL FAMILY, BASED MOSTLY IN AFFECTION (LOVE) AND IN THE TOTAL COMMUNION OF LIFE AND INTERESTS (IN A PUBLIC, CONTINUOUS AND LONG-LASTING FORM), IN ORDER TO DEMONSTRATE THAT THE HOMOAFECTIVE UNION IS IDENTICAL OR, AT LEAST, ANALOGUE TO THE ONE FORMED BY THE HETEROAFECTIVE UNION, WHICH GENERATES THE CONCLUSION ABOUT THE CORRECTION OF THE DECISION THAT RECOGNIZED THE RIGHT TO THE STABLE UNION TO HOMOAFECTIVE COUPLES.

KEYWORDS

BRAZILIAN SUPREME COURT; HOMOAFECTIVE UNION; FAMILY, EQUALITY; FUNDAMENTAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

A decisão que o Supremo Tribunal Federal proferiu ao resolver, em conjunto, a ADPF n. 132 e a ADI n. 4.277 possui várias leituras possíveis – tão variadas como foram as contribuições dos *amici curiae* ou os votos dos Ministros do Tribunal. Tratar-se ia de “invasão judicial” sobre o terreno da legislação, o que a colocaria no que se tem chamado

de “judicialização da política”? Ou, por outro lado, de afirmação de direitos fundamentais constitucionais ou, ainda, a descoberta (ou revelação) de direitos *não enumerados*? Até que ponto o STF “inovou” ao fazer a “interpretação conforme a Constituição”? Entre as várias interpretações daquela decisão, trazemos aqui leituras possíveis e discussões iniciais que poderão se não esclarecer, ao menos levantar novos questionamentos e novos estudos.

Assim, na primeira parte, parte-se do binômio “inércia do legislador” – “judicialização da política” para mostrar que, por trás de decisões judiciais de cunho “político”, há uma insensibilidade do legislador em receber *inputs* da periferia (minorias) e/ou de, uma vez recebidos, transformá-los em leis/políticas (*outputs*). Questiona-se sobre a legitimidade da decisão do STF diante de situações nas quais minorias, não conseguindo que o Legislativo lhes ofereça soluções, recorrem ao Judiciário e este, se valendo do papel contramajoritário possibilitado pelo regime constitucional, reconhece direitos fundamentais àqueles. É lembrado que o direito de igualdade significa, ao mesmo tempo, isonomia e diferença, o que reclama uma aplicação mais cuidadosa daquele direito. Em um quadro de sociedades descentradas nas quais os partidos não conseguem (mais) representar interesses de grupos, o Legislativo há de ser repensado, já que é ali onde, por excelência, são (devem ser) geradas leis que venham a criar políticas públicas – mas não tem sido assim, uma vez que os partidos políticos, no Brasil, *não tomam partido*.

Complementarmente, procuram-se as raízes da ideia de família (e sua mutalibidade) a partir de uma leitura hermenêutica do instituto: se família hoje está ligada à afetividade e não mais a propriedade/poder/procriação, então o que diferenciaria uma família heteroafetiva ou homoafetiva? A partir daí se busca, desde os rudimentos da hermenêutica clássica até a sofisticação da hermenêutica gadameriana, mostrar que a *interpretação conforme a Constituição* operada pelo STF não constitui uma corrupção/traição ao texto constitucional, mas, ao contrário, respeita ao mesmo em sua interpretação sistemático-teleológica. Busca-se refutar argumentos que tradicionalmente se levantam contra o reconhecimento da união homoafetiva e mostra que nenhum deles se sustenta perante a Constituição.

Entende-se sobre a “correção” da decisão do STF no caso, no sentido de que a decisão era necessária e oportuna, ainda que não, necessariamente, fosse a melhor alternativa (pelo fato de ter vindo do Judiciário e não do Legislativo). A partir disso, os autores buscam reconstruir a compreensão do que significa a Constituição frente ao cidadão e aos fundamentos da decisão judicial, questionando o papel do Judiciário e dos demais poderes.

I ADFP N. 132/ADI N. 4.277:

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Vivemos uma época em que o Judiciário tem sido chamado a se posicionar sobre direitos

de minorias – já que estas não têm *acesso* ao Parlamento. A partir da Constituição de 1988, o Judiciário vem sendo posto como arena de discussão (por vezes, a única via institucional) de temas “fraturantes”. Paulo Bonavides, por exemplo, reclama que na atual fase do Estado de Direito o Judiciário é colocado como “terceiro legislador” – o primeiro seria o constitucional e o segundo o legislador ordinário, em colaboração com o Executivo. E diz mais:

Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o *legislador por excelência*; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, *de outro as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais* (BONAVIDES, 2001, p. 21, grifos nossos).¹

Há uma “eficiência seletiva” do nosso legislador. Para alguns temas, como as reformas processuais, o legislador brasileiro é hiperativo.² Outros temas, no entanto, aguardaram (ou ainda aguardam) por anos que o Legislativo tomasse posição e decidisse (*infra*). À jurisdição é cobrada, então, a exercer essa *função contramajoritária de defesa dos direitos fundamentais*³ daqueles que não conseguem ser ouvidos nas arenas institucionais majoritárias (notadamente o Parlamento). Minorias devem poder buscar amparo no Judiciário para se evitar o descumprimento da Constituição frente a maiorias (eventuais).⁴ Ainda mais quando o órgão legislativo, lugar de excelência de discussão de temas que lhes afetam, se mantém refratário a estes, não exercendo o que Habermas (1997, p. 87) chama de “sistema de eclusas”.⁵

Dessa forma, quanto à ADPF n. 132/ADI n. 4.277, o STF não inovou ao decidir favoravelmente ao reconhecimento de uniões homoafetivas. Isso era algo já reconhecido em alguns Tribunais já há mais de 10 anos, ou seja, o reconhecimento de direitos previdenciários e de inclusão em planos de saúde de casais homoafetivos já não era algo desconhecido dos Tribunais. Contudo, o reconhecimento da união estável homoafetiva por analogia ao disposto no Código Civil dividia opiniões; apesar de haver várias decisões favoráveis (principalmente no TJRS), em outros Tribunais havia um bom número de decisões em contrário. O fundamento que esses Tribunais ainda possuíam para não reconhecer a união homoafetiva como “união estável” (sem restrições de direitos) não estava na Constituição (nem em outras normas). Como mostra Moreira (2010, p. 48), a razão da negativa há que ser buscada nos “motivos” (*ratio decidendi*) por trás do argumento “positivista” – motivos esses que tomavam certo modelo (heterossexista) de família como sendo o único (legítimo).

Os desdobramentos que a decisão do STF teve quanto à conversão de uniões homoafetivas em casamento, estes foram novidade. Contudo, mesmo aí se pode perceber que tanto a decisão do STF quanto seus desdobramentos são o resultado de uma interpretação construtiva (DWORKIN, 1999 e 2001) de princípios jurídicos de pluralidade, diversidade e de igualdade (*infra*) fundados na Constituição (art. 226, § 3º e outros) e em uma *história institucional desses mesmos princípios*⁶ perceptível, como dissemos, na jurisprudência.

É preciso lembrar que *garantindo esses direitos às minorias, garante-se o direito de todos*, porque os direitos fundamentais são constitutivos da democracia (como pronunciou o Relator da ADPF n. 132/ADI n. 4.277).⁷ Uma das (várias) discussões possíveis, então, recai sobre o sentido da igualdade, e do igual direito de liberdade. Com Rosenfeld (1995), lembramos que o direito de igualdade passou por três “estágios”, desde sua afirmação nas Revoluções Liberais do século XVIII: da igualdade (formal, perante a lei) como identidade, passando por sua “materialização”, muito vinculada à criação de condições de “vida boa” para que os cidadãos fossem iguais “de fato” em uma perspectiva econômica. “Somente num terceiro estágio avança-se para superar os dois anteriores e redefinir uma *igualdade que reconhece as diferenças*, que não as explora por padrões de dominação ou subordinação.” (BAHIA, 2009) Quem define isso de forma magistral é Boaventura de Sousa Santos quando afirma: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2003, p. 56). A democracia não pode ser vista como “tirania da maioria”, mas como “el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión” (HABERMAS, 1998, p. 247).

Isso porque vivemos em sociedades pós-tradicionais, pós-metafísicas (HABERMAS, 2000, p. 524). Nesses agrupamentos humanos descentrados, surgem (ou somente agora se afirmam?) novas subjetividades, que fazem surgir novas (?) reivindicações (CALDERÓN, 2011, p. 11; YOUNG, 2006, p. 166) e que, por sua vez, criam novas agremiações, paralelas (e até em competição) com os mecanismos tradicionais de representação (partidos, sindicatos etc.). Segundo Fernando Calderón,

Con sus propuestas, dinámicas y acciones, estos movimientos [...] *ponen en cuestión la centralidad de los partidos políticos y de los movimientos sociales clásicos como los obreros*. [...] Por ello hoy se trata más bien de sociedades “policéntricas”, con subsistemas crecientemente diferenciados, ante las cuales los actores políticos clásicos no saben cómo ubicarse (CALDERÓN, 2011, p. 9).

