

## **O RECONHECIMENTO DA HOMOAFETIVIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**Vanessa Genícia Duarte\***

O presente trabalho foi fruto de um projeto de pesquisa desenvolvido durante o ano de 2010 junto à PUC Minas – Campus Serro, em Minas Gerais, no Programa de Incentivo à Pesquisa – PROBIC, e pretendeu discutir a situação da homoafetividade no Direito Brasileiro, face ao projeto de um Estado Democrático de Direito.

Assim objetivou-se discutir acerca da repercussão jurídica da homoafetividade no Direito brasileiro, no aspecto individual e sob laços afetivos, questão que vem sendo explorada pela doutrina nacional, mas que ainda carece de avanços interpretativos e aplicativos pelos legisladores e Tribunais.

Levando em consideração que a Constituição Brasileira de 1988 inaugurou o Estado Democrático de Direito que se fundamenta na dignidade da pessoa humana e consagra o direito à diferença, à igualdade e à liberdade, albergando a livre orientação sexual e a intimidade, propondo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como, tendo em vista a enorme preocupação constitucional com a tensão constitutiva entre o direito à liberdade e à igualdade, procurou-se demonstrar a ineficácia do direito à diferença, tão caro ao paradigma do Estado Democrático de Direito que se desenvolve, e que o reconhecimento das relações homoafetivas, apesar da pressão doutrinária e do avanço de alguns tribunais, ainda é negligenciado.

Será que o Direito brasileiro, projetado com base no pluralismo e complexidade social, ainda não está apto a reconhecer o direito a diferença trazido pelo Estado Democrático de Direito que se diz constituído? E ainda, será que as relações homoafetivas devem ser reconhecidas constitucionalmente como uma espécie de união estável, ou será que já encontram amparo constitucional? São questões como essas que se pretendeu responder durante o desenvolvimento desse trabalho.

---

\* Graduanda em Direito pela PUC Minas Serro.

## 1. APRESENTANDO O PROBLEMA: ASPECTOS SOBRE A SITUAÇÃO ATUAL DO RECONHECIMENTO DE DIREITOS HOMOAFETIVOS NO BRASIL.

O início da litigância por reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil é motivado, dentre outros relevantes fatores, pela mudança de postura dos tribunais no tratamento conferido ao instituto do concubinato. O concubinato sempre existiu, mas seus reflexos na vida jurídica, social e religiosa seguiram a evolução histórica e cultural de cada época e lugar. Essa mutabilidade ocorre com o intuito de atender aos anseios da humanidade, que está em constante transformação (JANNOTTI, 2001, p.51)

Ao procurar garantir proteção mínima às uniões livres, os tribunais passaram a utilizar, a partir das primeiras décadas do século passado, duas estratégias para garantir uma divisão de bens eqüitativa entre os concubinos após o fim do relacionamento: a compensação financeira por serviços domésticos e a classificação do concubinato como sociedade de fato (MOREIRA, 2010, p.66).

Inicialmente, a compensação financeira por serviços domésticos prestados pela concubina, só seria conferida se restasse provado que aqueles serviços contribuíram para a aquisição do patrimônio comum<sup>1</sup>. Tal posição se fundamenta na vedação do enriquecimento sem causa, o que demonstra uma análise até então essencialmente monetarizada destas relações (TARTUCE, 2009), desprovida, portanto, dos laços de afeto que caracterizariam as relações familiares.

Em seqüência, os tribunais passaram a entender que essa primeira estratégia não oferecia proteção jurídica suficiente às mulheres, e a partir daí começaram a entender o concubinato como uma sociedade de fato. Essa posição passou a se dividir em duas correntes: uma que considera indispensável a produção de elementos probatórios acerca da contribuição da concubina para a constituição de um patrimônio comum, e outra que atribui o mesmo status independente de prova da contribuição, uma espécie de “*sociedade de fato por presunção*”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTES STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Inexistindo acréscimo patrimonial e, por conseguinte, quaisquer bens a serem partilhados, entende esta Corte Superior possível o pagamento de indenização ao convivente que se dedicou exclusivamente aos afazeres domésticos, a título de indenização por serviços prestados. Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp. 323.909/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007 p. 355).

<sup>2</sup>Essa mudança de postura quanto a caracterização de uma sociedade de fato, e a divergência sobre a necessidade ou não de se demonstrar a contribuição para o patrimônio comum, se tornou sistematicamente perceptível nas decisões do Supremo Tribunal Federal da década de 70. Assim, justificando a necessidade de se provar a contribuição da concubina temos: STF. RE 83.155, 2T, Rel. Cordeiro Guerra JB 35/87 25.05.1976. E afirmado

Realizando uma expansão do sentido original da sociedade de fato, alguns tribunais, e também a doutrina de Direito de Família, recentemente passaram a associar as relações concubinas a entidades familiares, e não a sociedades comerciais. Assim temos:

CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENTIDADE FAMILIAR. REPÚDIO À MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AMOROSAS. AUSÊNCIA DE PROVA. Incabível o pleito. Primeiro, porque a indenização por serviços prestados não encontra amparo legal em nosso ordenamento. **O ressarcimento não condiz com o tratamento constitucional dispensado às uniões livres, agora elevadas à entidade familiar, assim como ofende ao princípio da dignidade humana. Segundo, porque os cuidados dispensados pela concubina decorrem do vínculo de solidariedade, carinho e afeto, os quais não têm expressão econômica, não podendo ser dimensionados em pecúnia. Os tribunais reiteradamente têm se posicionado contrários a essa postulação, aduzindo não haver tal direito e repudiando a monetarização das relações amorosas, não sendo reconhecido o ressarcimento quer se trate de casamento, conúbio ou união estável.** Terceiro, porque do exame do caderno processual extrai-se que os litigantes dispensaram a produção de provas, não se desincumbindo a autora de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil). Ainda que reconhecida a relação concubinária havida, cumpria a ela comprovar a efetiva prestação de serviços e/ou locupletamento do varão”. (TJRS, Acórdão n. 70007609969, São Borja, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/03/2004, Grifos nossos)

Todo esse processo histórico e jurisprudencial de aquisição de direitos, em relações concubinas demonstra como a aplicação do Direito se motiva através das necessidades impostas pelas práticas sociais. Tal mutabilidade jurisprudencial na instituição do concubinato reflete gerando efeitos semelhantes, no desenvolvimento das decisões acerca das relações homoafetivas, que também passam por um gradual e análogo reconhecimento.

