

# ADI 4.277: UMA DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DO STF

ADI 4277: A DISCUSSION ON THE LEGITIMACY OF THE STF - BRAZILIAN SUPREME COURT

ADI 4.277: UNA DISCUSIÓN SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL STF (CORTE SUPREMA DEL BRASIL)

Joyceane Bezerra De Menezes\*

Cecília Barroso de Oliveira\*\*

## RESUMO

Objetiva-se analisar os fundamentos e a legitimidade do STF (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277) que, ao suprimir a essencialidade do pressuposto da diversidade de sexos, dilargou o instituto da união estável. A par da crítica sobre sua legitimidade *in caso*, defende-se, obviamente, a sua competência para interpretar e zelar pela unidade da Constituição. O que lhe confere o dever de perseguir o objetivo da máxima adequação do sistema jurídico aos valores igualdade, liberdade e dignidade do sujeito. A despeito do princípio da separação de poderes, cabe também ao Judiciário buscar os objetivos da República Brasileira e respeitar a integridade do sistema jurídico, eminentemente teleológico e não lógico-formal. Em especial no que diz respeito à intangibilidade dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** ADI no.4.277. União Estável. Legitimidade do STF. Diversidade de sexos. Direito de personalidade.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to evaluate the foundations and legality of the STF decision (Direct Action of Unconstitutionality 4,277) which, by suppressing the assumption of gender diversity, has expanded the concept of civil union. While we dispute the legitimacy of this particular decision, we support STF's role as the interpreter and guardian of the Brazilian Constitution, whose task is to reconcile the judicial system with the principles of equality, individual freedom and dignity. Despite the principle of independence among government branches, the judiciary must pursue the goals of the Brazilian Republic while respecting the integrity of the judicial system, which is primarily teleological rather than formally logical, particularly when it comes to the intangibility of individual rights.

**KEYWORDS:** ADI no.4.277. Stable union. Legitimacy of the Supreme Court. Gender diversity. Right personality.

## RESUMEN

El objetivo del trabajo es analizar los fundamentos y la legitimidad del STF (Acción Directa de Inconstitucionalidad 4.277) que, al suprimir la esencialidad del presupuesto de la diversidad de sexos, amplió el instituto de la unión estable. A la par de la crítica sobre su legitimidad *in caso*, se defiende, obviamente, su competencia para interpretar y celar por la unidad de la Constitución, lo que le confiere

\* Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004). Atualmente desenvolve o magistério superior, posicionada na classe adjunto, nível 3, da Universidade Federal do Ceará e classe adjunto, nível 06, da Universidade de Fortaleza, atuando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado). E-mail: [joyceane@unifor.br](mailto:joyceane@unifor.br)

\*\* Mestre em Direito Constitucional, professora da graduação e Pós Graduação da Universidade de Fortaleza, Coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: [cecilia@unifor.br](mailto:cecilia@unifor.br)

el deber de perseguir el objetivo de la máxima adecuación del sistema jurídico a los valores de igualdad, libertad y dignidad del sujeto. A pesar del principio de la separación de poderes, cabe también al Poder Judicial perseguir los objetivos de la República Brasileña y respetar la integridad del sistema jurídico, eminentemente teleológico y no lógico-formal, en especial en lo que respecta a la intangibilidad de los derechos fundamentales.

**PALABRAS CLAVE:** ADI número 4.277. Unión Estable. Legitimidad del STF. Diversidad de sexos. Derecho a la personalidad.

## INTRODUÇÃO

Por volta dos anos noventa observou-se, no Brasil, uma atenção mais ostensiva sobre questões relativas à homossexualidade. A temática ganhou espaço na arena social por meio de movimentos, tais como as paradas *gay*, que resultaram na abertura de espaços para lazer, cultura e entretenimento dessas minorias. Dentre essas questões, a que se refere à discussão sobre a possibilidade da união entre homossexuais chega às instituições formais, mediante apresentação de projetos de lei e demandas jurídicas pessoais. A par da inércia do Legislativo, o Poder Judiciário se manifestou ora emitindo decisões favoráveis ora lhes denegando o direito de união.

Atualmente no Brasil tais demandas se tornaram significativas e, suscitando reiteradas respostas jurisdicionais que reiteraram a equiparação entre as uniões estáveis homossexual e heterossexual. Em paralelo, no anos de 2010, o STJ já havia concedido o direito de adoção a um par homossexual feminino. Mesmo assim, essas decisões não se expressavam por meio de consenso. Ainda persistiam decisões que tratavam a relação afetiva entre homossexuais como meras sociedades de fato, alheias ao Direito das Famílias.

Note-se que as divergências jurisprudenciais refletiam o paradoxo da realidade brasileira, marcada por opiniões divergentes quanto ao reconhecimento jurídico da união estável entre homossexuais. Ainda são representativos os setores da sociedade que se opõem à concessão de efeitos jurídicos a tais uniões, muito pior à sua inclusão no plano do direito de família. Em sua maioria, os argumentos que tais setores utilizam tem correlação a questões religiosas.

Embora acolha, anualmente, o maior evento mundial em favor da liberdade sexual (a parada *gay* realizada em São Paulo capital que reuniu em 2010 cerca de quatro milhões de pessoas<sup>1</sup>), no Brasil é quando ocorre o maior número de homicídios por motivo de homofobia. Mais de 260 lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais foram assassinados em 2010 (quase um crime por dia) por causa de sua orientação sexual.<sup>2</sup> Este é um resultado quantitativamente mais grave do que o apurado nos países islâmicos, cuja lei pune a prática homossexual com a morte.

O Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou em 2011 a Resolução 17/19 reafirmando a extensão da universalidade dos direitos humanos a lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT). A resolução estabelece que: "todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito a sua dignidade e seus direitos e que cada um pode se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades [...] sem nenhuma distinção"<sup>3</sup>. Em tese, essa Resolução em nada inova a realidade constitucional brasileira que já garante expressamente o direito geral de liberdade, no art.5º., II., vedando quaisquer tipos de discriminação. Mas a sua importância prática está no fato de consignar sua destinação aos homossexuais, transexuais e transgêneros. A expressa proibição de discriminação devido a preferências sexuais é importante para combater o preconceito.

O Poder Executivo brasileiro, por meio do programa "Brasil sem homofobia", vem desenvolvendo, desde 2004, políticas afirmativas em favor da minoria LGBT. Todavia o Poder Legislativo ainda se esquivava quanto a promover uma regulamentação mais específica. Provavelmente a omissão do Legislativo reflete o seu caráter mais conservador.

1 Dados disponíveis em: <<http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/pais/2011/06/27/PARADA-DO-ORGULHO-GAY-REUNE-QUATRO-MILHOES-DE-PESSOAS-EM-SP.htm>>.

2 Estatística divulgada pelo Grupo Gay da Bahia. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br>>.

3 UNITED NATIONS. Disponível em: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/148/76/PDF/G1114876.pdf?OpenElement>.

No entanto, tendo em vista a ampliação das demandas judiciais em torno da questão, em 2009 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pela competência das varas de família para tratar dessa questão. A discussão aportou no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, protocolada pela Procuradoria Geral da República como Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em 05 de maio de 2011, por meio de decisão unânime, a ação nº 4.277 foi julgada procedente, o que resultou em uma interpretação conforme Constituição. Tal interpretação promoveu a ampliação do dispositivo do art. 1723 do Código Civil, ao suprimir o requisito *diversidade de sexos* como pressuposto essencial para o reconhecimento do instituto da união estável. Ao acórdão foi conferido efeito vinculante e *erga omnes*, de sorte que todos os juízes e Tribunais do país, quando instados a decidir, no caso concreto, deverão seguir aquela interpretação. Isto é, deverão admitir o efeito jurídico à união estável mesmo sem que haja a diversidade de sexos entre os postulantes. A decisão provou reações dissonantes entre os juristas, muitos deles questionando a legitimidade do Tribunal e denunciando que julgados desse jaez poderiam abalar a estabilidade da independência entre os poderes.

O objetivo do presente estudo é o de analisar o fundamento material do julgado e a legitimidade democrática do STF para se imiscuir em matéria tradicionalmente legada à competência do Legislativo. A análise remete a questões mais amplas concernentes à força normativa dos princípios constitucionais e à compreensão do sistema jurídico em sua natureza teleológica e não lógico-formal. Aplica-se neste caso o raciocínio de Canaris<sup>4</sup> para justificar que o aplicador do Direito deve buscar a unidade e a adequação do sistema, priorizando os valores genéricos que conduzam à justiça e à igualdade. A discussão segue em quatro partes: 1. Força normativa dos princípios constitucionais; 2. Proteção assegurada pelos princípios à pessoa homossexual; 3. União estável entre pessoas do mesmo sexo e, por fim, 4. Análise da decisão do Supremo Tribunal na Adi 4.277, em face do Princípio da Separação dos Poderes.

## 1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As constituições modernas, especialmente as ocidentais, adotaram os mesmos valores preceituados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelecendo a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade como fundamentos normativos. A jurisdicação desses valores, por intermédio da atuação majoritária representada na Constituinte, permite a tutela integrada da pessoa como uma finalidade do Estado e da Sociedade.

Como princípios constitucionais, tais valores são importantes para garantir a unidade e a adequação de todo o sistema jurídico que não pode ser explicado, haja vista a complexidade dos problemas sócio-jurídicos, pela ideia de um sistema lógico formal. O Direito, considerado um sistema axiológico, se justifica especialmente pelo empenho na aplicação do princípio da justiça e da sua concretização no princípio a partir da igualdade.<sup>5</sup> É a utilização desses princípios que promove coerência e unidade ao sistema, evitando que se apresente como um amontoado de normas desconexo e contraditório.

A dignidade da pessoa humana se difunde pelo direito civil e assim consolida uma verdadeira cláusula geral de tutela para as relações existenciais e patrimoniais<sup>6</sup>. Essa orientação chega ao Brasil nos anos oitenta; e a partir daí se irmana aos ideais progressistas da constituinte. Ao vincular todos os poderes estatais, a cláusula geral autoriza tutela à pessoa, transcende os limites formais do direito subjetivo, para se expandir para todas as vicissitudes de sua vida social. Não se trata de retornar aos postulados do direito natural, mas de aplicar o direito a partir da máxima adequação dos princípios constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa, a igualdade e a liberdade, posicionados como valores primários da ordem jurídica. Uma vez legislado um valor (primário), deve-se pensar em todas as suas consequências, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e, assim, evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores.

4 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**.

5 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.22

6 PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972.

Consequentemente, garantir a adequação formal se torna também tarefa do sistema teleológico, em total consonância com a sua justificação a partir do princípio formal da igualdade<sup>7</sup>.