Serão esses grupos (e não a Administração burocrática estatal) que, por compartilharem experiências similares de discriminação e *opressão estrutural*, terão melhores

condições de interpretar suas próprias situações e de suas relações com outros grupos (YOUNG, 2006, p. 164). Contudo, questiona-se até que ponto esses organismos podem ser substitutos dos tradicionais, uma vez que, ao contrário destes, aqueles não têm uma perspectiva globalizante da sociedade, ao contrário, se fecham em micro-questões. Afinal, a pluralização não pode significar desagregação ou, no limite, anomia e perda da capacidade de representação.⁸

O Parlamento, em uma democracia plural, deve espelhar a pluralidade social e estar “sensível” às demandas, de forma que, mesmo que um argumento seja hoje vencedor, isso não impeça o órgão de “resgatar” os demais antes vencidos.⁹ Sabe-se, entretanto, que, mesmo em democracias mais consolidadas,

[p]oucos negariam que os membros de grupos sociais estruturais menos privilegiados estão sub-representados na maioria das democracias contemporâneas. [...] Muitos consideram incorreta essa exclusão ou marginalização política de grupos e indivíduos subordinados, pois isso frustra as promessas de igualdade política e de oportunidades que estão na base dos princípios democráticos (YOUNG, 2006, p. 167-170).

Isso se torna um desafio à democracia, que há que ser enfrentado, pois “[p]ropiciar maior inclusão e influência aos grupos sociais sub-representados pode contribuir para que uma sociedade enfrente e reduza a desigualdade social estrutural” (YOUNG, 2006, p. 170). Em um Estado Democrático de Direito percebe-se que *democracia* e *constitucionalismo* devem andar lado a lado, em relação de *tensão*, sob pena de que a prevalência de um sem o outro acabe gerando formas de ditadura. A democracia trabalha com maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. O constitucionalismo, no entanto, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria.¹⁰ Dessa forma,

o constitucionalismo só é efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismo, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só é democracia se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria, se assim não for estaremos diante de uma ditadura, do despotismo, do autoritarismo (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 282-283).¹¹

Sendo o sistema constitucional tal que se apresente como constante aprendizado, a Constituição é (e deve ser tida, sempre como) um projeto aberto (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 282) a constantes novas inclusões. Isso possibilita que novos direitos possam ser incorporados, como, aliás, consta expressamente do § 2º de seu art. 5º,

CF/88. Entretanto, em vez do Parlamento, as lutas de movimentos sociais, do movimento negro, ambientais, de grupos religiosos, entre outras questões,¹² vêm encontrando espaço para serem exercidos primordialmente no Judiciário – em face da garantia constitucional processual de acesso à justiça que viabiliza a busca perante este de qualquer pretensão. Ao mesmo tempo, coloca-se em discussão em qual medida esse exercício de questões de variado matiz, perante a jurisdição, teriam legitimidade em face do impacto que podem conduzir (HÄBERLE, 2011).

Se pesquisarmos o histórico recente das proposições legislativas que tramita(ram) no Congresso Nacional a respeito de direitos fundamentais, desde aquelas que efetivamente passaram pelas Comissões até aquelas que foram simplesmente “abortadas de início”, sem maiores discussões sobre seu mérito ou que foram arquivadas por falta de manifestação e compararmos estas proposições com os respectivos temas que têm sido levados aos tribunais, temas sobre os quais não há lei (ou esta está caduca), veremos que parte da litigância se dá em razão da *incapacidade do Legislativo em oferecer respostas a estas demandas*. Essa “inércia” legislativa foi um ponto sobre o qual vários Ministros do STF chamaram a atenção na decisão conjunta da ADPF n. 132 e ADI n. 4.277, ora em comento.¹³

Isso porque partidos políticos no Brasil, em geral, não “tomam partido” (nem a favor nem contra): quando se trata de temas fraturantes, simplesmente não decidem.¹⁴ Os partidos não têm “encampado” as reivindicações (pró e contra) por trás dessa demanda. Isso é algo extremamente preocupante, pois, após lutas históricas pela abertura democrática, para o pluralismo político e liberdade de ideias, quando finalmente há uma estrutura estatal a garantir tudo isso, percebe-se que o sistema político não tem servido como principal canal de formação da vontade do Estado,¹⁵ ao contrário, temas polêmicos – como os citados acima – ou não são levados ao Legislativo, ou, quando são, este não decide, sendo a questão levada ao Judiciário, que vem aplicando diretamente a Constituição.

É bom que fique claro, no entanto, que o uso do Judiciário dessa forma deve ser a última *ratio*, o último recurso e não, como por vezes se vê, a primeira/principal via de acesso de demandas público-políticas.¹⁶ Existe uma referência constante na literatura das benesses dessa estratégia, como nos emblemáticos precedentes implementados pela Corte presidida por Earl Warren, na Suprema Corte Norte-americana, com indicações de precedentes como o de 1954 e 1955, *Brown vs. Board of Education of Topeka*, no qual o aludido Tribunal declarou inconstitucional a segregação racial aos estudantes de escola pública. Como noticia Hershkoff ([s/d]), o precedente Brown “deu inspiração a uma geração de advogados que enxergavam o direito como uma fonte de libertação e transformação para grupos marginalizados”, ou seja, como dito, que enxergavam na via processual um mecanismo contramajoritário mediante o qual os grupos marginalizados e não detentores de espaço nas arenas políticas poderiam obter direitos não assegurados pela Administração Pública (ROSENFELD,

2000). No mesmo sentido, Aryeh Neier (1982, p. 9): “[s]ince the early 1950s, the courts have been the most accessible and, often, the most effective instrument of government for bringing about the changes in public policy sought by social protest movements”.

Importa termos presente um ponto geralmente desconsiderado: é que o uso do Judiciário pode ser uma faca de dois gumes, pode se dar tanto na busca por avanços no que toca aos direitos fundamentais como também pode ser utilizado por setores conservadores interessados justamente em barrar avanços democráticos – algo que Boaventura de Sousa Santos em texto recente chama de *contrarrevolução jurídica* (SANTOS, [s/d]), lembrando ações como as que visaram anular políticas de cotas para negros em universidades;¹⁷ ações contra demarcação de terras indígenas¹⁸ e quilombolas;¹⁹ criminalização do MST etc.

Outro ponto é que a colocação do Judiciário nessa posição de protagonismo o coloca como uma instância representativa não eleita, o que é problemático, como mostra Gisele Cittadino:

O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas (CITTADINO, 2003, p. 17) .²⁰

A primeira e *principal arena institucionalizada de discussão* (ainda) *é o Legislativo* e como tal deve ser resgatada/reconstruída uma teoria constitucionalmente adequada sobre esta função essencial em um Estado Democrático de Direito.

Alguns argumentam que a ausência de compromisso dos partidos em assumir posições firmes seria uma questão que poderia ser resolvida com a fixação de cotas nos partidos (e em seus candidatos) para negros, mulheres²¹ etc. Contudo, como mostra Young, a representação específica de grupos *que de outra forma não conseguiriam ser representados* não implica, necessariamente, a afirmação da “representação como identidade”, como “colocar-se por”. Fosse assim, continua, então em vez de eleições, melhor seria se criássemos metodologias de *amostragem aleatória* tendo por base atributos específicos. Para a autora, a solução do problema da representação está, aí sim, na tensão entre o que chama de “conexão e desconexão” (a democracia envolve uma relação de momentos alternados de proximidade e distância entre representantes e representados), além das questões referentes à “autorização” e à “prestação de contas” (YOUNG, 2006, p. 170 *et seq.*).

No que tange às reivindicações do movimento LGBT, a inércia legislativa é paradigmática. Há vários anos tramitam projetos de lei que visam reconhecer-lhes direitos; estes projetos, no entanto, vêm sendo sistematicamente arquivados ou estão

se *arrastando*. Essas discussões vêm, pelo menos, desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, na qual se discutiu a permanência ou não da expressão “orientação sexual” entre as formas de discriminação proibidas (do que viria a ser o inciso IV do art. 3º da Constituição).²² Sobre Projetos de Emenda à Constituição e Projetos de Lei, podem ser citados: a) PEC n. 139/95, n. 392/2005 e n. 66/2003, para (re)introduzir ao inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual;²³ b) PL n. 4.242/4, n. 3.770/2000, n. 5/2003 e 5.003/2001, tratavam, em termos gerais, da criminalização da homofobia, sendo, por isso, reunidos no atual PLC n. 122/2006;²⁴ c) destaque especial para o PL n. 1.151/95, cujo substitutivo visa regular a *parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo*.²⁵ A despeito da antiguidade deste (e de se encontrar ultrapassado e não mais expressar os anseios do movimento LGBT, em especial após a decisão do STF que reconheceu a aplicabilidade da união estável a casais homoafetivos), e de que “[n]os últimos 16 anos, foram apresentados mais de 20 projetos sobre gays; nenhum foi votado. Para o líder do PT na Câmara, Paulo Teixeira (SP), o Congresso ‘dormiu no ponto’ sobre um assunto de interesse nacional” (FOLHA DE S. PAULO, 2011). De outro lado, já há várias decisões judiciais que já há algum tempo reconhecem direitos aos homossexuais de forma pontual.²⁶ Boaventura de Sousa Santos já pontuava em 2007:

Muitas das decisões judiciais protagônicas acabam por consagrar princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do está estabelecido na lei ordinária. No caso brasileiro, um bom exemplo dessa intervenção judicial está na proteção jurídica alcançada por casais homoafetivos. Nesse caso, aplicando o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos companheiros homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutele seus interesses (SANTOS, 2007, p. 20).

O que o STF fez ao decidir aquelas ações foi nada mais do que contribuir para a construção de um edifício jurisprudencial que não começou com ele – nos termos que Dworkin propõe acerca da *interpretação construtiva*, usando a figura do “romance em cadeia” (DWORKIN, p. 287 *et seq.* e 2001 p. 221 *et seq.*).²⁷ Aquela decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo de Ministros em um certo período, é também *produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura)* àquela construção referida.

2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.