A jurisprudência do concubinato consolidou a idéia de que o Estado deve proteger as famílias informais, princípio que terá grande importância no processo de reconhecimento dos casais homossexuais como entidades familiares. O aspecto unitivo presente na doutrina do concubinato terá grande impacto na jurisprudência sobre as uniões homoafetivas, pois os tribunais lançaram as bases para a rejeição do argumento de que a procriação é o objetivo central das uniões conjugais. (MOREIRA, 2010, p.79).

Assim como aconteceu com o concubinato, a primeira manifestação de reconhecimento acerca dos efeitos gerados por relações homoafetivas ocorreu sob o viés patrimonial. A jurisprudência passou a garantir a estas uniões os mesmos efeitos atribuídos a

---

que a vida em comum *more uxório* implica a presunção de sociedade de fato temos: STF. RE 91.090-5, 2T, Rel. Leitão de Abreu – JB 35.147, 21.08.1979.

uma *sociedade de fato*<sup>3</sup>, caracterização que ainda hoje, constitui a forma mais comum de garantia de direitos aos casais homoafetivos.

Segundo Adilson José Moreira (2010), o primeiro tribunal brasileiro a reconhecer uma união homoafetiva como sociedade de fato foi o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>4</sup>, que aplicando uma fundamentação análoga ao do concubinato, declarou a existência de uma sociedade de fato entre o autor da ação e seu companheiro falecido, reservando assim para o autor um quarto do patrimônio deixado pelo companheiro falecido.

Tal decisão inaugurou uma postura que, sendo progressivamente adotada pelos Tribunais Estaduais, restou analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de número 148.897<sup>5</sup>, decisão que firmou o reconhecimento da existência de uma sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo como perfeitamente possível, desde que a parte autora pudesse provar que contribuiu direta ou indiretamente para a formação do patrimônio comum (MOREIRA, 2010, p.82).

Nas palavras do Relator:

O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a formação do patrimônio comum é a consequência daquela sociedade. Na sua dissolução, cumpre partilha de bens. (STJ- 4T – Resp. 148.897 – Rel. Min Rui Rosado – DJ 06.04.1998)

A partir destas decisões passou-se a invocar a súmula 380 do STF, formulada em 1963 para fornecer garantia às mulheres que viviam em concubinato, uma súmula que não supriu as necessidades dos integrantes do relacionamento, mas evidenciou a dissonância entre a legislação e o progresso da sociedade, que já não os via de forma espúria (NAHAS, 2006, p.79). Esta súmula vem servindo de verdadeiro consolo aplicado aos litígios postulados por

---

<sup>3</sup> Criada com intuito de vedação do enriquecimento ilícito, a sociedade de fato é regulada pelo Código Civil Brasileiro, em especial no seu artigo 981, que assim dispõe: “*Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*”.

<sup>4</sup> TJRJ – 5 Câmara Cível – AC 731/89 – Rel. Narcizo Pinto – JB 173/204, JB 173/204, 08.08.1989.

<sup>5</sup> Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do c. Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com aids. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do c. Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. (STJ- 4T – Resp. 148.897 – Rel. Min Rui Rosado – DJ 06.04.1998)

casais homossexuais, cuja garantia mais palpável e difundida nos Tribunais Estaduais brasileiros ainda é o reconhecimento de mera sociedade de fato<sup>6</sup>.

O reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedades de fato possui enorme importância no processo de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Brasil, mas esses direitos são obviamente insuficientes para a manutenção da vida de um casal (MOREIRA, 2010, p.88). Essa solução se afigura como aparentemente justa quando ocorre a separação dos conviventes. No entanto, se o fim do relacionamento decorre da morte de um dos parceiros, a injustiça dessa solução é flagrante. Outorgar somente a meação dos bens ao sobrevivente pode dar ensejo ao enriquecimento sem causa dos parentes que não são herdeiros necessários (DIAS, 2009, p.190).

O reconhecimento dos efeitos provocados por esforços conjuntos dentro dessas relações abriu espaço para que os tribunais, gradativamente ao final da década de 90, começassem a atribuir as primeiras definições das uniões homoafetivas como entidades familiares. Assim, as decisões passariam de meras declaratórias de sociedade de fato, para se tornarem reconhecedoras de direitos previdenciários.

No processo de conquista de direitos previdenciários existe um deslocamento de fundamentação. A lógica patrimonialista cede espaço à lógica afetiva. Pela primeira vez, percebe-se uma mudança jurisprudencial para a utilização de “princípios” constitucionais buscando-se uma aproximação das relações homoafetivas com as relações familiares, ainda que muitas das fundamentações utilizem uma compreensão anacrônica desses princípios.

Afirmando que a sociedade brasileira precisa reconhecer a existência e as conseqüências legais das uniões entre pessoas do mesmo sexo, vários tribunais federais começaram a mencionar os princípios que estruturam a ordem constitucional brasileira para justificar o tratamento igualitário das uniões homoafetivas (MOREIRA, 2010, p.88).

---

<sup>6</sup> Os Estados brasileiros, em sua maioria, negam a possibilidade de configuração de uma União Estável, basicamente com base na exigência constitucional de diversidade de sexos. Assim temos: Santa Catarina: (TJSC, AG 339953, Rel. Marcus Tulio Sartorato, j. 09.02.2010); Distrito Federal: (TJDF, Ac. 357.875, 5ª T, Rel.ª Des.ª Diva Lucy de Faria Pereira Ibiapina, j. 02/02/2010); Minas Gerais: (TJMG – AC 1.0145.07.411192-6/001, j. 28.01.2010, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte – Voto vencido Des. Hilda Teixeira da Costa); São Paulo : (TJSP, Confl. Comp. 1798690700, C. Esp. , rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 05/10/2009); Rio Grande do Sul: (TJRS, EI 70030547350, 4º G. Civ., Des. Rel. Rui Portanova, j. 10.07.2009); Rio de Janeiro (TJRJ, AI 2008.002.09002, Rel. Des. Elton Leme, j. 08/04/2008); Mato Grosso do Sul (TJMT, AC 48564/2005, 2ª C. Civ. Rel. Des. Donato Fortunato Ojeda, j. 19.09.2007); Espírito Santo: (TJES - AC 2005.017442-7/0000-00, 4ª T. Civ., Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, j. 26.09.2006); Bahia : (TJBA, ACiv. 16313-9/99, 3ª C. Cív., Rel. Des. Mário Albiani, v.u., j. 04.04.01); Paraná: (TAPR – AC 131.962-0 – (Ac. 11335) – 1ª C.Cív – Rel. Juiz Mário Rau – J. 17.08.1999).