Portanto as situações existenciais não podem ser apreciadas apenas pela ótica das regras jurídicas, sem que delas se extraia a máxima adequação àqueles elevados valores constitucionais. A Constituição é a expressão jurídica máxima dos valores sociais. Por isso, quando em face de situações distintas do preceituado pela norma constitucional, o aplicador do Direito (Legislativo e Judiciário) deverá garantir o "dever-ser" da norma, primando pela adequação máxima ao sistema, cujas propostas maiores são justiça e igualdade.

Neste sentido, é relevante a discussão entre Lassale e Hesse. Lassale<sup>8</sup> acredita em uma Constituição Real, formada pelos fatores reais de poder, ao lado de uma Constituição Escrita – simples folha de papel, sem qualquer poder de transformação social. Hesse, ao contrário, defende a força da Constituição a despeito dos demais fatores do poder. Ele entende que a vigência e a pretensão de eficácia da Constituição permitem a imposição de tarefas que culminam na modificação da realidade,

Embora a Constituição não possa por si só realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma - se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder concretizar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.<sup>9</sup>

O reconhecimento da força normativa da Constituição é fruto do constitucionalismo moderno, apartado da lógica legalista dos positivistas e desapegado aos vagos fundamentos do jusnaturalismo. Mas comprometido com a reaproximação entre a ética humanista e o Direito, articulada pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Os princípios são os propulsores da unidade e da adequação do sistema jurídico teleológico.<sup>10</sup> No entanto difícil tarefa será a de atribuir os conteúdos a esses valores constitucionais, dentre os quais liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Mas a resposta pode advir da própria referência aos direitos fundamentais<sup>11</sup>, os quais constituem uma ordem de valores que condicionam, mais concretamente ainda, Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>12</sup>.

Os princípios constitucionais são espécies de normas dotadas de eficácia e padrão monogenéticos, na medida em que têm a tarefa de fundamentar outras normas. Mesmo assim, têm eficácia jurídica. Segundo Canotilho<sup>13</sup>, "os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos". Mesmo pela corrente seguida por Canotilho, seria possível apurar a eficácia do direito das pessoas homossexuais em constituir união estável entre si.

Tratando da eficácia normativa dos princípios, Barcellos<sup>14</sup> prefere falar em *grau de exigibilidade* pois, segundo ela, nem sempre o ordenamento jurídico dota os diversos enunciados normativos de igual eficácia jurídica. Seguindo a classificação sugerida pela autora, pinçamos a eficácia jurídica simétrica ou positiva, a eficácia de vedação do retrocesso, a eficácia jurídica negativa e a eficácia

7 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. p.75-76.

8 LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p.40

9 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 19

10 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**.

11 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 41-42

12 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. p.23

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.p.1.160

14 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

interpretativa que interessam ao estudo. A primeira, eficácia jurídica positiva, é achada naqueles dispositivos que delineiam verdadeiros direitos subjetivos, pretensões específicas passíveis de imediata exigência perante o Judiciário. Pela segunda, vedação do retrocesso social, impede-se que o legislador revogue disposição atinente aos direitos fundamentais sem apresentar outro mecanismo substitutivo.<sup>15</sup> A terceira, correspondente à chamada eficácia negativa, é uma construção doutrinária que busca a expansão da capacidade normativa dos princípios constitucionais, a partir da atuação do intérprete. Nas hipóteses em que uma regra é ofensiva ao núcleo de certo princípio, ela padece de invalidade, por exemplo.

Como o conteúdo dos princípios é mais indeterminado, a sua expansão normativa é deferida, quando o intérprete/aplicador declara como inválidas àquelas normas e/ou atos administrativos que lhes são materialmente contrários<sup>16</sup>. A quarta modalidade, eficácia interpretativa, confere aos princípios o destaque de balizas éticas que orientam e integram axiologicamente o sistema<sup>17</sup>, garantindo-lhe a máxima adequação e unidade. Neste aspecto, pela eficácia interpretativa, o aplicador pode dilatar o campo de aplicação das regras, visando à maior adequação às balizas axiológicas do sistema<sup>18</sup>.

Na explicação de Barcelos<sup>19</sup>, a tradicional doutrina reconhece aos princípios as três últimas espécies de eficácia (vedação do retrocesso, negativa e interpretativa), no entanto isso ainda não é suficiente. Essas três espécies de eficácia somente protegem o princípio de eventuais investidas positivas, em geral do Estado (outro enunciado normativo ou ato administrativo). Somente a ação comissiva seria possível deflagrar a eficácia jurídica de tais normas. A omissão ofensiva ao seu conteúdo jurídico, por deixar de realizar o efeito do princípio, padeceria de consequência. Do contrário, a omissão do seu reconhecimento poderia ferir os princípios e deflagrar alguma eficácia jurídica?

Transpondo a análise da eficácia para a questão em foco, tem-se que, pela eficácia negativa e interpretativa dos princípios da dignidade da pessoa e seus direitos de liberdade e igualdade, a regra do art.1.723 pode ser expandida para permitir a união estável entre pessoas homossexuais com uma verdadeira eficácia simétrica.

E essa eficácia simétrica pode se extrair da fundamentalidade do direito geral de liberdade associado ao direito de igualdade. O critério da *fundamentalidade social* diz respeito ao grau de importância ou relevância social que o dispositivo assume. Quanto mais importante for uma matéria para sociedade, mais consistente deverá ser a modalidade de eficácia que ela possui. Ressalte-se que só será necessário recorrer ao argumento fundamentalidade social naqueles casos em que o próprio ordenamento já não tenha revelado o grau de importância da norma. Pois se afirmando que determinada matéria é constitucional, constitui direito fundamental, apresenta-se como cláusula pétrea, o ordenamento já lhes confere fundamentalidades especiais<sup>20</sup>.