ACERTO DO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132 E DA ADI N. 4.277.

RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA CONJUGAL HOMOAFETIVA

Analisemos o tema, agora, sob o enfoque dos cânones da hermenêutica jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, nos dias 4 e 5 de maio de 2011, julgou procedente a ADPF n. 132 e a ADI n. 4.277 para aplicar *interpretação conforme à Constituição* ao disposto no art. 1.723 do CC/2002 “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.²⁸

Dessa forma, o STF reconheceu a união homoafetiva como *união estável*, pois se o disposto no art. 1.723 do CC/2002 não exclui o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e este dispositivo regulamenta a união estável, então este dispositivo não exclui o seu reconhecimento enquanto união estável, por interpretação extensiva ou analogia, até porque a ADPF n. 132 requereu expressamente que fosse julgado procedente o pedido para que “essa Eg. Corte declare que o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, às relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais aqui explicitados – igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica – seja pela aplicação analógica do art. 1.723 do Código Civil, interpretado conforme a Constituição”.

Perfeita a decisão do STF, amplamente justificada pela hermenêutica jurídica, tanto por seus enfoques clássicos quanto pela hermenêutica constitucional e pela hermenêutica filosófica de matriz gadameriana/heiddegeriana. Analisemos tal afirmação.

Para que se tenha uma compreensão hermeneuticamente adequada acerca do tema, é preciso compreender qual é o objeto de proteção do art. 226, § 3º, da CF/88, verificar se a união homoafetiva é abarcada pelo mesmo e, por fim, verificar se há alguma proibição normativa que impeça a exegese analógica/extensiva aqui defendida.

A primeira resposta é óbvia: a família conjugal.²⁹ A segunda resposta não é tão óbvia: o que forma a família conjugal? O que faz com que a união amorosa de duas pessoas seja reconhecida como uma *família* (conjugal) e não como mero namoro? É o *amor familiar*, ou seja, o amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura (VECCHIATTI, 2008, p. 196-211), pois o *intuito de constituir família* é o de partilhar referida comunhão plena de vida e interesses. Nesse sentido, considerando a ausência de proibição normativa ao reconhecimento da união estável homoafetiva por não existir nenhum texto normativo que diga ser ela proibida ou que é reconhecida a união estável “apenas/somente/unicamente” entre o homem e a mulher, tem-se aqui caracterizada verdadeira lacuna normativa no texto constitucional e no texto legal, donde cabível interpretação extensiva ou analogia³⁰ para o reconhecimento da união estável homoafetiva, por força do princípio da igualdade, ante a inexistência de motivação lógico-racional que justifique a negativa do regime jurídico da união estável a casais homoafetivos por conta unicamente da homogeneidade de sexos do casal em contraposição à diversidade de sexos de casais heteroafetivos: afinal, como bem dito pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, “o

fato de a Constituição proteger a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união estável entre pessoas do mesmo sexo”.³¹ Significa, tão somente, que a Constituição protege a união estável entre homem e mulher sem, todavia, proibir a união estável entre pessoas do mesmo sexo, o que traz a caracterização de lacuna normativa consoante lições de direito civil clássico: regulamentação de um fato + omissão normativa sobre outro = lacuna normativa, passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia. Essa foi, aliás, a linha argumentativa do Ministro Peluso em seu voto: lacuna normativa colmatável por analogia.³²

Aliás, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que um pedido é juridicamente possível quando não há texto normativo que o proíba; ou, sob outro ângulo, que um pedido só é juridicamente impossível quando ele é expressamente proibido pela legislação,³³ proibição esta que inexistente no que tange à união estável entre pessoas do mesmo sexo, consoante reconhecido pelo REsp n. 820.475/RJ e peremptoriamente afirmado pelo REsp n. 827.962/RS. Percebe-se, portanto, que ao menos no que tange à possibilidade jurídica do pedido, o STJ consagrou a máxima de Kelsen,³⁴ no sentido de que aquilo que não é expressamente proibido tem-se por juridicamente possível – lógica invocada pelo Ministro Ayres Britto ao afirmar a licitude das relações homoafetivas, ante a ausência de proibição normativa a estas por força da referida lógica kelseniana da norma geral negativa, consagrada pelo art. 5º, II, da CF/88,³⁵ para posteriormente afirmar que a proibição da discriminação das pessoas por sexo também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade, a significar que o uso homoafetivo da sexualidade não deve sofrer discriminações relativamente ao uso heteroafetivo desta, donde concluir igualdade das uniões homoafetivas relativamente às uniões heteroafetivas,³⁶ garantidora às primeiras do mesmo regime jurídico-protetivo destinado às segundas, por entender que a interpretação não reducionista da Constituição acerca do conceito de família enseja a compreensão em prol da “a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”,³⁷ tendo em vista que “não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos”,³⁸ pois “não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º”.³⁹

Quando não há proibição normativa, caracterizada está a lacuna na legislação, passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia. Logo, de todo descabida a invocação da expressão “entre o homem e a mulher” para se concluir que ela traria uma “proibição implícita” à união estável homoafetiva. Inaceitável a afirmação de que a Constituição teria permitido a união estável “apenas/somente/unicamente”

entre o homem e a mulher, pois este “apenas/somente/unicamente” não está escrito em texto normativo algum, sem falar na obviedade, segundo a qual nunca se afirmou que a expressão “o homem e a mulher” abarcaria a união entre pessoas do mesmo sexo, mas que ela não tem o condão de proibir o reconhecimento da união homoafetiva como união estável ante a lógica da lacuna normativa colmatável por interpretação extensiva ou analogia.

Anote-se, ainda, a pertinente observação do Ministro Ayres Britto, no sentido de que todos os parágrafos do art. 226 da Constituição Federal devem ser interpretados em consonância com este anímico e cultural conceito de família – uma complexa instituição social em sentido subjetivo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana.⁴⁰ Sendo que, mais uma vez, a Constituição “não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva”.⁴¹ Logo, reconhecida a união homoafetiva como uma família conjugal, como reconhecido pelo STF (como também destaca o voto do Ministro Fux),⁴² é evidente (e obrigatório) o reconhecimento da aplicabilidade do regime jurídico da união estável a casais homoafetivos, por interpretação extensiva ou analogia.

Assim, sendo a união homoafetiva uma família conjugal idêntica ou, no mínimo, análoga àquela formada pela união heteroafetiva e dada a ausência de uma motivação lógico-racional que justifique a discriminação da família conjugal homoafetiva relativamente à família conjugal heteroafetiva, afigura-se flagrantemente inconstitucional o não reconhecimento da união estável homoafetiva, por interpretação extensiva ou analogia.⁴³ Afinal:⁴⁴ (a) *capacidade procriativa* não é elemento diferenciador entre famílias conjugais, pois casais heteroafetivos estéreis, que não podem procriar, sempre foram reconhecidos pelo direito laico como entidades familiares;⁴⁵ (b) *fundamentações religiosas* são irrelevantes por força do princípio da laicidade estatal, que veda a consideração de argumentos religiosos pelo Direito, pois isso caracterizaria “aliança” com a religião em questão, algo vedado expressamente pelo art. 19, I, da CF/88, pois a invocação pelo Estado de uma argumentação religiosa para justificar uma decisão política ou jurídica implica, no mínimo, *aliança* com dita crença em seus pressupostos metafísico-teístas (e, dependendo do caso, mesmo “dependência”, também vedada pelo citado dispositivo constitucional); (c) *voluntarismo majoritário* também não pode ser invocado como fundamento para discriminar as uniões homoafetivas, por ser basilar na teoria constitucional que mesmo a maioria deve se submeter às normas constitucionais enquanto não alterá-las ou convocar nova constituinte para suprimi-las caso se trate de cláusula pétrea, bem como (por ser a ela basilar) que os direitos fundamentais têm a função de proteger as minorias dos desmandos despóticos da maioria, donde esta não pode negar direitos a uma minoria quando os garante a si (maioria), como bem ressaltado nos votos dos Ministros

Celso de Mello e Marco Aurélio no julgamento da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277, o primeiro destacando a proteção das minorias por intermédio dos direitos fundamentais contra voluntarismos majoritários como condição indispensável para o respeito a uma concepção material de democracia constitucional ante o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática que esta supõe. Mesmo porque, como bem decidido pela Suprema Corte dos EUA nos casos *Romer vs. Evans* e *Lawrence vs. Texas*, o mero moralismo majoritário não constitui uma base racional para justificar discriminações jurídicas, visto que a mera antipatia contra determinado grupo ou o mero desejo de prejudicá-lo não constitui fundamento lógico-racional que justifique o tratamento diferenciado, visto não estar relacionado com nenhum bem constitucionalmente reconhecido.⁴⁶

Não há nada, absolutamente nada, na hermenêutica jurídica que impeça tal conclusão. Com efeito:⁴⁷