Passa-se a usar o princípio da igualdade em suas mais diversas teorizações e sistematizações, para abolir o tratamento discriminatório entre as uniões heterossexuais e homossexuais trazendo a orientação sexual para a linha dos direitos de personalidade, e que, portanto, seria parte fundamental de qualquer existência digna.

A referência às diferentes dimensões da igualdade, a articulação entre esse preceito e outros princípios constitucionais, a referência aos princípios da jurisprudência sobre concubinato e a compreensão de que o afeto e companheirismo são os elementos centrais da instituição da família, contribuíram para a formação da opinião de que os casais homossexuais podem ser classificados como entidades familiares. (MOREIRA, 2010, p.95)

Após reiteradas decisões dos Tribunais Federais, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no sentido de que a interpretação do termo “companheiro”, presente na Lei 8.213/91 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, abrange indiscriminadamente os conviventes em união homoafetiva<sup>7</sup>.

Papel importante nesse processo de aquisição de direitos é dado ao Ministério Público Federal, que considerou os direitos dos homossexuais como direitos difusos por considerá-los como membros de um grupo minoritário que precisam de uma proteção legal especial em função da especificidade da situação na qual se encontram (MOREIRA, 2010, p.95).

O desenvolvimento da questão no âmbito da seguridade social, e conseqüentemente as fundamentações baseadas no princípio da igualdade, fizeram com que os tribunais ampliassem sua visão, contribuindo para que essas relações passassem, em muitas decisões, a serem reconhecidas como genuínas entidades familiares.

Como observa Maria Berenice Dias:

A mudança começou pela Justiça Gaúcha, ao definir, 1999, a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência. Também é do Rio Grande do Sul a decisão que, em 2001, pela vez primeira, reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tendo sido deferido o direito de herança ao parceiro. Decisões no mesmo sentido começaram a surgir em todo país (DIAS, 2009, p.193).

---

<sup>7</sup> (STJ – Processo Resp 395904 / RS; recurso Especial 2001/0189742-2; Relator(a) Ministro Hélio Quaglia Barbosa (1127); Órgão Julgador T-6 – Sexta Turma; Data do Julgamento: 13/12/2005; Data da Publicação/Fonte DJ 06.02.2006. p. 365). Dando maior segurança à esse reconhecimento no âmbito da seguridade social, existe a instrução normativa do INSS número 25/2000 concedendo auxílio por morte e auxílio reclusão.

Nesta última década a realidade jurídica brasileira tem apresentado um crescimento de decisões motivadas por inúmeros litígios homoafetivos nas mais diversas áreas<sup>8</sup>, o que, cumulativamente tem mudado a postura jurisprudencial com tendência ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

No Brasil não há legislação regulamentando os efeitos gerados por relações homoafetivas, entretanto é possível notar algumas manifestações esparsas, como a Lei 11.340/2006, conhecida como lei Maria da Penha, que ao definir as hipóteses de violência familiar e doméstica reitera em seu artigo 5º, § 2º, que sua configuração independe de orientação sexual.

A ausência de legislação levou os homoafetivos a procurarem soluções judiciais. Ao contrário do que aconteceu em muitos países, o processo de reconhecimento de direitos homoafetivos no Brasil é expressivamente definido pela jurisprudência, uma vez que os diversos projetos de lei<sup>9</sup> submetidos à aprovação se encontram em tramitação há muito tempo, conduzindo-os ao anacronismo com a realidade já delineada pela jurisprudência.

Tais características particulares dessa luta por reconhecimento no Brasil força algumas necessárias indagações: Até quando essas decisões não seriam ativistas, superando os limites constitucionalmente outorgados ao Poder Judiciário? Estaria este órgão atuando como legislador? Essas decisões atendem a pressupostos legítimos do que se projeta em um Estado Democrático de Direito? Afinal, há ou não há base principiológica para a garantia de direitos homoafetivos no Brasil?

Esta atuação do Judiciário será o objeto do próximo capítulo.

## **2. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA LUTA PELO RECONHECIMENTO E O RISCO DE UMA “JURISPRUDÊNCIA DE VALORES”.**

<sup>8</sup> O TSE reconheceu que as uniões homoafetivas são entidades familiares, ao declarar a inelegibilidade de uma candidata que convivia com uma prefeita reeleita no município: “*Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade (CF 14 §7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os da relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14 § 7º, da CF. Recurso a que se dá provimento (TSE, REsp Eleitoral 24564/Viseu-PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.10.2004)*”. Conferindo direito de adoção conjunta: (TJRS, AC 70013801592, 7ªC. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006). Anulando ato administrativo que excluiu servidor militar por suposta prática homossexual: (TJRS, ReexNec 70014769996, 3ª C. Civ., Rel. Des. Mário Crespo Brum, j. 29.06.2006) . Reconhecendo o dano moral por discriminação fundada em orientação sexual: (STF, RE 586.245 - PE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11.12.2008; STJ, REsp 613374/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 17/05/2005).

<sup>9</sup> Dentre os projetos que tratam do tema têm-se como mais específicos a Proposta de Emenda à Constituição nº 70, de 2003 que altera o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, para permitir a união estável entre casais homossexuais, e, o substituto ao Projeto de Lei 1151, de 1995, que disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Além do projeto de Lei 580, de 2007 que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.

Como introduzido no capítulo anterior, a principal fonte na conquista de direitos homoafetivos no Brasil têm sido os litígios judiciais, que sistematicamente vêm criando precedentes de reconhecimento. Entretanto, e mesmo que a princípio essa atuação se apresente como legítima, porque benéfica, necessário se faz algumas ponderações sobre a forma de aplicação do Direito no Brasil, visando inclusive, uma base sólida para esse processo de reconhecimento.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, e a conseqüente superação e reformulação de preceitos do Estado Liberal e do *Welfare State*, advém também uma nova perspectiva hermenêutica para o aplicador. De uma postura inicialmente mecânica de aplicação silogística e de subsunção de premissas menores a premissas maiores no Estado Liberal, passa-se a uma postura ativista quanto às finalidades sociais das leis no Estado Social, e à necessidade de se atentar aos elementos fáticos no Estado Democrático de Direito.

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Poder Judiciário que tome decisões que, ao trabalharem construtivamente os princípios e regras que constituem o Direito vigente, satisfaçam, à um só tempo, a exigência de dar curso, e reforçar a crença na legalidade entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão das particularidades do caso concreto. (CARVALHO NETO, 2004, p.38)

Buscando identificar a postura hermenêutica constitucional que se apresente mais adequada a esse novo paradigma, necessário se faz a análise da existência de uma corrente constitucional “comunitarista”<sup>10</sup> no Brasil, para assim, delinear seus pontos destoantes.