No caso dos direitos fundamentais individuais, a fundamentalidade social é patente porque a própria Constituição prevê sua aplicabilidade imediata<sup>21</sup> e sua inclusão no rol das cláusulas pétreas. Atribuindo autoaplicabilidade a tais direitos, o legislador dispensou qualquer mediação legislativa ulterior para densificá-los, razão pela qual devem ser imediatamente garantidos e com a chamada eficácia simétrica ou positiva.

É de se notar que o direito geral de liberdade, por exemplo, gera para os titulares o livre exercício da orientação sexual, mesmo que distinta da orientação heterossexual. Uma vez que se

15 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana.** p.73

16 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana.** p.82

17 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana.** p.99

18 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana.** p.105

19 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana.** p.108

20 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana.** p.136-139

21 O artigo 5º parágrafo 1º estabelece que: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

permite essa liberdade constitucional, por via de consequência, também se permite a formação de um arranjo familiar afetivo homossexual. Ademais, considerando o princípio da igualdade, priorizar a união heterossexual seria ferir a exigência ético-jurídica de adequação do sistema jurídico.

## 2 A PROTEÇÃO À PESSOA HOMOSSEXUAL ASSEGURADA PELOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, IGUALDADE E LIBERDADE

Há uma norma sexual, socialmente imposta, que dita as regras e estabelece os parâmetros divisórios entre condutas sexuais que devem ou não ser aceitas<sup>22</sup>. Essa norma sexual é um forte elemento que justifica a busca pela diferença entre homo e heterossexuais. No entanto é de se pensar que sem ela a "escolha" livre, por meio do exercício da sexualidade, poderia representar apenas uma, dentre muitas escolhas que o indivíduo poderia realizar nas várias dimensões de sua vida.

Na realidade, em razão da diferença cromossômica, é possível identificar dois tipos de sexos diferentes - o feminino e o masculino. Mas a distinção entre homo ou heterossexuais se caracteriza por intermédio da preferência/inclinação sexual que um homem ou uma mulher tenham por alguém do mesmo sexo ou do oposto ao seu. Essa preferência pode não ter uma razão específica imediata, mas resultar de um longo processo de construção da identidade. Não há, comprovadamente, razões científicas para distinguir-se homo e heterossexuais. Costa<sup>23</sup>, por exemplo, entende ser irreal buscar a existência de uma essência comum a todos aqueles que preferem loiras a morenas. Sob essa perspectiva, assevera que:

O homem homoeroticamente inclinado não é como facilmente acreditamos, alguém que possui um traço ou um conjunto de traços psíquicos que determinariam a inevitável e necessária expressão da sexualidade homoerótica em quem quer que os possuísse. A particularidade do homoerotismo em nossa cultura não se deve a pretensa uniformidade psíquica da estrutura do desejo comum a todos os homossexuais; deve-se, sugiro, ao fato de ser uma experiência subjetiva moralmente desaprovada pelo ideal sexual da maioria.<sup>24</sup>

Encarada como uma manifestação da subjetividade, não é possível tratar sobre sexualidade humana sem considerar o seu caráter multidimensional e a soma de fatores que podem interferir em sua expressão. A formação da identidade sexual pressupõe não apenas a caracterização de estruturas anatômicas, mas também a manifestação autônoma do comportamento do sujeito em seu contexto sociocultural. A influência cultural e histórica sobre a maneira como cada um sente, percebe a si mesmo e às demais pessoas é singular. Por este motivo, não há outra forma de compreender-se a vivência da sexualidade, que não seja a de conceber a autonomia do indivíduo original e singular.

Essa singularidade permite considerar particular a sexualidade de cada um dos tipos que integra a diversidade sexual. Portanto, tendo em vista uma realidade histórico-cultural-ambiental, a manifestação da sexualidade assume um caráter multifacetado. E, por se referir à personalidade e à identidade do sujeito, merece proteção específica por intermédio dos direitos de personalidade.

O artigo 1º, da Constituição Federal brasileira de 1988, elevou a dignidade da pessoa humana à categoria fundamento da ordem constitucional, motivo pelo qual não apenas as regras, mas também os próprios princípios, são por ela orientados. Considerando-se a dignidade da pessoa humana em conjunto com outros princípios, chega-se à unidade de sentido e de valor ao ordenamento. Por isso, constitui um "valor-fonte fundamental do Direito"<sup>25</sup>. A fim de assegurar que a adoção desse valor produza efeitos práticos, a jurisdição constitucional pode até mesmo se imiscuir na política<sup>26</sup>.

Ora, a importância da dignidade do homem como um valor fundamental do ordenamento jurídico está em fundamentar o seu livre desenvolvimento e autodeterminação. A expressão *dignidade da*

22 FOCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

23 COSTA, Jurandir Freire. **A face e o verso**. São Paulo: Escuta, 1995.19-25.

24 COSTA, Jurandir Freire. **A inocência e o vício**. 4. ed. Rio de Janeiro: Relume - Dumará, 1992.p.22.

25 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006. p. 86

26 LIMA, Martonio Mont´Alverne B. Lima. **Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política**. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.199-255.

*pessoa humana* em substituição à expressão dignidade humana permite salientar esse caráter individualizante. Este identifica a pessoa concreta em sua vida real, permeada pelas faculdades, particularidades e dificuldades em exercer sua humanidade<sup>27</sup>.