- a) não há *limites semânticos no texto* do art. 226, § 3º, da CF/88 ou nos arts. 1.514 e 1.723 do CC/2002, visto que dizer que é reconhecida a união estável “entre o homem e a mulher” e que o casamento civil é o ato realizado “quando o homem e a mulher” comparecem perante o juiz de paz significa meramente a regulamentação do *fato heteroaferivo* (união entre homem e mulher) sem proibição do *fato homoaferivo* (união entre duas pessoas do mesmo sexo) para tais fins, visto que em direito das famílias somente os fatos citados pelos taxativos impedimentos matrimoniais podem ser tidos como “proibidos”. Assim, não há afronta à *interpretação literal* no reconhecimento da união estável homoaferiva, por interpretação extensiva ou analogia;
- a.1) sobre a *equidade*, adota-se a concepção que a entende como um critério de atenuação do rigor do texto da lei (DINIZ, 2005, p. 137; VENOSA, 2004, p. 51-53), o que compreendemos como a forma de, sem contrariar os limites semânticos do texto, permitir a “adequação da lei às novas circunstâncias” (DINIZ, 2005), o que se enquadra perfeitamente no presente caso, pois ante a ausência de limites semânticos do texto, tem-se que atenuar o rigor do texto normativo que prevê o casamento civil e a união estável entre o homem e a mulher para se entender que essa redação é meramente exemplificativa, a permitir o uso de interpretação extensiva ou analogia para estender tais regimes jurídicos às uniões homoaferivas, por força do princípio da isonomia, que veda discriminações arbitrárias como a que não estende tais regimes jurídicos às uniões homoaferivas,⁴⁸ arbitrariedade esta decorrente de as situações serem idênticas ou, no mínimo, análogas, na medida em que ambas formam uma família conjugal, que é o elemento valorativamente protegido pelos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável;

- b) ainda que nunca se tenha elucubrado profundamente sobre isso, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, o casamento civil e a união estável sempre visaram proteger a *família conjugal* – adotando-se aqui a corrente objetivista de interpretação, que não se aventura na impossível tarefa de descobrir a “vontade subjetiva do legislador” que, contudo, é irrelevante, pela norma jurídica se desprender de seus criadores quando aprovados, donde se o legislador não cunhou expressão expressamente restritiva, tem-se que inexistente proibição/restrrição no caso (STJ, REsp n. 820.475/RJ). Logo, não há afronta à *interpretação histórica* dos institutos do casamento civil e da união estável com sua aplicação às uniões homoafetivas, por interpretação extensiva ou analogia;
- c) justamente por ser a *família conjugal* o fato jurígeno protegido pelo regime jurídico da união estável (e, também, do casamento civil), formada que é pelo *amor familiar*, ou seja, do amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, a *interpretação teleológica* demanda por sua aplicação às uniões homoafetivas, por interpretação extensiva ou analogia, por serem elas pautadas justamente por este amor familiar justificador da proteção do direito das famílias à união heteroafetiva;
- d) uma interpretação restritiva/discriminatória dos textos normativos relativos ao casamento civil e à união estável afronta o *princípio da isonomia*, visto que perpetrar uma discriminação arbitrária, por não ser pautada por uma fundamentação lógico-racional que lhe justifique com base no critério diferenciador erigido (visto que capacidade procriativa não é requisito a tais regimes jurídicos, por não serem proibidos a heterossexuais e casais heteroafetivos estéreis, assim como por serem casais homoafetivos tão dignos quanto os heteroafetivos, configurando puro preconceito segregacionista posicionamento em sentido contrário), assim como afronta o *princípio da dignidade da pessoa humana* por menosprezar os cidadãos homoafetivos ao declarar que eles não seriam dignos dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável, instrumentalizando a pessoa humana em prol de um ideal heterossexista de sociedade (que só aceita a união heteroafetiva como “válida” e “digna” de regulamentação jurídica mesmo sem texto normativo que consagre tal discriminação – e que seria inconstitucional se existisse), donde a *interpretação sistemática* demanda pelo reconhecimento do casamento civil e da união estável a casais homoafetivos por interpretação extensiva ou analogia.

A decisão do STF justifica-se, ainda, pela simples aplicação da chamada *hermenêutica constitucional*, em uma interpretação objetiva dos textos normativos constitucionais ao caso, por intermédio dos princípios instrumentais⁴⁹ da *unidade*, da *máxima efetividade*

e da *concordância prática* das normas constitucionais para, uma vez entendido qual o conceito material de família conjugal, colmate lacunas normativas para reconhecer como entidade familiar (e, no caso, união estável) a união pautada por este critério material de formação da família conjugal – como a união homoafetiva. Ditos princípios instrumentais de interpretação constitucional exigem a exegese que reconheça a união estável homoafetiva por interpretação extensiva ou analogia. Afinal, na lição de Canotilho: (i) a *unidade da Constituição* significa que esta deve ser interpretada como um todo harmônico, de sorte a evitar contradições (antinomias/antagonismos) entre suas normas, obrigando o intérprete a considerar a Constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (CANOTILHO, 2003a, p. 1223), o que não acontece quando se ignora a isonomia, a dignidade humana e a proporcionalidade na interpretação do art. 226, § 3º, da CF/88 (que restam afrontadas pelo não reconhecimento da união estável homoafetiva ante a ausência de proibição constitucional à união estável homoafetiva, pela arbitrariedade desta exegese discriminatória e a ausência de qualquer outro valor constitucional protegido por tal discriminação); (ii) a *máxima efetividade das normas constitucionais* é autoexplicativa, o que significa que se deve atribuir o sentido que dê a maior eficácia possível às normas constitucionais, especialmente no tocante aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003a, p. 1223) – o que não acontece quando não se reconhece a união estável homoafetiva, por se restringir desnecessariamente a união estável apenas a casais heteroafetivos, quando se pode reconhecê-la também a casais homoafetivos por identidade de razão (proteção da família conjugal); (iii) a *concordância prática* impõe a compatibilização e a combinação dos bens constitucionais em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros, mediante limites e condicionamentos recíprocos oriundos da noção do igual valor de ditos bens constitucionais (CANOTILHO, 2003a, p. 1223), o que não acontece quando se faz uma tal interpretação restritiva/discriminatória do texto normativo da união estável, na medida em que dita restrição afronta os princípios da isonomia e da dignidade humana, donde ausente concordância prática nesta hipótese. Assim, os princípios de interpretação constitucional demandam pelo reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva,⁵⁰ por interpretação extensiva ou analogia.⁵¹

Relativamente à *hermenêutica jurídico-filosófica*, após a leitura das obras de STRECK (2009a, 2009b e 2002, p. 169-224), apreendemos o seguinte *método hermenêutico-filosófico de interpretação jurídica*, amplamente fundamentado nas obras de Gadamer e Heidegger, caracterizador do chamado *círculo hermenêutico* que enseja a *fusão de horizontes*⁵² entre as pré-compreensões do intérprete e aquelas do texto/fenômeno analisado: *interpreta-se porque se compreende*,⁵³ *compreende-se por conta da pré-compreensão*⁵⁴, *pré-compreensão*⁵⁵ *esta decorrente da tradição social*,⁵⁶ *tradição esta que, portanto, define o conteúdo da compreensão*⁵⁷ *e, portanto, da interpretação*,⁵⁸ *sendo que a tradição pode ser superada caso não resista à análise da razão crítica*⁵⁹ (caso no qual será tida como tradição ilegítima).⁶⁰⁻⁶¹

Nesse sentido, considerando a inexistência de texto normativo (expresso) que proíba o reconhecimento do casamento civil e da união estável a casais homoafetivos, tal ausência nos faz reconhecer que *é ilegítima a tradição social* que interpreta restritivamente/discriminatória o art. 226, § 3º, da CF/88 e os arts. 1.514 e 1.723 do CC/2002 para não reconhecer tais regimes jurídicos a casais homoafetivos, visto que a *razão crítica* demonstra que a união homoafetiva se enquadra no mesmo elemento valorativamente protegido pelos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável que justificam a proteção do *fato heteroafetivo*, citado na literalidade normativa dos dispositivos legais e constitucionais respectivos: a *família conjugal*, o que ocorre justamente pela *situação de estranhamento* oriunda de tratamento desigual a situações idênticas ou, no mínimo, análogas, a saber, o *fato homoafetivo* (união homoafetiva) relativamente ao *fato heteroafetivo* (união heteroafetiva), donde cabível interpretação extensiva ou analogia para reconhecimento do casamento civil e da união estável entre casais homoafetivos. *A questão se resume no fato de que não há nada no texto normativo do art. 226, § 3º, da CF/88 que impossibilite a aplicação da interpretação extensiva ou da analogia para reconhecer a possibilidade jurídica do casamento civil e da união estável a casais homoafetivos.*

Ainda sobre a hermenêutica filosófica, é perfeitamente aplicável aqui a lição de Konrad Hesse no sentido de que “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”, *razão pela qual* “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição” (HE SSE, 1991, p. 22-23). Claro, Hesse fala a seguir que o sentido da proposição jurídica estabelece o limite de qualquer mutação normativa, o que significa, como diz Gadamer, que não está autorizado o intérprete a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”.⁶² Contudo, a lição de Hesse é aplicável na medida em que dizer que é reconhecida a união estável *entre* o homem e a mulher é diferente de dizer que ela é reconhecida *apenas* entre o homem e a mulher – o *apenas* só é lido por quem entende que a união homoafetiva não configura(ria) (materialmente) uma união estável, donde não há nada que o texto “diga” que impeça o reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva por interpretação extensiva ou analogia. Eis a questão: a *união estável* é um conceito jurídico indeterminado (assim como é a *família*, do *caput* do art. 226 da CF/88), sendo que dizer que a expressão *entre o homem e a mulher* impossibilitaria por si, por esta mera literalidade normativa, o reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento civil e da união estável entre casais homoafetivos significa adotar (ainda que apenas neste caso) um puro *legalismo acrítico*, ou seja, aquele que só reconhece como juridicamente possível aquilo que está expressamente previsto na legislação; na linguagem de Heidegger e Gadamer,⁶³ significa deixar de compreender a união estável e o casamento civil em seu *ser-no-mundo* por conta da mera literalidade normativa do texto legal e constitucional, ignorando a lição basilar da hermenêutica filosófica de que

todo *ser* é o *ser* de um *ente* (STRECK, 2002, p. 214) por se deixar de interrogar os *entes* da união estável e do casamento civil em seu *ser* (STRECK, 2002, p. 214) no contexto do mundo contemporâneo (que abarca da união homoafetiva) para compreendê-los enquanto *entes* abstratos e imutáveis que arbitrariamente se limitariam à união entre homem e mulher, em clara contradição com os pressupostos da hermenêutica filosófica aqui enfocada; significa *entificar* o *ser* a união estável e o casamento civil dentro da união entre o homem e a mulher por mais que o *ser-no-mundo* de união estável e casamento civil do mundo contemporâneo demandem a inclusão da união homoafetiva em seus âmbitos de proteção ante a ausência de proibição normativa que isso impeça.