Como bem observa José Adércio Leite Sampaio “*Comunitarismo*” é uma palavra de muitos significados. Vários autores, realçando o aspecto organicista-aristotélico de seu sentido, definem-no pelos vínculos de pertença a uma determinada comunidade política. (SAMPAIO, 2004, p.86)

O movimento comunitarista pelo qual se centra a análise desse trabalho pode ser situado na década de 1980 e não se restringiu apenas ao Direito, alcançando também a política, a sociologia e filosofia. Com maior desenvolvimento nos Estados Unidos, pretendeu-se crítico

---

<sup>10</sup> Como ilustra Álvaro Ricardo de Souza Cruz : O comunitarismo não se compõe de uma perspectiva única sobre a sociedade e o constitucionalismo em geral, rejeitam o Estado liberal, neutro, mínimo e garantidor de liberdades e limitador negativo do arbítrio estatal. Mas também, não apregoam um retorno ao Estado de Bem-Estar Social ao delegar exclusivamente ao Estado a tarefa de um justiça distributiva. Ao contrário, defendem a interação de uma gama de instâncias sociais, como a família, a Igreja, o empresariado. (SOUZA CRUZ, 2004, p.155)

ao liberalismo, à desestatização e a globalização, bem como a derrocada do socialismo de Estado na Europa oriental (SOUZA CRUZ, 2004, p.153).

Os representantes desta corrente se contrapõem, portanto, à idéia de que a tarefa primordial da constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo através da criação de um sistema fechado de garantias da vida privada (CITTADINO, 2004, p.16). Os direitos se vocacionam à afirmação dos vínculos de solidariedade e responsabilidade, a exigir uma revitalização dos direitos políticos, não mais como uma espécie camuflada de “direito de defesa”, mas como processo de definição do bem e, eventualmente, do justo (SAMPAIO, 2004, p.89).

Os direitos, nessa visão, têm sua origem no reconhecimento comunitário de importância e valor, ou seja, o objetivo primordial da Constituição é a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade (CITTADINO, 2004, p.16). Verifica-se uma íntima ligação existente entre o pensamento comunitarista e uma estrutura axiológica de comunidade, que de maneira sinuosa e marcante influenciaram o pensamento jurídico brasileiro para aqueles que vêem a Constituição como uma ordem concreta de valores.

Do outro lado, o comunitarismo chegou à Europa reforçando a compreensão de que as Cortes Constitucionais estariam ligadas necessariamente a uma eticidade material, que equiparava as normas constitucionais, especialmente seus princípios, aos valores supremos da comunidade. Assim, a “Jurisprudência de Valores”, que já possuía suporte na Tópica e na Nova Retórica, ganhou novo cabedal de sustentação: O comunitarismo. (SOUZA CRUZ, 2004, p.157).

No Brasil, o movimento comunitarista pode ser identificado com traços bem peculiares, que, ao mesmo tempo se aproximam e se afastam dos estrangeiros, notadamente do Americano e do Alemão, ligando-se mais às promessas do Estado Social que não se concretizaram e entendendo o Direito como mecanismo de inclusão, vez que deposita no Estado tarefas positivas para prestações sociais.

Afirmando a existência de um “comunitarismo neo-republicano” no Brasil, Álvaro Ricardo de Souza Cruz assim o descreve:

Ao contrário do comunitarismo americano, ligado às noções cooperativas entre as esferas múltiplas da sociedade, de modo a compartilhar com o Estado a tarefa de proteger o bem-estar social, o comunitarismo brasileiro coaduna-se melhor com uma concepção estatizante, coletiva e intervencionista, “jogando nas costas” do Estado a tarefa de promover o desenvolvimento econômico e social do Brasil. Assim, a redução de desigualdades econômicas e regionais é tratada como função essencial do Estado Brasileiro (SOUZA CRUZ, 2004, p.187).

No mesmo sentido, constatando a tendência na modificação de postura do Poder Judiciário, salienta Gisele Cittadino:

O constitucionalismo “comunitário” brasileiro, ao conferir prioridade aos mecanismos jurídicos de participação que buscam efetivar o sistema de direitos assegurados pela Constituição, especialmente contra as omissões dos poderes públicos, não tem qualquer dificuldade em fazer uma leitura ampliada deste dispositivo constitucional [artigo 5, XXXV], defendendo a proeminência do Poder Judiciário, que deve desempenhar papel político relevante no sistema constitucional, podendo inclusive sobrepor-se ao legislativo. (CITTADINO, 2004, p.64)

O Estado tende a cada vez mais ser socializante, dando prevalência aos interesses coletivos, antes que aos individuais. E para esta visão seria exatamente nessa adoção de fins sociais prevalentes à proteção dos fins individuais que o Estado Democrático de Direito se distinguiria do Estado Liberal individualista (SILVA, 2001, P.114).

Daí a preocupação com a postura hermenêutica adotada por boa parte dos juristas no Brasil, que vêem no Estado, notadamente no poder judiciário, o dever jurídico de promover valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários desses direitos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social (BARROSO, 2010, p.3).

Diante dessa postura hermenêutica que enxerga princípios como valores passíveis de ponderação, colocando os direitos sob a plataforma decisionista de um judiciário que por uma pretensa “Justiça social” os seleciona na medida de seu peso, costumeiramente nos deparamos com decisões acerca de direitos homoafetivos fundamentadas numa pretensa ordem concreta de valores, que autorizaria a aplicação e relativização de princípios, tanto para afirmar esses direitos quanto para negá-los, obstaculizando assim, a formação de uma base constitucional sólida para sua efetivação.

Como se pretende mostrar, tratar princípios como valores importa em um risco muito grande para a segurança jurídica (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.88), uma vez que sendo a sociedade assumidamente pluralista (SARMENTO, 2010, p.93), a escolha dos valores “mais pesados” reduziria toda a racionalidade binária do Direito para um método inconsistente que beira ao arbítrio e a valoração pessoal no processo de aplicação. Uma postura que entenda princípios constitucionais como valores pode, ao mesmo tempo, usá-los tanto para justificar a efetivação de direitos homoafetivos quanto para negá-los<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Usando a visão axiológica dos princípios para justificar o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas ver, por exemplo: BARROSO, Luiz Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em:

Em um recente e incisivo artigo publicado numa revista eletrônica de produções jurídicas nacionais<sup>12</sup>, Lênio Luiz Streck e Vicente de Paula Barreto, analisaram a propositura e a decisão da ADPF n. 178, protocolada pelo STF como ADI n.4277 e que foi interposta em julho de 2009 pela Procuradoria Geral da República, mediante representação do Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, objetivando o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo e a garantia dos mesmos direitos dos companheiros heterossexuais.