Portanto inadmitir efeitos jurídicos às relações afetivo-sexuais entre pessoas de mesmo sexo é ignorar sua individualidade, autodeterminação e personalidade. Enfim, ignorar sua dignidade, impondo-lhes o modelo de exercício da sexualidade que é majoritariamente aceito. Relembre-se que a garantia da dignidade da pessoa também se inclui na garantia de princípios subjacentes, tais como o direito à igualdade e à liberdade, e todos culminam para a realização da justiça. Assim, qual seria o critério apto a adequar os valores constitucionais e ao mesmo tempo aplicável para impedir ou embaraçar o reconhecimento jurídico àquelas relações? Não cremos haver.

Note-se que o direito fundamental à igualdade tem guarida constitucional desde o preâmbulo, quando o constituinte anuncia a intenção de fundar uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”; no art.3º., quando se insere entre os objetivos fundamentais da República, que o Estado brasileiro deve “promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação”. E, sobretudo, como um direito fundamental no caput do art.5º.

Em sua concepção formal, a igualdade está associada à própria noção de estado de direito, ao qual se confia a tarefa de fazer cumprir e de realizar o direito, de forma que cada um seja, sem quaisquer distinções, igualmente compelido e liberado diante da lei. É a primazia da lei como formulação abstrata, genérica e universal aplicável a todos na mesma medida. Porém, em sua dimensão material, a igualdade pressupõe a existência das diferenças. Considera que a presença de certas desigualdades entre as pessoas justifica que estas tenham um tratamento também desigual por parte da lei. No entanto a permissão para o tratamento desigual deriva de autorizados critérios de diferenciação que se apresentam como essenciais à garantia da justiça.

A consequência da igualdade formal no âmbito da sexualidade importa a previsão e a aplicação de igual tratamento legal aos indivíduos, independentemente de sua orientação sexual. Ou seja, nas questões em que surgirem divergências a respeito de aplicação de direitos e o critério de diferenciação for a sexualidade, o tratamento diferenciado só será legítimo se ancorado em fundamentos constitucionais, além das justificações racionais que demonstrem a necessidade da diferenciação. O *discrimen* tem de estar atrelado à realização dos escopos da própria ordem constitucional. Porém o artigo 3º da Constituição, tocante à igualdade, alude expressamente à proibição de “quaisquer outras formas de discriminação”, o que inclui a discriminação por orientação sexual, não somente por parte de terceiros e ainda mais por parte do Estado.

No que tange ao direito à liberdade, importante que se façam algumas considerações que redundem em igual garantia à dignidade da pessoa homossexual. Longe do conceito liberal de autonomia da vontade, o direito à liberdade significa a possibilidade de autodeterminação da pessoa, permitindo-lhe a realização das “escolhas existenciais básicas e que persiga seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique violação de direitos de terceiros”<sup>28</sup>.

Garantido pelo inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, o princípio da liberdade geral tem prevalência sempre que o legislador não puder justificar sua limitação por razões fundadas no próprio sistema jurídico teleológico. Para limitar esse direito, o legislador, portanto, “fica vinculado a um ônus de argumentação, nos termos do qual lhe caberá demonstrar a existência de direitos de terceiros ou de interesses coletivos que ilidam a presunção de princípio em favor da liberdade”<sup>29</sup>.

Não há dúvidas que a eleição da pessoa com quem se quer viver pertença ao âmbito das escolhas básicas e privadíssimas do indivíduo, seja o parceiro do mesmo sexo ou não. Isso envolve etapas da própria construção da identidade do sujeito. Trata-se de uma prerrogativa decorrente do desenvolvimento livre de sua personalidade. E por esse caminho argumentativo a questão foi encarada na ADI 4.277.

27 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. t. I. p.169

28 Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO Daniel, IKAVA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2008. p.646

29 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”**. Coimbra: Almedina, 2002. P.93

### 3 ADI 4.277 E A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

No caso em apreço, a Procuradoria Geral da República (PGR) questionou a constitucionalidade do artigo 1723<sup>30</sup> do Código Civil, pugnando por uma interpretação que considerasse meramente exemplificativa a expressão "entre homem e mulher". Entendimento contrário feriria os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa homossexual, expondo a adequação e a unidade do sistema sob ameaça. Eis a tendência individualizante que irrompe, denunciando a impossibilidade prática de definir o sistema, em termos absolutos, como uma realidade completa e suficiente *perene*. No entanto "uma determinada ordem jurídica positiva não é uma "ratio scripta", mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação e, assim, com o pensamento sistemático"<sup>31</sup>. Ademais, uma norma de direito privado não pode constringir conteúdo de direito fundamental, pois estes precedem aqueles<sup>32</sup>.

Porém a expressão contida no artigo 1723 do Código Civil reproduz o texto do parágrafo terceiro do artigo 226<sup>33</sup> da Constituição, que trata da união estável. Logo, parece difícil falar em uma possível inconstitucionalidade<sup>34</sup>. No entanto a percepção dessa regra, sem a correlação com aqueles poucos princípios constitucionais, já mencionados, comprometeria a unidade do sistema.

Assim, ao STF restaria as seguintes possibilidades de julgamento: a) declarar o artigo 1723 do Código Civil, inconstitucional por desobediência aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade; b) declarar a constitucionalidade do artigo 1723, em razão de sua identificação textual com o artigo 226 § 3º da Constituição ou, por fim, c) declarar a constitucionalidade do artigo 1723, desde que interpretado em conformidade<sup>35</sup> com os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, buscando a chamada adequação valorativa.