Em outras palavras, como o conceito de união estável e de casamento civil não estão ligados indissociavelmente à diversidade de sexos pelo texto constitucional e pelo texto legal (o que ocorreria se estivesse escrito nos textos normativos que tais regimes jurídicos são reconhecidos *apenas* entre o homem e a mulher), não há afronta ao *conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico*⁶⁴ da união estável e do casamento civil, donde não parece que haja algo que o texto *diga* que impossibilite o intérprete de adotar a tese aqui defendida, donde não há *discricionariedade/decisionismo* nesta conclusão. Afinal, a *união estável enquanto entidade familiar* e o *casamento civil enquanto entidade familiar*, em seu *sentido estrutural mínimo*, são caracterizados pela a união pautada pelo amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura.

Logo, sendo interpretação extensiva e analogia decorrências da isonomia,⁶⁵ para garantia do mesmo tratamento jurídico aos iguais (interpretação extensiva) ou fundamentalmente iguais (analogia), então a partir do momento em que se constata que a união homoafetiva se enquadra no âmbito de proteção dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável por se caracterizar como uma *família conjugal*, tem-se que a extensão de tais regimes jurídicos a elas configura imposição constitucional decorrente da isonomia.⁶⁶

Assim, como bem dito no paradigmático julgado do Superior Tribunal de Justiça no *REsp* n. 1.026.981/RJ, “O *manejo da analogia* frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da *igualdade jurídica*, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo”, razão pela qual afirmou-se neste julgado que “é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas” através de “*ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia*” (*DJe* de 23/02/2010 – grifos nossos). No mesmo sentido: *REsp* n. 820.475/RJ, *DJe* de 06/10/2008, *REsp* n. 1.199.667/MT, *DJe* de 04/08/2011, *REsp* n. 827.962/RS, *DJe* de 08/08/2011, *REsp* n. 1.085.646/MT, *DJe* de 26/09/2011, *REsp* n. 930.460/PR, *DJe* de 03/10/2011 e *REsp* n. 932.653/RS, *DJe* de 03/11/2011.

Dessa forma, afigura-se possível juridicamente a união estável homoafetiva e, pelo mesmo motivo, o casamento civil homoafetivo por força da interpretação extensiva ou da analogia, como decorrência da isonomia e da dignidade da pessoa humana constitucionalmente consagradas, donde correta a decisão do STF no julgamento da ADPF n. 132 e na ADI n. 4.277.

Sobre o tema do casamento civil, não podemos deixar de mencionar a recente decisão⁶⁷ do Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo (CSM/TJSP), o qual reconheceu que a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil é obrigatória (quando o casal o solicitar), por força do efeito vinculante da decisão do STF no citado julgamento da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277. Afirmou o CSM/TJSP, com absoluto acerto, que a parte dispositiva da decisão do STF afirmou que o reconhecimento da união estável homoafetiva é um “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, donde, sendo a conversão em casamento civil uma das *consequências* da união estável, então o efeito vinculante da decisão do STF torna *obrigatório* o reconhecimento do direito de casais homoafetivos converterem suas uniões estáveis em casamentos civis. Embora a decisão tenha se focado na questão da conversão em casamento civil e não do direito ao casamento civil *direto*, sem prévia união estável, o relator informou⁶⁸ na sessão de julgamento que transcreve em seu voto a ementa do histórico julgamento do STJ no REsp n. 1.183.378/RS, no qual esta Corte reconheceu o direito de um casal homoafetivo ao casamento civil *direto*, sendo que o recurso foi conhecido e provido por afronta ao art. 1.521 do CC/2002, o artigo dos impedimentos matrimoniais, no sentido de que a ausência de proibição (expressa) ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo o torna juridicamente permitido, pelo caráter taxativo dos impedimentos matrimoniais (entre outros relevantíssimos fundamentos, inclusive constitucionais, consoante o voto do relator, Ministro Salomão). Assim, entendemos que a decisão também se fundamenta na ausência de proibição legal ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e, portanto, na sua possibilidade independentemente da decisão do STF, já que esta foi a linha seguida na ementa e no voto do relator do citado julgado do STJ. Afinal, sendo a família conjugal o elemento valorativamente protegido pelo regime jurídico do casamento civil, tem-se que a família conjugal homoafetiva tem direito a este, por interpretação extensiva (por ser idêntica à família conjugal heteroafetiva) ou, no mínimo, por analogia (porque, ainda que equivocadamente se considere que haveria alguma “diferença” por termos duas pessoas do mesmo sexo em um caso e duas pessoas de sexos opostos em outro, elas são *idênticas no essencial*, que é o fato de formarem uma família conjugal). Até porque, como bem dito pelo Ministro Salomão no citado REsp n. 1.183.378/RS, sendo o casamento civil o regime jurídico por excelência para garantir a *especial proteção* devida pelo Estado às famílias conjugais, consoante determinado pelo art. 226 da CF/88, isso significa que

ele é destinado também à família conjugal homoafetiva, pois o casamento civil não é um fim em si mesmo, mas um meio para garantir a referida proteção integral do Estado às famílias conjugais

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento constitucional da união estável a casais homoafetivos é uma exigência de integridade no Direito (Dworkin). Trata-se de uma interpretação consistente dos princípios da liberdade e da igualdade, compreendidos como direitos à autonomia moral e ao igual respeito e consideração. É fruto de interpretação construtiva dos próprios direitos fundamentais previstos pela Constituição da República. O STF possui competência para tratar da garantia de direitos, construindo o sentido da liberdade e da igualdade, como questão constitucional fundamental, que não se encontra à disposição de maiorias políticas conjunturais. O processo jurisdicional no Estado Democrático de Direito também é espaço de luta ético-política, constitucional, por reconhecimento de novos sujeitos e direitos, em que se busca construir e desdobrar permanentemente o sentido normativo de princípios e de direitos constitucionais – especialmente quando a arena formal de deliberação e decisão política se recusa a fazê-lo.

O STF, no exercício da jurisdição em questões constitucionais, especialmente no caso de controle de constitucionalidade e de garantia de direitos, tem o papel de *retroalimentar* o debate público, dando legitimidade e voz a novos atores sociais e políticos, no sentido, inclusive, da igualdade de participação política. Reconhecer constitucionalmente a união estável entre pessoas do mesmo sexo é *titularizar* politicamente a eles, reconhecendo a esta minoria cidadania plena e direito de participação em igualdade do debate público relativamente ao direito das famílias. Vemos nesse reconhecimento algo que vai além da autonomia privada. O que em termos institucionais significa, no mínimo, que a legislação somente desenvolverá de modo consistente o sistema de direitos fundamentais reconhecendo esses atores como sujeitos, como cidadãos. Esse, aliás, é o sentido da garantia do devido processo legislativo, da garantia das condições institucionais para uma política deliberativa plural e democrática: direitos fundamentais, enquanto condições de possibilidade da própria democracia, não estão à disposição da vontade majoritária.

Não há limites semânticos no texto do art. 226, § 3º, da CF/88 e do art. 1.723 do CC/2002 que impeçam o reconhecimento da união estável homoafetiva, por interpretação extensiva ou analogia, ante a melhor doutrina e jurisprudência afirmarem que só há impossibilidade jurídica do pedido (e, portanto, impossibilidade de superação da literalidade normativa) quando haja palavras que expressamente proibam ou restrinjam o regime jurídico “apenas/unicamente” à hipótese descrita na *letra fria da lei*, donde não há nada que o texto nos diga que impeça a exegese constitucional inclusiva da união homoafetiva nos conceitos de casamento civil e da união estável

a despeito da lacuna normativa acerca do tema. Assim, por inexistirem tais limites semânticos, é válido o uso de interpretação extensiva ou de analogia para se estender o regime jurídico da união estável a casais homoafetivos, ante estes formarem uma *família conjugal*, que é o elemento valorativamente protegido pelos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável, donde são situações idênticas (interpretação extensiva) ou, no mínimo, idênticas no essencial (analogia) à união heteroafetiva protegida por tais regimes jurídicos, sendo que esta conclusão é reforçada pela interpretação sistemático-teleológica do art. 226, § 3º, da CF/88 com os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, os quais demandam pelo reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva por intermédio desta exegese constitucional inclusiva. Como se vê, tanto lições de direito civil clássico (lógica da lacuna normativa colmatável por interpretação extensiva ou analogia) quanto a hermenêutica filosófica e a hermenêutica constitucional exigem a conclusão aqui defendida.

: ARTIGO APROVADO [15/05/2013] : RECEBIDO EM 16/07/2012

NOTAS

1 Essa leitura pode ser encaixada no que Daniel Sarmento chama de “constitucionalismo brasileiro da efetividade” (SARMENTO, 2009).