Nesse texto, ele denuncia que o reconhecimento de relações homoafetivas pela jurisprudência do STF estaria incorrendo em um "terceiro turno" no processo constituinte, caracterizando "um nítido excesso do poder judiciário no sentido de romper com o texto da Constituição" que se apresenta clara quanto a diversidade de sexos para a configuração de uma União Estável, bem como de um indevido ativismo judicial perigoso e nocivo para a democracia, na medida em que este poder exerceria uma função típica do poder legislativo.

Assim ele expõe sua preocupação:

O judiciário pode intervir, e deve, sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade. Isso por um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário. Se assim fosse, os próprios interesses dos homossexuais estariam em risco, posto que a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria da "opinião" e da "vontade" daquele que julga a causa. (...)

De todo modo, há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores pelo Supremo Tribunal Federal (ou pelos demais tribunais da República) (STRECK; BARRETO, 2009)

Tais considerações, embora indigestas para boa parte dos militantes pelo reconhecimento homoafetivo são válidas e necessárias, haja vista que fazem brotar indagações sobre a atual postura de nossos tribunais ao tratar do tema, bem como motiva ainda mais a procura de uma base constitucional sólida para a efetivação de direitos homoafetivos em face da fragilidade das decisões que os efetivam e que se tornam parte de toda uma história institucional.

---

[http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_artigo/baroso\\_luis\\_roberto\\_-\\_diferentes\\_mas\\_iguais.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/baroso_luis_roberto_-_diferentes_mas_iguais.pdf).

Acesso em: 10/01/2010. E para negar-lhe reconhecimento: TJRJ – 1 Câmara Cível – AC 2006.001.59548. Rel. Roberto Guimarães – 15/01/2007 (Negando o pedido de reconhecimento de entidade familiar pela impossibilidade jurídica do pedido, com fundamentos de que ponderando caso a caso os valores, a família heterossexual é a base da organização social brasileira.).

<sup>12</sup> Texto disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13229>>

Quando se pergunta ao judiciário sobre alguma coisa, este não pode responder com argumentos pessoais, políticos, morais, etc. Em uma democracia não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinado fenômeno; o que se quer saber é como se pode alcançar uma resposta a partir do direito. E, definitivamente, o direito não é, e não pode ser, aquilo que o judiciário “diz que é”! (STRECK; BARRETO, 2009)

A sociedade e as instituições já reconhecem a necessidade de garantia de direitos homoafetivos, mas isso não pode ser feito por uma idéia errônea de ativismo, baseada em preferências pessoais eficientes porque imediatas e sem nenhuma fundamentação constitucional válida, que, inclusive, podem levar a uma conclusão inversa resultante no vilipêndio de garantias. O processo de reconhecimento dos direitos homoafetivos no Brasil, mais que necessário se apresenta como condição para um Estado Democrático. Mas enfim, diante de decisões com fundamentos muitas vezes precários, poder-se-ia falar na existência de uma base constitucional legítima para todo esse processo de reconhecimento?

O delineamento dessa base constitucional constitui o objeto do próximo capítulo.

### **3. A IGUALDADE E A DIFERENÇA COMO PRESSUPOSTOS DO RECONHECIMENTO DA HOMOAFETIVIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

#### **3.1 A igualdade no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social**

É importante pensar no “Direito Moderno” como uma estrutura de três grandes paradigmas: O paradigma político-jurídico do Estado liberal, do Estado social e do Estado Democrático de Direito. Para entender o real sentido que se atribui ao termo paradigma, necessário se faz a demonstração de sua raiz epistemológica advinda das idéias de Thomas Kuhn acerca dos marcos teóricos que dominam uma comunidade científica em determinado momento, sua mutação e abandono (TRINDADE, 2007, p.69).

Para Thomas Kuhn, paradigmas significam as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência (KUHN, 1991, p.13) e que são compostos de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica. (KUHN, 1991, p.75).

A concepção dessas estruturas de pensamento, não exclui a característica de falseabilidade da ciência em si e a visão de que o conhecimento em geral progride através de

conjecturas e refutações como projetado por Karl Popper, entretanto, advoga essa falseabilidade apenas nos momentos de crise de um paradigma.

Como observa André Trindade:

Todo paradigma científico que surge, é o resultado de uma anomalia observada no paradigma anteriormente dominante. Essa anomalia é resultado das constantes especializações e falseamentos tecidos sob o marco teórico adotado. Como o meio está em constante mutação, e o ser desenvolve/aperfeiçoa sistemas de observação do meio, novos fatos surgem e põem à prova o paradigma dominante, rompendo com a ordem existente. (TRINDADE, 2007, p.71)

A anomalia aparece somente contra o pano de fundo proporcionado pelo paradigma. Quanto maiores forem a precisão e o alcance de um paradigma, tanto mais sensível esse será como indicador de anomalias e, conseqüentemente, de uma ocasião para a mudança de paradigma. (KUHN, 1991, p.92).

A noção de paradigmas científicos, desenvolvida aqui de forma sucinta, bem como da historicidade do homem e da importância dos preconceitos para o desenvolvimento da ciência também vão influenciar o Direito a partir da década de sessenta (OMMATI, 2004, p.67), e, por assumir uma postura de ruptura na história, bem como admitir que as estruturas e idéias hegemônicas em um determinado período influenciam no pensamento científico, serão aplicadas para diferenciar as três grandes estruturas de pensamento do Direito Moderno que se sucedem em um processo de superação e subsunção (CARVALHO NETO, 2004, p.30).

Com propriedade afirma Marcelo Cattoni de Oliveira:

[...] as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas, referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo um *background*, que confere às práticas de fazer e de aplicar o Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.54)

Demonstrando a importância de se estudar o princípio da igualdade à luz da noção de paradigma preleciona Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível inferir novos significados para os princípios do Estado de Direito, essencialmente da igualdade. Eles lançam luz sobre as restrições e possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, como princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior. (SOUZA CRUZ, 2003, p.3)

Assim, é que podemos identificar três estruturas científicas no Direito Moderno, que não se excluem entre si, mas se superam, conservando alguns traços de cada um deles,

formando uma espécie de síntese dialética entre elas, uma vez que incorporam a impossibilidade humana de um conhecimento absoluto, de um saber total, perfeito e eterno, precisamente em razão do nosso inafastável e constitutivo enraizamento social e histórico-cultural (CARVALHO NETO, 2003, p.151).