A decidir pela inconstitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil, o Supremo declararia a inconstitucionalidade do artigo 226 § 3º, já que a expressão "homem e mulher" como requisito para a caracterização da união estável reside em ambos os artigos. Uma decisão desse jaez admitiria a tese da existência de normas constitucionais inconstitucionais<sup>36</sup>, preterindo o princípio da unidade da Constituição. Ademais, uma leitura dessa natureza denotaria a preferência pela análise do direito como um sistema lógico-formal e não como um sistema jurídico axiológico. Por outro lado, caso o Supremo decidisse pela constitucionalidade do artigo questionado, em razão de sua identificação com o artigo 226 da Lei Fundamental, estaria retirando a eficácia dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa. Tais princípios têm normatividade e autoaplicabilidade, como se desprende da leitura do voto do relator na decisão contida na ADI 4277.

30 Artigo 1723 do Código Civil: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

31 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. p.199.

32 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. p.36.

33 Artigo 226 da Constituição Federal: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

34 Não cabe analisar nesse texto a eventual possibilidade de Declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, por ser tal análise desnecessária aos argumentos que serão expostos.

35 Realizou o Supremo interpretação conforme a Constituição. Explica Bonavides sobre interpretação conforme a constituição: "uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem, tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p.518.

36 Segundo BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel. M Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, é possível que uma norma constitucional elaborada pelo poder constituinte originário seja inconstitucional. O autor diferencia s normas constitucionais de significado secundário, meramente formal, de normas "grau superior", as quais tratam de preceitos materiais fundamentais para a Constituição. Seria possível então, que as normas inferiores que contrariassem as superiores fossem declaradas inconstitucionais ou não vinculativas.

No intuito de preservar a unidade da Constituição e, conseqüentemente, assegurar a unidade e adequação do sistema jurídico, restou ao Supremo considerar a locução “homem e mulher” como exemplificativa. Fez isso honrando a eficácia interpretativa do princípio e ainda realizando a adequação valorativa do sistema. Vide o argumento do voto principal:

Assim interpretando por forma **não reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que 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. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade**. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade (Grifo propositivo)

O princípio unidade da Constituição parte da premissa de que o texto constitucional não comporta hierarquia entre suas próprias normas. Sendo assim, em caso de confrontos normativos se devem compatibilizar os dispositivos conflitantes do sistema, buscando assegurar a unidade da Constituição e não a aplicação de preceitos isolados entre si<sup>37</sup>. Os postulados unidade e adequação do sistema jurídico teleológico são as balizas ético-jurídicas aplicáveis na redução dessas contradições. Defendendo a unidade da Constituição, Canotilho<sup>38</sup> enfatiza que, ao aplicar as regras e os princípios, o intérprete deve tratá-la como um todo unitário:

O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as <lerem> e <compreenderem>, na medida do possível, como se fossem obra de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça.

Com arrimo no mencionado princípio, o Supremo, em vez de excluir, conferiu ao parágrafo terceiro do artigo 226 interpretação condizente com os valores axiológicos albergados pela Carta de 1988. Privilegiou, dessa maneira, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito a que homossexuais possam constituir família, do mesmo modo que o fazem os heterossexuais. Logo, não identificou um critério discriminatório, constitucionalmente válido, amparado naquela principiologia, para atribuir tratamento diferenciado às uniões heterossexuais em detrimento das uniões homossexuais. Ademais, se em face da contradição entre valores e normas houver de optar-se por preferir a igualdade em favor da lealdade à lei, vencerá o intento positivista ancorado na ideia de direito como um sistema dogmático-formal<sup>39</sup>.

#### 4 A INTERPRETAÇÃO DO STF AO ARTIGO 1723 DO CÓDIGO CIVIL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conciliar a regra vontade da maioria com garantia dos direitos fundamentais parece ser o grande desafio da democracia atual. Ao mesmo tempo em que o direito de governar da maioria deve ser respeitado, há que se proteger as minorias de decisões que desconsiderem sua condição de sujeitos de direitos e atinjam a sua dignidade. Do contrário, poderá resvalar-se em comprometimento do princípio da igualdade.

Delineado por Montesquieu para diminuir os excessos absolutistas do Estado, o Princípio da Separação dos Poderes foi concebido sob a expectativa da filosofia individualista, que buscava principalmente efetivar os direitos de propriedade burgueses. Era essencial que os poderes se

37 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P.263

38 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p.1184

39 “Esse aspecto pode, contudo, por agora ficar em aberto; pois também do ponto de vista de um positivismo extremo, não fica o juiz, de modo algum, submetido sem exceção a normas infraconstitucionais, antes podendo negar-lhes obediência com a fundamentação de que são inconstitucionais. Porque as contradições de valores são violações do princípio da igualdade, surge, precisamente, uma aferição pela bitola do art.3. I. GG. A problemática torna-se assim uma problematização constitucional”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. p. 223-224)

misturassem o mínimo possível, pois suas funções bem delimitadas representavam a garantia da segurança jurídica e da não intervenção do Estado, tão importantes para os liberais. Modernamente, a separação de poderes vigente guarda o mesmo objetivo de reduzir os excessos tanto de um poder em relação a outro, quanto de um ou de todos os poderes em relação aos particulares. Todavia, além disso, deve se conformar a outros princípios constitucionais, a exemplo da dignidade da pessoa humana e do conjunto dos direitos fundamentais.

A atual concepção do princípio da Separação dos Poderes advém da própria noção de Estado democrático de direito, pois é tarefa do constitucionalismo moderno harmonizar dois princípios básicos: a democracia entendida como vontade soberana do povo ou da vontade da maioria e o Estado de direito responsável pela garantia dos direitos fundamentais.