2 Desde a década de 1990, centenas de leis vêm, uma após outra, alterando os Códigos de Processo Penal e Civil. Alguns dispositivos já foram alterados várias vezes, como é o caso dos que tratam do recurso de agravo (Lei n. 9.139/95, Lei n. 10.352/2001 e Lei n. 11.187/2005). O novo Código de Processo Civil foi elaborado em tempo recorde (algo em torno de seis meses) e aprovado também em tempo recorde no Senado (em um prazo semelhante) e agora se encontra na Câmara, sob pressão para “celeridade” em sua aprovação.

3 Sobre o “aspecto contramajoritário dos direitos fundamentais”, cf. CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 100.

4 Nesse sentido, HÄBERLE (2011): “Hoje eu defendo a seguinte opinião: a jurisdição constitucional é um instrumento sutil, detalhado e refinado da democratização de uma sociedade, desde que ela se comprometa com a tutela dos interesses da minoria”. Ver também MELO (2007, p. 12).

5 Cf. também FARIA (1978, p. 107) e VIEIRA (1997, p. 221-222).

6 No sentido trabalhado por STRECK (2011, p. 230); ou, dito de outra forma, os princípios jurídicos devem possuir “estofamento normativo”, decorrente não apenas de uma positividade na Constituição, mas também porque expressam direitos fundamentais como conquistas históricas do constitucionalismo.

7 “12. [...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. [...] Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem

de todos' (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). 13. 'Bem de todos', portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, 'bem de todos' enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade." (trecho do voto do Ministro Relator, no julgamento da ADPF n. 132/ADI n. 4.277)

8 “[L]os actores se multiplican a la vez que se debilitan y esto afecta la representación política de los intereses sociales pues, cuanto más se debilitan los actores sociales, más difícil es su representación. Así, existe una distancia creciente entre la política (instituciones, partidos, etc.) y la sociedad.” (CALDERÓN, 2011, p. 12). Em sentido semelhante, para Young grupos marginalizados devem ter representação especial em razão da contribuição que isso pode gerar à democratização do debate (pois que eles podem trazer novas compreensões e novas soluções para os mesmos problemas) e a criação de maior engajamento político daqueles. Ao contrário, quando isso não ocorre, quando há uma história de exclusão e marginalização destes à influência política, a minoria tende a se “desafieçoar” da política. Ao mesmo tempo, se outros grupos colonizam as discussões, suas ideias acabam por *definir as prioridades*, além de serem supostas como *neutras e universais* (YOUNG, 2006, p. 174).

9 Habermas (1998, p. 247) mostra que, se a regra da maioria é um componente da democracia, de outro lado, o “jogo” democrático deve ser tal que possibilite a “resgatabilidade” dos argumentos (da minoria) descartados no momento da decisão: “La *regla de la mayoría* conforme a la que, en los tribunales de justicia de composición colegial, en los Parlamentos o en los órganos concernientes a autoadministración [...] mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría solo representa una cesura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión”. A necessidade da decisão, no entanto, não elimina (mas, em vez disso, pressupõe) que a minoria “tenga la oportunidad de conseguir en el futuro la mayoría con mejores argumentos y de poder revisar así la decisión tomada” (HABERMAS, 1998, p. 248). Ver também HÄBERLE (2011).

10 Como defende DWORKIN (2001, p. 107 *et seq.*), isto é, direitos fundamentais são “trunfos” de que cidadãos (e minorias) podem se valer, contra argumentos como “prevalência do bem público” ou “vontade da maioria.

11 E, noutro texto, completa: “Sempre que se buscou na história constitucional instaurar um deles em detrimento do outro, resultaram apenas simulacros, ou uma ditadura travestida de democracia ou um arremedo de Constituição que, ao invés de garantir a formação e a manifestação institucional da opinião e vontade públicas, as viola e a elas se opõe, transformando o texto constitucional em mera letra morta e dando azo a graves processos de anomia” (CARVALHO NETTO, 2003b, p. 82).

12 Como o aborto, da forma como a questão foi levada e decidida pela Corte Constitucional da Colômbia em 2006, ao “despentalizar” a prática em três situações: estupro, má-formação grave do feto ou em caso de risco de morte à mãe. Ver: SIERRA; SIERRA (2008). No Brasil, de um lado, decisão favorável ao aborto de feto anencefálico (ADPF n. 54); de outro, o PL. n. 1.135/91, pretendendo a abolição criminal do aborto (em geral), foi rejeitado após mais de 17 anos de tramitação (nos quais ele foi arquivado e desarquivado mais de uma vez) e, junto com ele, outros tratando de matéria semelhante.

13 O STF voltou a discorrer sobre o tema ao decidir o Mandado de Injunção n. 1.967, em que um servidor público requeria o gozo de um direito previsto na Constituição, mas que estava obstado pela inércia da Administração Pública em enviar o respectivo Projeto de Lei ao Congresso Nacional, como se lê, *in verbis*: “Mandado de Injunção. Servidor público *portador de deficiência*. Direito público subjetivo à aposentadoria especial (CF, art. 40, § 4º, i). *injusta frustração* desse direito em decorrência de *inconstitucional, prolongada e lesiva* omissão imputável a órgãos estatais da união federal. Correlação entre a *imposição constitucional de legislar e o reconhecimento do direito subjetivo à legislação*. Descumprimento de *imposição constitucional legiferante e desvalorização funcional* da Constituição escrita. a inércia do Poder Público como elemento revelador do desrespeito estatal ao dever de legislar imposto pela Constituição. *Omissões normativas inconstitucionais*: uma prática governamental *que só faz revelar* o desprezo das instituições oficiais *pela autoridade suprema* Da Lei Fundamental do Estado. a colmatação jurisdicional de omissões inconstitucionais: um gesto de fidelidade à *supremacia hierárquico-normativa* da Constituição da República [...]” (MI n. 1.967, STF, Rel. Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, j. 24/05/2011, grifos no original).

14 Como já fizemos menção em outra oportunidade, o “paralelo com o sistema português é muito significativo nesse sentido. De fato, podemos citar como exemplo a forma como foram tratadas duas questões extremamente

polêmicas: o aborto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nas eleições parlamentares da legislatura anterior à atual o Partido Socialista de José Sócrates havia colocado como plataforma de atuação a apresentação de projeto que permitisse o aborto. Vencedores na eleição convocaram um plebiscito para fevereiro de 2007, que por maioria (59,25% dos votantes) aprovou a despenalização do aborto, em seguida o projeto foi posto, discutido e aprovado em abril daquele ano (sobre o aborto em Portugal, cf. <<http://www.aborto.com>>). Ao final da legislatura o Partido Socialista aprovou na Convenção, entre as propostas para as eleições que viriam a aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vencedor nas eleições, o Partido logo enviou projeto à Assembleia, que o aprovou “na generalidade” em janeiro de 2010 e definitivamente no mês seguinte (sobre o histórico da tramitação deste projeto ver <<http://casamentocivil.org>>)” (BAHIA; NUNES, 2010a, p. 60). Em sentido semelhante BARROSO (2011a). Não nos esqueçamos que os partidos no Brasil carecem de grandes fundamentos ideológicos, existindo alguns que nada mais são do que “siglas de aluguel”. A isso se some um sistema republicano-presidencialista de coalisão, no qual as bases não são formadas antes das eleições (ou não se sustentam pós-eleições), de forma que o Executivo tem de, todo o tempo, “costurar” alianças em troca de cargos e outros favores políticos com os partidos – estes, por outro lado, por não terem programas que definam sua atuação, permanecem na condição de possíveis parceiros a serem “comprados” pelo Executivo (cf. MELO, 2007, p. 16).

15 “Ocurre que, ante las dificultades de estos últimos actores para adaptarse a los veloces ritmos de la sociedad del conocimiento y dada su lentitud para responder a las nuevas demandas y dinámicas sociopolíticas en una sociedad cada vez más compleja, se ha producido un desplazamiento del lugar central que solían ocupar. Desplazamiento por otro lado comprensible ya que las sociedades se han diferenciado y complejizado a tal punto que actualmente parece imposible encontrar un centro que las reúna” (CALDERÓN, 2011, p. 3-4). Este “deslocamento” a que se refere o autor pode até ser algo esperado, mas, certamente, não é algo desejado.

16 Nesse sentido a entrevista que HÄRBELE (2011) concedeu: “Eu acompanho essa democratização [da jurisdição do STF sobre temas constitucionais] com grande entusiasmo e acompanho com igual entusiasmo a tendência de dar publicidade às sessões do STF. Mas tal orientação pode envolver também riscos e perigos. O legislador parlamentar é dotado de legitimação democrática direta, uma vez que é eleito pelo povo, ao passo que os juízes do STF têm legitimidade apenas indireta e mediada. [...] Os jovens tribunais constitucionais precisam investir esforços para criar uma sociedade civil. Vemos quanto difícil seria, vemos o quanto difícil é implementar essa tarefa na Líbia, por exemplo, e o quanto difícil é desenvolver nesses países uma sociedade civil”. Ver também STRECK (2009c).

17 Como a ADPF n. 186, proposta pelo partido DEM contra cotas para negros na UnB.

18 Como na polêmica que envolve a demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol (RTJ 212/49).

19 Como a ADI n. 3.239, proposta pelo partido DEM contra decreto que demarcou terras de remanescentes quilombolas.

20 Cf. também BARROSO (2011a, p. 290) e CANOTILHO (2003b, p. 26).

21 No Brasil, a Lei n. 9.504/97, no art. 10 prevê que: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”. Lei esta que não tem sido observada pelos partidos. Sobre a participação da mulher na política e sobre proposições legislativas para mulheres ver estudo publicado pelo Senado (BRASIL, 2004).