O primeiro paradigma da Modernidade é o do Estado Liberal, ou Estado de Direito, que surge a partir das revoluções liberais: a americana e a francesa (OMMATI, 2004, p.69). Fundado nas idéias de autores como Locke, Rousseau e Montesquieu, nele se desenvolveram as primeiras declarações de direitos que viriam a contaminar os sistemas jurídicos ocidentais. As Declarações francesa e estadunidense levaram a uma incorporação do novo perfil político e social, definido pelos ares liberais e mediado pela linguagem dos direitos, para a Europa e o Mundo (SAMPAIO, 2004, p.208).

Nesse paradigma, acreditou-se que toda certeza e segurança jurídica procurada estariam no texto da Lei, que enumerava os direitos e garantias, produzindo uma igualdade meramente formal. O direito funcionaria bem por si próprio, sem deturpações (OMMATI, 2004, p.70), e, por isso deveria ser aplicado de forma silogística e mecânica, para, dentre vários de seus fins maniqueístas, conferir autonomia às relações privadas.

Trata-se, pois de um Estado que visa garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.55). Por assim ser, temos que o sentido de igualdade nesse momento é meramente formal, consubstanciando-se no costumeiro clichê de “iguais perante a lei”. A igualdade formal se dá por fruto de um contrato, o contrato social, no qual todas as pessoas abrem mão de parte de seu poder e doam-no para um soberano para que esse proteja os dois maiores princípios de organização da sociedade: a igualdade e a liberdade (OMMATI, 2004, p.76).

Nas palavras de Jean-Jacques Rousseau:

É que em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a natureza poderia ter disposto entre os homens, fazendo com que esses, embora pudessem ser desiguais em força ou em talento, tornem-se iguais por convenção e de direito. (ROUSSEAU, 2008, p.41)

Dessa forma, extrai-se que no Estado Liberal convencionam-se direitos perante o Estado e direitos à comunidade estatal: *status* de membro (nacionalidade), igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos etc (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.55). A igualdade é formal porque constitui uma

exigência de que todas as normas jurídicas sejam uniformemente aplicadas a todos os membros da comunidade política (MOREIRA, 2010, p.152).

O princípio da igualdade formal encerra uma noção de justiça baseada na premissa de que indivíduos similarmente situados devem ser tratados de forma similar. As normas jurídicas serão justas na medida em que estabelecem tratamento similar entre pessoas que estão similarmente situadas. Isso significa que o princípio da igualdade leva em consideração a diversidade entre os indivíduos, mas reconhece que eles devem ser tratados da mesma forma tendo em vista o fato de que eles possuem o mesmo valor perante a lei. (MOREIRA, 2010, p.154)

Embora projetando um sentido de igualdade que se dizia aplicada a todos sem distinção, o Estado Liberal mostrou também, paradoxalmente, a desigualdade fática entre os indivíduos e como o Direito por si só não consegue uniformizar a sociedade, evidenciando o que hoje já se tem ciência, que não são as normas que determinam os sujeitos de direitos e suas relações sociais, mas sim estes que constroem aquelas.

Ao conferir demasiada autonomia aos indivíduos e às relações privadas, o Estado Liberal desconsidera o contexto social, e, nesse momento, as transformações e movimentos sociais surgidos no século XIX em função das desigualdades fáticas que suplicam por uma atividade ativa do Estado, surgindo a partir daí um Estado de Bem-Estar social, um novo paradigma que se diz atento às desigualdades sociais e à existência das classes menos desfavorecidas.

Não há mais um Estado Liberal “Neuro”, distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social, e, que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas “públicas” de “vida boa”. O Estado social que surge após a Primeira Guerra e se afirma após a segunda, intervém na economia, através de ações diretas e indiretas, e visa garantir o capitalismo através de uma proposta de bem estar (Welfare States) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais, através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.59)

Como dito anteriormente, um novo paradigma que surge não exclui totalmente as pressuposições do outro, mas as reformula adequando-as à nova concepção. Assim é que o sentido formal da igualdade formulado pelo Estado Liberal não seria desconsiderado no Estado Social, mas sim complementado por uma postura que enxergara ser necessário igualar as oportunidades sociais face às sinuosidades das condições materiais de existência.

Liberdade e igualdade, como direitos fundamentais, não mais podem ser entendidas em seu sentido exclusivamente formal. Para serem plausíveis requerem, agora, a sua

materialização em direitos que constitucional e legalmente protejam, como vimos, o lado mais fraco das várias relações (CARVALHO NETO, 2003, p.149). A igualdade passa por um processo de materialização, significando não mais apenas a igualdade na lei, mas também a observância das desigualdades fáticas, devendo o aplicador desigualar os desiguais (OMMATI, 2004, p.82).

Discorrendo sobre o sentido da igualdade no constitucionalismo social próprio desse paradigma, aduz Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

A igualdade sustenta-se a partir daquele momento na garantia dos direitos econômicos e sociais, coletivos ou difusos. A intervenção estatal, rejeitada na visão liberal, passou a ser reclamada com fito de garantir e prover direitos trabalhistas, previdenciários, sanitários e assistências, entre outros.

Nesse sentido o indivíduo tornou-se credor de prestações positivas do Estado que, por seu lado, transformou-se em provedor de tudo e de todos. A preponderância do Legislativo, criador primacial da norma legal abstrata e geral como manifestação ímpar da soberania, cedeu, naquele momento, espaço ao poder executivo. Único capaz de fazer frente às necessidades da população, tanto pela prestação de serviços públicos, quanto por sua agilidade na tomada de decisões legislativas. (SOUZA CRUZ, 2003, p. 10-11)

A proposta deste Estado de Bem-Estar Social de emancipar os cidadãos igualando-os socialmente restou por aniquilar subjetividades criando clientes de um Estado assistencialista que interferindo de forma exagerada nas relações privadas acabou por massificar a sociedade criando formas e padrões de “vida boa”. A proposta do estado Social acaba se degenerando numa democracia de massas, o povo, e cada individualidade que compõe essa idéia de povo, sofrem um drástico esvaziamento na sua personalidade e na sua identidade, e os direitos subjetivos acabam se tornando meras concessões do Direito objetivo.