Nos países que adotaram o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, os eventuais conflitos políticos de índole constitucional se resolvem por uma decisão do Tribunal Constitucional e não por meio de decisão da maioria. Foi a alternativa concebida para minimizar os riscos de que um governo da maioria fosse excludente e preconceituoso. Em qualquer caso, devem se respeitar os limites procedimentais e substanciais previstos na Constituição<sup>40</sup>, estes últimos encarados como valores elementares.

No Brasil, as bases ideológicas do Estado de bem-estar social e sua influência sobre a Constituição de 1988 provocaram a quebra do paradigma absoluto da Separação dos Poderes, inadmitindo que os poderes estatais exerçam funções estanques. A independência preceituada pela Constituição se revela muito mais como interdependência, pois a todos os poderes compete o cumprimento das normas constitucionais. Já no artigo segundo, o texto prevê a interdependência dos poderes sem estabelecer uma separação absoluta entre eles, na medida em que se combinam as funções típicas e atípicas.

Dirley da Cunha<sup>41</sup> ressalta inclusive a legítima função normativa conferida ao Judiciário diante da omissão do Legislativo em efetivar direitos constitucionalmente assegurados:

Em face de sua atuação substitutiva e supletiva se não há violação de direitos, não há intervenção do Judiciário [...] Do contrário, diante da omissão dos doutros Poderes a atuação do Judiciário é exigida para fazer valer o primado da Constituição e do Direito. Nessa esteira de reflexão, pode-se admitir que uma as omissões do poder público, principalmente as do Legislativo, acabaram por conferir ao Judiciário uma legítima função normativa, de caráter supletivo, no exercício de efetivar as normas constitucionais [...].

Nesse contexto, a própria Constituição conferiu ao STF o múnus de guardião da ordem constitucional estabelecida. Inclui-se, nessa tarefa, o controle concentrado de constitucionalidade<sup>42</sup>, por meio do qual se concretiza a supremacia constitucional sobre as normas infraconstitucionais. Persiste a ideia de associar o controle de constitucionalidade a uma atuação meramente negativa, por meio da qual o Tribunal apenas anula os atos legislativos contrários à Constituição, retirando-os do ordenamento. Mais que isso, o controle de constitucionalidade permite a tarefa de concretização dos princípios constitucionais.<sup>43</sup>

A tarefa de interpretar e estabelecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis poderá gerar efeitos positivos de efetivação de direitos preceituados pela Constituição. Tal situação não importará necessariamente em desobediência à Separação dos Poderes, pois quando o

40 BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

41 CUNHA, Dirley Junior. As separações das funções estatais ante a uma nova dogmática constitucional. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

42 O controle de constitucionalidade não exclusivo do STF. O Poder Executivo e Legislativo realizam controle preventivo de constitucionalidade das leis antes de sua vigência. O controle repressivo- exercido após a admissão da lei pelo ordenamento jurídico, é exercido pelo Poder Judiciário na forma de controle difuso ou concentrado. No controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei diante de um caso em concreto (lide). Trata-se de declaração circunstancial no curso de um pleito judiciário, tendo, em regra, efeito apenas para as partes. No controle concentrado, realizado unicamente pelo STF, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei é feita em abstrato e a decisão terá, em regra, efeito vinculante e *erga omnes*.

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

Supremo concretiza direitos fundamentais cumpre os ditames do constituinte originário de garantir a normatividade da Lei Fundamental.

O fato de as decisões do Supremo não se submeterem a nenhum órgão democrático de controle posterior lhe atribui o poder de emitir a "última palavra". Tal situação de direito provoca, no entanto, discussões inflamadas sobre a questão da legitimidade, especialmente pelo fato da investidura de seus membros não resultar de eleição popular, mas de indicação do Executivo. A despeito dessa crítica e da função de controle do STF, ressalte-se que suas decisões podem ser alteradas por meio de Emenda Constitucional.

De toda sorte, seguindo o argumento de Binembojm<sup>44</sup>, seria mais oportuno para o equilíbrio do sistema jurídico-democrático centrar a discussão na *legitimidade do debate*, perquirindo o que é ou não legítimo na discussão, antes de apegar-se ao problema da legitimidade decisória do Tribunal. Afinal, o papel de um tribunal com o *status* do STF é o de "ser uma instância de reflexão racional sobre a legitimidade das decisões da maioria [...]". Trata-se, eminentemente, de uma instância de discussão e aplicação racional do Direito.

Inobstante, referindo-se ao pedido da Procuradoria Geral da República na ADI 4277, Lênio Streck<sup>45</sup> alega que o judiciário transbordou de suas funções, legiferando em lugar do poder competente sob o argumento de sua inércia em acompanhar as mudanças sociais. Para ele, a atitude reflete o chamado ativismo judicial, senão veja-se,

O que preocupa neste tipo de pedido de tutela judicial é que ele traz consigo – de modo subterrâneo – uma ideia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a "*bons activismos judiciais*" para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar

O temor de Streck é o de que o nominado *ativismo judicial* dê azo a um governo autoritário de juízes. A esse respeito convém lembrar Dworkin<sup>46</sup>, para quem a revisão judicial de decisões legislativas não se limitaria apenas à perquirição dos limites da intenção do legislador ao tempo da elaboração. Além disso, visaria também buscar uma construção sistemática. Em suas palavras: "Qualquer teoria passível de revisão judicial é interpretativa no sentido de que tem como objetivo oferecer uma interpretação da Constituição enquanto documento jurídico, original e fundador e **também pretende integrar a Constituição à nossa prática constitucional e jurídica como um todo**". (grifo proposital)