22 Vale a pena conhecer os debates havidos na constituinte sobre o tema, já que misturam questões jurídicas a questões morais, religiosas e argumentos carregados de preconceito e desconhecimento do tema. Cf. BAHIA (2010b).

23 A primeira foi arquivada. Quanto às outras duas, de 2005 a 2007 não sofreram nenhuma votação, quando, então, foram arquivadas. Desarquivadas ainda em 2007, não tiveram qualquer movimentação de 2007 a 2011, quando foram novamente arquivadas. Então, o Deputado Paulo Pimenta conseguiu desarquivá-las em fevereiro de 2011 no entanto, ainda não houve aprovação/rejeição.

24 Foi aprovado na Câmara, mas ainda não conseguiu aprovação no Senado, sendo objeto de fortíssima oposição por grupos religiosos representados pela “bancada evangélica” (BAHIA, 2010b, p. 97-98).

25 Em 1996, uma Comissão Especial deu parecer favorável ao Projeto. Daí ele passou por várias sessões do Plenário sem que fosse apreciado até que foi retirado de pauta por acordo dos líderes em 2001. Em 2007, foi pedido seu desarquivamento e, de lá até o momento, nenhuma apreciação houve do projeto.

26 E também ações da Administração Pública, tanto na criação de Secretarias e Conselhos, mas também na concessão de direitos previdenciários e referentes a declarações de Imposto de Renda etc. (BAHIA, 2010b, p. 95 *et seq.*).

27 Falando sobre os avanços do constitucionalismo americano que passaram pela Suprema Corte, Dworkin em outro texto ainda enfatiza que a interpretação construtiva é uma práxis que já começa pela leitura que os Ministros da Suprema Corte fazem da Constituição, uma vez que muito do que é a parte mais importante desta “are drafted in abstract language; [logo] justices must interpret those clauses by trying to find principles of political morality that explain and justify the text and the past history of its application” (DWORKIN, 2011).

28 Cf. voto do relator, Ministro Ayres Britto, p. 32 do acórdão.

29 Segundo o relator, em sua análise de todo o capítulo constitucional destinado à família, “a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)”, afirmando ainda que em todos os dispositivos constitucionais que fazem menção à família “permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade uma necessária relação tricotômica” (p. 20-21).

30 Considerando que a interpretação extensiva e a analogia são técnicas de interpretação jurídica que visam colmatar lacunas na legislação, deve-se fazer uma análise para se saber se a situação não citada pelo texto normativo é idêntica ou idêntica no essencial àquela citada pelo texto normativo, de forma que, se a resposta for positiva, estender o regime jurídico da situação expressamente citada àquela que não o foi pela interpretação extensiva ou pela analogia, respectivamente. Ou seja, se as situações forem idênticas, aplicar-se-á a interpretação extensiva; se as situações forem distintas, mas tiverem o mesmo elemento essencial, aplicar-se-á a analogia. Em ambos os casos, o resultado será o mesmo: a extensão do regime jurídico da situação expressamente citada à situação não citada pelo texto normativo.

31 O acórdão possui tanto a leitura de voto quanto o voto escrito do Ministro Gilmar Mendes. Na leitura do voto, o trecho encontra-se na página 11. Na íntegra do voto (mais longa), encontra-se na página 44. Para o relator, Ministro Ayres Britto, “que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de n. 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz” (voto do relator, p. 29).

32 Voto do Ministro Peluso, p. 2-3.

33 Cf., *v.g.*, STJ, REsp n. 827.962/RS, DJe de 08/08/2011; MS n. 14.050/DF, DJe de 21/05/2010; REsp n. 782.601/RS, DJe de 15/12/2009; AR n. 3.387/RS, DJe de 01/03/2010; AgRg no REsp n. 853.234/RJ, DJe de 19/12/2008; REsp n. 820.475/RJ, DJe de 06/10/2008; AgRg no REsp n. 863.073/RS, DJe de 24/03/2008; REsp n. 797.387/MG, DJ de 16/08/2007, p. 289; MS n. 11.513/DF, DJ de 07/05/2007, p. 274; RMS n. 13.684/DF, DJ de 25/02/2002, p. 406; REsp n. 220.983/SP, DJ de 25/09/2000, p. 72.

34 A qual, como visto, define que *o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido*, cf. Kelsen (2007, p. 46-48 e 270).

35 Voto do relator, p. 10-11 e 15.

36 Voto do relator, p. 16-17.

37 Voto do relator, p. 25.

38 Loc. cit.

39 Voto do relator, p. 16-17.

40 Voto do relator, p. 21.

41 Voto do relator, p. 24.

42 Para o Ministro Fux: “O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro *amor familiar*, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a *comunhão*, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a *identidade*, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional” para concluir que a união homoafetiva se enquadra neste conceito ontológico de família da mesma forma que a união heteroafetiva (voto do Ministro Fux, p. 13-14 – grifos do original).

43 No mesmo sentido, o voto do Ministro Luiz Fux na ADPF n. 132 e na ADI n. 4.277, p. 14, 15 e 17.

44 Os argumentos deste parágrafo já foram desenvolvidos em VECCHIATTI (2011a).

45 Em sentido semelhante a crítica de MOREIRA (2010, p. 47): “Papéis sexuais tradicionais têm sido gradualmente abandonados e o matrimônio passou a ser caracterizado como um projeto de realização pessoal que não inclui a procriação como um elemento necessário para o alcance desse ideal. Configurações alternativas têm sido amplamente reconhecidas pelo sistema jurídico, o que torna a afirmação de que a reprodução é o objetivo principal da união estável ainda mais controversa”.

46 Analisamos estes julgados da Suprema Corte estadunidense em nossa dissertação de mestrado (VECCHIATTI, 2010a).

47 Já desenvolvemos tais argumentos hermenêuticos em VECCHIATTI (2011b).

48 Restam refutadas as justificações usualmente trazidas pela doutrina ao reconhecimento do *status* jurídico-familiar das uniões homoafetivas em VECCHIATTI (2008, p. 385-462).

49 A terminologia “princípios instrumentais” é de BARROSO; BARCELLOS (2006, p. 361), segundo os quais o termo *princípio* é aqui usado por sua proeminência e precedência de seus mandamentos dirigidos ao intérprete, servindo os *princípios instrumentais* como premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta.

50 Nesse sentido, *vide* BARROSO (2011b). No parecer monográfico sobre o tema, o constitucionalista demonstrou categoricamente como restam afrontados os princípios da isonomia, da liberdade pessoal, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica quando se interpreta o art. 226, § 3º, da CF/88 de forma proibitiva da união estável homoafetiva, concluindo no sentido da possibilidade jurídica do reconhecimento da união estável homoafetiva, (i) pelo fato do texto normativo da união estável ser uma *norma de inclusão*, criada com o intuito de se acabar com a discriminação antes ocorrida em relação às uniões extramatrimoniais, donde uma norma de inclusão não pode ser interpretada de forma discriminatória, sob pena de se contrariar os princípios constitucionais e os fins que a justificaram, além do que os citados princípios impõem o reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva; ou, não aceita esta tese e admitindo-se a existência de lacuna no referido texto normativo, entende (ii) pelo inequívoco cabimento da analogia, visto que presentes na união homoafetiva os mesmos elementos essenciais configuradores da união estável, a saber a convivência pacífica e duradoura, caracterizada pela afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática, com o intuito de constituir família.

51 O tema deste parágrafo já foi desenvolvido em VECCHIATTI (2010b, p. 80-81).

52 Cf. GADAMER (2005, p. 356).

53 Cf. MELLO (2006, p. 119-120) e GADAMER (2005, p. 406-407).

54 Sobre o ponto, STRECK (2002 p. 169) é peremptório: “para interpretar, precisamos compreender. Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão”. No mesmo sentido: GADAMER (2005, p. 389-391) e STRECK (2002, p. 169-170).

55 Cf. GADAMER (2005, p. 368), para quem “o termo ‘preconceito’ não significa [aqui] falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente, afirmando que é só a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal), que confere ao juízo sua dignidade” (*idem*, p. 360-361). Para a explicação do autor sobre os motivos do descrédito sofrido pelo preconceito pela visão iluminista, *vide* GADAMER (*idem*, p. 361-368).

56 Cf. GADAMER (2005, p 371-372), o qual, a nosso ver, afirma essa autoridade da tradição na interpretação em razão de a tradição ter alcançado essa autoridade por força dos costumes sociais respectivos.

57 Cf. GADAMER (2005, p. 404).

58 Cf. GADAMER (2005, p. 385, 395-401 e 403).

59 Cf. GADAMER (2005, p. 356). Tal *necessidade de superar a interpretação oriunda da tradição quando a razão crítica demonstra sua arbitrariedade* decorre da necessidade do que Gadamer designa como *consciência histórico-hermenêutica*, pois “Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas. É isso o que Heidegger quer dizer quando exige que se ‘assegure’ o tema científico na elaboração de posição prévia, visão prévia e concepção prévia, a partir das coisas, elas mesmas”, donde “A questão, portanto, não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado de tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão” (*idem*, p. 359). Nesse sentido, afirma Gadamer que “entre a tradição e a razão não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional. [...] a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a *conservação é um ato da razão*, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos aparecem como as únicas ações e realizações da razão. [...] Em outras palavras, o que importa é reconhecer o momento da tradição no comportamento histórico e indagar pela sua produtividade hermenêutica” (*idem*, p. 373-375).