Diante dessa crise, é que surge um novo paradigma, e com ele uma nova proposta que remodela o sentido de igualdade dos anteriores, e é aí que se pode falar em um Estado Democrático de Direito, que pretende, enquanto um projeto, sintetizar dialeticamente Estado Social e Estado Liberal e abrir o Direito para novas perspectivas que considerem o pluralismo, a complexidade e a contingência social.

### **3.2 A igualdade e a diferença no Estado Democrático de Direito: a base de reconhecimento da homoafetividade.**

No Estado Democrático de Direito a igualdade deve ser vista em seu aspecto procedimental, o que significa dizer que este princípio apenas adquire um sentido no caso concreto, transforma-se da igualdade simplesmente formal para uma igualdade que se

assegura reconhecendo-se as diferenças (OMMATI, 2004, p.85). A igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade (SOUZA CRUZ, 2003, p.16).

Nesse sentido, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais apresenta-se como uma pressuposição complicada no atual paradigma, tendo em vista que em decorrência da complexidade que lhe é própria, as pessoas são iguais e diferentes em diversos aspectos. Políticas distributivas até podem conferir acesso, mas não conseguem dar respostas ao reconhecimento das diferenças.

Como observa Adilson José Moreira:

A busca de um balanço adequado entre igualdade e diferença pode ser apontada como um dos principais elementos da temática da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito. Enquanto a igualdade formal e a igualdade material procuravam estabelecer um tratamento uniforme entre os indivíduos, seja pelo tratamento simétrico entre eles ou pela tentativa de se estabelecer uma igualdade proporcional entre os mesmos, o tema da igualdade no atual paradigma constitucional passou a ser estruturado em torno da necessidade de harmonização das inúmeras diferenças existentes entre as pessoas. A política do reconhecimento adquire considerável importância nesse paradigma constitucional sendo um elemento constante nas atuais demandas de direitos. (MOREIRA, 2010, p.186)

E é em decorrência da pluralidade de visões e da existência de diferenças substanciais entre os indivíduos, que no atual paradigma, o princípio jurídico da igualdade adquire um lugar vago e só pode ser entendido como tratar a todos com a mesma consideração e respeito, pois somente assim mantém sua vacuidade (OMMATI, 2004, p.130).

A concepção de igualdade no sentido que lhe dá Ronald Dworkin (2005), que consiste em tratar os cidadãos com igual consideração e respeito se apresenta como uma alternativa adequada e essencial para o Estado Democrático de Direito, na medida em que a igualdade, enquanto um princípio, é entendida por seu abstracionismo possibilitando uma abertura contínua para as mudanças sociais e inclusão das diferenças. Importante notar que o princípio da abstração não endossa a liberdade como permissividade, mas tem poder suficiente para ser o núcleo de uma concepção adequada de liberdade (DWORKIN, 2005, p.200).

A igualdade como diferença vê sua promoção baseada no exercício de um pluralismo abrangente (MEDEIROS, 2008, p.31). Numa sociedade que se pretende inclusiva, é

fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes (SARMENTO, 2010, p.133).

Essa noção de igualdade supera o individualismo maniqueísta que tratava os cidadãos como iguais a partir da ausência de atitudes estatais, bem como a noção que pretendeu igualar todos através de um processo massificante de inclusão forçada, para considerar que cada sujeito é livre e diferente e que por isso é igual. A igualdade passa a ser vista na diferença com a pretensão de permitir a conciliação entre o respeito e garantias individuais e a possibilidade de participação pública do cidadão, e superar uma leitura que considere necessária a oposição entre liberdade e igualdade (MEDEIROS, 2008, p. 52).

A igualdade no Estado Democrático de Direito e em uma sociedade complexa, deve ser vista sob a concepção de se tratar com igual respeito e consideração pessoas com diferentes projetos e visões, considerando suas subjetividades e suas capacidades emancipatórias, fornecendo-lhes, contudo, iguais oportunidades para o espaço público de deliberação, como também respeitando suas escolhas na configuração e persecução de seus projetos de vida boa e de felicidade.

Com tais considerações respondem-se às indagações lançadas no segundo capítulo desse trabalho, para demonstrar que a base principiológica buscada para fundamentar a aplicação de direitos homoafetivos não conduzem necessariamente a um “bom” ativismo judicial sem qualquer autorização constitucional, mas sim, a uma aplicação de princípios jurídicos com força deontologicamente predominante.

Aos tribunais brasileiros que se deparam com demandas homoafetivas recomenda-se Integridade, pois assim se torna possível alcançar a coerência em princípio, mantendo o compromisso de tratar as pessoas como iguais (GUEST, 2010, p.215). O ideal de integridade insiste com que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos (DWORKIN, 1999, p.202).

O Direito é um projeto político para e por uma comunidade de homens livres e iguais, e sua finalidade se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas (DWORKIN, 2000, p. 239). Os juízes não devem praticar uma atividade criativa, mas sim interpretativa/construtiva num projeto coletivo, um “Romance em cadeia” na expressão que lhe dá Dworkin, onde cada juiz é um

romancista, que ao decidir um novo caso deve se considerar como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia (DWORKIN, 2000, p.238).

Um empreendimento que inclusive já se iniciou com a o reconhecimento judicial de que relações homossexuais deveriam ser reconhecidas assim como aconteceu com o instituto do concubinato, depois como geradoras de efeitos patrimoniais e previdenciários. Com toda razão, o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor, (DWORKIN, 2000, p. 240) e essa história já se encontra iniciada como demonstrado no primeiro capítulo, carecendo de encadeamento com bases constitucionais sólidas e argumentos juridicamente relevantes, que não coloquem os direitos dessa minoria exponencialmente discriminada à beira da arbitrariedade e da seleção de valores mais convenientes, porque de maior número. Trata-se de uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2003, p.274).

Como observa Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros (2011):

Se pretende-se levar os direitos a sério e interpretar-se a Constituição principiologicamente de forma a garantir sua unidade, deve-se reconhecer que não existe hoje, em nosso ordenamento, fundamento jurídico algum apto a conferir normatividade a um entendimento excludente da possibilidade de proteção constitucional de famílias homossexuais.

Reconhecer a possibilidade da união estável homossexual se demonstra como consequência da garantia da igualdade como forma de proteção da diferença e da diversidade, permitindo, por conseguinte, o exercício de um desenvolvimento livre de vida, inclusive quanto à possibilidade de escolha da forma de proteção jurídica às diversas formas de relacionamento existentes, algo já protegido e previsto em nosso ordenamento, como uma garantia contramajoritária à diferença, não sendo possível de se submeter a uma decisão política da maioria. (MEDEIROS, 2011)

Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade (DIAS, 2011). Homossexuais são apenas pessoas com diferentes modos de vida dentre as mais diversas diferenças que deve o Estado promover. Não existem elementos jurídico-constitucionais capazes de excluir ou obnubilar-lhe seu direito intrínseco e irrenunciável à felicidade e, dentre um de seus elementos, à ampla e legítima possibilidade de se unir afetivamente e constituir uma verdadeira família (BAHIA, 2011).