60 Cf. GADAMER (2005, p. 395-396 e 404).

61 Tais argumentos relativos à hermenêutica filosófica já foram brevemente trabalhos em VECCHIATTI (2011b, p. 141-159).

62 Cf. GADAMER (2005, p. 358).

63 Cf. STRECK (2002, p. 214).

64 Expressão de Lenio Luiz Streck – autor que, aliás, assume incompreensível postura de negar a possibilidade da união estável homoafetiva, que me parece incompatível com os seus pressupostos teóricos (hermenêutico-filosóficos). Os argumentos de Streck foram refutados em VECCHIATTI (2010b). Em entrevista pós-decisão do STF, Streck afirmou que o STF teria errado porque a Constituição teria reconhecido “a união estável é entre homem e mulher” e que todo mundo sabe o que significa “homem” e “mulher” (disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,para-procurador-do-rs-constituicao-so-reconhece-uniao-entre-homem-e-mulher,715310,0.htm>>. Acesso em: 9 maio 2011 e <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,juristas-e-igreja-contestam-a-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,715497,0.htm>>. Acesso em: 9 maio 2011). Contudo, como já destacado neste artigo, não está escrito na Constituição ou na lei que a união estável existiria “apenas/somente/unicamente” entre homem e mulher, bem como que não se afirma que a expressão “homem e mulher” abarca a união homoafetiva, mas que ela regulamenta a união heteroafetiva sem proibir a homoafetiva, caracterizando lacuna normativa colmatável por analogia. Logo, absolutamente equivocada a posição de Streck acerca do tema.

65 Cf. DINIZ (2005, p. 114), para quem a analogia é decorrente da isonomia [e, acrescento, com ainda mais razão, também a interpretação extensiva], na medida em que o princípio da igualdade visa garantir o mesmo tratamento jurídico aos iguais (interpretação extensiva) ou fundamentalmente iguais (analogia), donde seria mesmo desnecessária qualquer menção expressa da legislação à interpretação extensiva ou à analogia para que elas pudessem ser usadas para colmatar lacunas na legislação, pois elas estão implícitas à própria isonomia.

66 Anote-se aqui a ponderação de *Canotilho* no sentido de que o princípio da isonomia não se resume à proibição de arbitrariedades, mas também à *função social da igualdade*, no sentido de ser a isonomia uma imposição constitucional relativa que, por isso, a caracteriza como uma forma de eliminação das desigualdades fáticas. Em outras palavras, ainda que a isonomia genericamente considerada não fundamente um dever absoluto de legislação, fundamenta um dever de legislação relativo, uma imposição constitucional acessória, uma exigência de atuação relativa, no sentido de que quando existirem pessoas essencialmente iguais àquelas que foram objeto de regulamentação legal [e, com muito mais razão, absolutamente iguais], o princípio da igualdade exige para estes uma disciplina legal igual à estabelecida para os casos já regulados, fundamentando um dever legislativo de atuação nesse sentido. Dessa forma, aponta o autor que quando a disciplina legiferante favorecer certos indivíduos esquecendo outros, impõe-se à jurisdição e à administração que supram a lacuna legal por intermédio da analogia [ou pela interpretação extensiva, na hipótese de situações idênticas], só devendo ser dita lei se declarada nula quando as vantagens legais não possam ser estendidas através de aplicação analógica aos casos ou grupos reconhecidos como portadores dos mesmos pressupostos daqueles já contemplados pela disciplina legal (cf. CANOTILHO, 2001, p. 380-390).

67 A decisão se deu no julgamento de diversos recursos, entre os quais um assinado pelo coautor Paulo Iotti – Tribunal de Justiça de São Paulo – Conselho Superior da Magistratura, Recurso n. 0034412-55.2011.8.26.0071. Para a íntegra da sustentação oral por ele realizada, vide: <<http://pauloriv71.wordpress.com/2012/06/01/163>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

68 Decisão disponível em: <<https://www.extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipoPublicacao=5&nuSeqPublicacao=3855>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A não discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. *Revista de Informação Legislativa*, v. 186, abr./jun. 2010b, p. 89-115.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. O potencial transformador dos direitos “privados” no constitucionalismo pós-88: igualdade, feminismo e risco. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 882, p. 45-60, abril 2009.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 100, p. 57-83, jan./jun. 2010a, Edição em Homenagem ao Professor Orlando Magalhães Carvalho; Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, p. 175-215, 2009, t. IV.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda (et al.) (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 275-290, 2011a.
- _____. Diferentes mas Iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Migalhas*, publicado em Quarta-feira, 4/5/2011b. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132374,61044-Diferentes+mas+iguais+o+reconhecimento+juridico+das+relacoes>>. Acesso em: 01/08/2013.
- _____; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Senado. Comissão Temporária do Ano da Mulher. *Proposições legislativas sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004*. Brasília: Senado Federal, Comissão Temporária do Ano da Mulher: Senado Federal, Subsecretaria de Arquivo, 2004.

- CALDERÓN, Fernando. Las nuevas condiciones sociológicas del desarrollo humano. *Revista Latinoamericana de Desarrollo Humano*. Edición Especial, mayo 2011. Disponível em: <<http://www.revistadesarrollohumano.org>>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003a.
- _____. Resposta. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.
- CARVALHO NETTO, Menelick. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 281-289, 2003a.
- _____. A racionalização do ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, p. 81-106, dezembro 2003b.
- _____; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, p. 17-42, 2003.
- CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.
- _____. *União homoafetiva. O preconceito & a justiça*. 4. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.
- _____. (Org.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileira Interpretada*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- DWORKIN, Ronald. The 1984 McCorkle Lecture: law's ambitions for itself. *Virginia Law Review*, University of Virginia Law School, v. 71, n. 2, p. 173-187, março 1985.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. A Conferência McCorkle de 1984: As ambições do direito para si próprio. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, p. 9-31, jul./dez. 2007.
- _____. Bad arguments: the Roberts Court & Religious schools. *The New York Review of Books*, 26/04/2011. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/apr/26/bad-arguments-roberts-court-religious-schools>>. Acesso em: 26 abr. 2011.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FOLHA DE SÃO PAULO – Cotidiano. *Projetos pró-gays caducam e Congresso ensaia autocritica*. 07/05/2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0705201120.htm>>. Acesso em: 10 maio 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.
- HÄBERLE, Peter. Constituição é declaração de amor ao país. Entrevista dada a Marília Scriboni e Rodrigo Haidar. *Consultor Jurídico*, 29/05/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 30 maio 2011.
- HABERMAS, Jürgen. Uma conversa sobre questões de teoria política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 47, p. 85-102, março 1997.
- _____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- _____. Remarks on erhard denninger's triad of diversity, security, and solidarity. *Constellations*, v. 7, n. 4, p. 522-528, December 2000.
- HERSHKOFF, Helen. *Public interest litigation: selected issues and examples*. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/PublicInterestLitigation%5B1%5D.pdf>>. [s/d]. Acesso em: 26 nov. 2004.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

- MELO, Marcus André. O viés majoritário na política comparada: responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 22, n. 63, p. 11-29, fev. 2007.
- MOREIRA, Adilson José. A construção jurídica da heterossexualidade. *Revista de Informação Legislativa*, a. 47, n. 188, p. 45-68, out./dez. 2010.
- NEIER, Aryeh. *Only judgment: the limits of litigation in social change*. Middletown: Wesleyan University Press, 1982.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardozo Law Review*, New York, p. 1092-1093, january 1995.
- _____. Les décisions constitutionnelles de la cour suprême américaine pour la session 1998-1999: redéfinir les limites du fédéralisme au détriment des droits individuels. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 5, p. 1329-1342, sept./oct. 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- _____. *A contrarrevolução jurídica*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/iii/novidades/CES-boaventura-contrarevolucao12-09>> [s/d]. Acesso em: 27 abr. 2010.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, p. 9-49, 2009.
- SIERRA, Isabel C. Jaramillo; SIERRA, Tatiana Alfonso. *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.
- _____. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- _____. (et al.). Normas constitucionais inconstitucionais. Publicado no *Consultor Jurídico*, 19/07/2009c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupativismo-judiciario>>. Acesso em: 25 mar. 2010.
- _____. O panprincipiologismo e a “refundação positivista”. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda (et al.) (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 221-242, 2011.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008.
- _____. *A luta judicial das minorias sexuais pela cidadania material*. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos), do Centro de Pós-Graduação, da Instituição Toledo de Ensino, para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da Prof. Eliana Franco Neme. Banca realizada no dia 04/12/2010a.
- _____. União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial. *Revista do Direito das Famílias e Sucessões*, Ano IX, n. 14, p. 66-88, fev./mar. 2010b.
- _____. O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011a. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em: 24 dez. 2011.
- _____. A hermenêutica jurídica. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b, p. 141-159.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I.
- VIEIRA, José Ribas. A cidadania: sua complexidade teórica e o Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 135, p. 219-224, jul./set. 1997.
- YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, v. 67, p. 139-190, 2006.

Av. Prudente de Moraes, n. 287, salas 1401/1405
Bairro Cidade Jardim – 30380-000
Belo Horizonte – MG – Brasil
alexprocesso@gmail.com

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

DOUTOR E MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL (UFMG)
PROFESSOR ADJUNTO NA UFOP, FDSM E IBMEC-BH
PROFESSOR PERMANENTE DO PROGRAMA DE Mestrado em
DIREITO DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS (FDSM)
ADVOGADO

Rua João Cachoeira, n. 488, cj. 101
Itaim Bibi – 04535-001
São Paulo – SP – Brasil
pauloriv71@aaasp.org.br

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti

MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA
INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO/BAURU
ESPECIALISTA EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
BACHAREL EM DIREITO PELO INSTITUTO
PRESBITERIANO MACKENZIE/SP
ADVOGADO