A determinação constitucional de que a União Estável é constituída pela união de um homem e uma mulher, não retira a capacidade e nem mesmo a possibilidade de se reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Por haver ausência de disciplina legal para essas uniões não se pode negar-lhes reconhecimento, os tribunais não se utilizam de ativismos

discricionários ao reconhecerem direitos a essa minoria, mas utilizam-se, e devem sempre se utilizar de argumentos de princípios. Nas palavras de Ronald Dworkin: *O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio* (DWORKIN, 2002, p.129).

Paulo Luiz Netto Lôbo, buscando demonstrar a diversidade de entidades familiares reconhecidas no Brasil, independentemente de estarem taxadas pelo artigo 226 da Constituição da República de 1988, publicou um significativo artigo denominado “Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”, onde apresentou diferentes manifestações de família e buscou características comuns entre elas, para assim, identificar uma classificação adequada ao constitucionalismo do Estado Democrático de Direito. Assim ele conclui:

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão.

Violam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana as interpretações que (a) excluem as demais entidades familiares da tutela constitucional ou (b) asseguram tutela dos efeitos jurídicos no âmbito do direito das obrigações, como se os integrantes dessas entidades fossem sócios de sociedade de fato mercantil ou civil.

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. (LÔBO, 2002)

A estrutura principiológica trazida pelo novo paradigma e que permite a atualização e constante reconstrução do Direito oferece base para o reconhecimento da União homoafetiva, na medida em que sua abstração abre espaço para diferentes formas de estruturação familiar. Reconhecer a homoafetividade significa reconhecer a diferença e, com isso, tornar possível um Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÕES

Afinal o que existe para quê? As relações sociais para o Direito ou o Direito para as relações sociais? Uma das superações propostas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, foi justamente da idéia de que o Direito poderia determinar a sociedade, que textos normativos tornariam os homens livres e iguais, bem como de que o Direito como instrumento eficiente dos objetivos coletivos e estatais poderia, irrestritamente, igualar posições de pessoas materialmente diferentes.

O tratamento dado às relações homoafetivas no Brasil ignora o que se busca do Direito hoje. Os avanços e conquistas de direitos homoafetivos condicionados pela atuação dos tribunais lhes fornecem mais uma dimensão de concessões do que de direitos constitucionalmente reconhecidos. Não raras são as decisões que colocam a efetivação desses direitos como preferências do magistrado, o que destoia de toda racionalidade buscada pelo novo paradigma.

É preciso enxergar o Direito como integridade, como um conjunto coerente de princípios constitucionais que concorrem para o caso concreto, e que devem ser aplicados atentando-se para a história institucional já construída, ancorando-se no passado sem, necessariamente, repeti-lo. Os juízes são autores de um empreendimento interpretativo que deve ser pautado em princípios constitucionais e não em valores selecionados.

Os tribunais podem reconhecer direitos homoafetivos, e devem fazê-lo, mas não com base em uma fundamentação insegura e relativa de uma pretensa ordem concreta de valores, e sim com base em uma fundamentação sólida a ser edificada sobre o sentido da igualdade no Estado Democrático de Direito, em toda sua vacuidade, para assim perceber que só resta possível a igualdade quando se considera as diferenças.

A união homoafetiva é uma unidade familiar constitucionalizada que gera efeitos sociais bem mais significativos do que os meramente patrimoniais, e que por isso, carece de melhor tratamento jurídico no Brasil. As soluções aplicadas até os dias de hoje, embora sejam relevantes, são insuficientes. Os argumentos utilizados são tautológicos e anacrônicos, e, ao contrário do que se pensa, alguns avanços obstaculizam, porque renegam às uniões homoafetivas a uma filha bastarda da união estável, criando assim dois níveis para a igualdade.

Reconhecer a homoafetividade significa tornar possível um Estado Democrático de Direito que se diz comprometido com uma sociedade justa e pluralista, mais que uma consequência, constitui condição de possibilidade. Não há livre afirmação da diferença sem o igual respeito e consideração, sem um Estado Democrático, como também, nunca haverá um Estado Democrático sem que haja antes e fundamentalmente o reconhecimento das diferenças que, ao mesmo tempo que nos descaracterizam, nos igualam.

## BIBLIOGRAFIA

BAHIA, Cláudio José Amaral. **Desdobramentos jurídicos do direito fundamental à família: a união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente reconhecida e protegida.** Disponível em:  
[http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_artigo/desdobramentos\\_jur%EDdicos\\_do\\_dir\\_eito\\_fundamental\\_%E0\\_fam%EDlia.doc.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/desdobramentos_jur%EDdicos_do_dir_eito_fundamental_%E0_fam%EDlia.doc.pdf) Acesso em: 12/02/2010

BARROSO, Luiz Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Disponível em:  
[http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_artigo/baroso\\_luis\\_roberto\\_-\\_diferentes\\_mas\\_iguais.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/baroso_luis_roberto_-_diferentes_mas_iguais.pdf). Acesso em: 10/01/2010.

CARVALHO NETO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.* IN: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. pag. 25 á 44.

CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais.* In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito a diferença.** Disponível em:  
[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26\\_homoafetividade\\_e\\_o\\_direito\\_%E0\\_diferen%E7a.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf) Acesso em 20/11/2010

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5 ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald, **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_, **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_, **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_, **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_, **A virtude Soberana:** a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol.2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 3ed. São Paulo: Perspectiva, 1991

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 22/02/2011.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: Ltr, 2008.

MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva: A construção da igualdade na jurisprudência brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social**. Trad. Ciro Mioranza. 2ed. São Paulo: Escala, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Separados pelo casamento: Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato, e a união estável**. IN: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões* nº. 08. Porto Alegre: Magister, fev/mar. 2009, p. 58-67. Disponível em : [www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_separados.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_separados.doc), acesso em 30 de novembro de 2010.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

JANNOTTI, Carolina de Castro. **Aspectos morais e religiosos do concubinato**. IN: LIMA, Alciléa Teixeira. **União Estável e concubinato**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual: Proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: DelRey, Belo Horizonte, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 11/01/2011.