Quando se refere aos hermeneutas, que se apegam apenas ao texto da norma Constitucional, adeptos das chamadas teorias interpretativas, Dworkin<sup>47</sup> adverte para a necessária atenção à própria teoria constitucional:

Na verdade, pode parecer que as teorias comumente chamadas de 'interpretativas' – as teorias que nos parecem mais presas ao texto da Constituição considerado isoladamente – têm mais probabilidade de revelarem-se não interpretativas nesse sentido amplo. Pois parecem prestar bem pouca atenção a questões a respeito da 'finalidade' de se ter uma Constituição ou de por que a Constituição é a lei fundamental. Parecem começar (e terminar) com a própria Constituição e supor que a teoria constitucional não prevista fazer nenhuma suposição que não seja extraída dos limites desse documento.

Não está em caso a defesa de um "ativismo" sem limites. Mas também não se pode esperar uma passividade alienada ou um "ativismo tosco atrelado apenas ao senso de justiça do juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania"<sup>48</sup>.

Ademais, ativismo judicial não se define a partir de UMA ÚNICA DECISÃO. Ao contrário, consiste na conduta contínua do Judiciário em se substituir as demais instituições democráticas. Apreciando

44 BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. p.119

45 STRECK, Lênio Luiz. **Ulisses e o canto das sereias**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2):75-83, 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em: 12 de janeiro de 2012.

46 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p 44.

47 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 46

48 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 452

uma temática polêmica quanto esta abordada na ADI no. 4.277, não poderia o STF deixar julgar (LICC, art. 4º.) como fez, lastreando seu provimento em uma interpretação sistêmico-teleológica orientada pelos valores e fins do texto constitucional.

Em referência ao caso em análise, é necessário que se considere que a existência de omissão do Congresso brasileiro em regulamentar as relações homossexuais, há muito deixara de ser circunstancial. Apesar das inúmeras decisões de juízes e tribunais, conferindo direitos de família ao par formado por pessoas do mesmo sexo e do crescente debate da mídia e da sociedade sobre o tema, o Congresso se recusou a colocar em votação quaisquer dos projetos de lei que favoreceriam a minoria em pauta. Não seria a omissão, uma desatenção ao Direito Geral de Liberdade e ao direito à igualdade? Entende-se que a omissão ofende a integridade dos princípios sim, do mesmo modo já observado por Barcelos<sup>49</sup>.

Ou seja, no que concerne às relações homossexuais, a omissão do Legislativo não se justificou na irrelevância da matéria, tampouco na falta de tempo para decidir sobre a questão (o primeiro projeto de lei sobre o tema foi apresentado em 1995 pela deputada federal Marta Suplicy). É mais provável que a omissão decorresse da resistência da maioria heterossexual. E, pelo princípio "proibição de proteção insuficiente", expressão cunhada por Claus-Wilhelm Canaris<sup>50</sup>, o Estado também será omissor quando se omite ou adota medidas insuficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais.

É bem verdade que se poderia defender a expressão "homem e mulher" contida no artigo 226 da Constituição como condicionante da interpretação do STF, na medida em que a restrição deixa clara a opção do legislador em regulamentar somente as relações heterossexuais. No entanto o argumento favoreceria uma interpretação meramente histórica e não teleológica.<sup>51</sup> Na atual hermenêutica constitucional evolutiva, o mais relevante não é a *occasio legis* e sim a *ratio legis*, o fundamento racional da norma que permite que a ela seja atribuído novo significado mesmo quando mantida inalterada a sua estrutura formal<sup>52</sup>. É aqui que ressalta aquela tarefa do aplicador do Direito em buscar a ideologia e os fins da Constituição.

Considerando, portanto, a interpretação que entende ser o sistema jurídico eminentemente axiológico e não meramente lógico-formal, a Constituição que prevê os direitos individuais como cláusulas pétreas, há que se afastar a interpretação meramente histórica do artigo 226 (e isolada dos demais princípios constitucionais). É cabível que se entenda a locução "homem e mulher" como sendo exemplificativa, em favor de uma hermenêutica que proteja o conjunto de direitos individuais, mesmo diante da força argumentativa da democracia majoritária. A orientação se coaduna com a lição de Dworkin<sup>53</sup>, para quem uma interpretação eficaz da Constituição, como um todo, deve reconhecer que alguns direitos constitucionais se destinam justamente a impedir que as convicções da maioria neguem a aplicação da justiça à minoria.

Mas é partindo do princípio democrático da maioria que Lênio Streck<sup>54</sup> defende a exclusividade do Legislativo para decidir sobre a questão da união estável homossexual:

*[...] em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade)*

49 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: os princípios da dignidade da pessoa humana.

50 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**.

51 De acordo com a explicação de Luis Roberto Barroso em **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.132: "a interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*" No entanto, o próprio autor critica o referido método interpretativo ao esclarecer que nem mesmo o constituinte originário pode ter a pretensão de aprisionar o futuro, o que ocorreria numa interpretação que se apegasse excessivamente à vontade original do legislador.

52 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. p.452

53 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 450

54 STRECK, Lênio Luiz. **Ulisses e o canto das sereias**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2):75-83, 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em: 12 de janeiro de 2012.

**não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”.**

Como referido, o suposto *deficit* democrático do Poder Judiciário não deve ser argumento suficiente para defender a primazia do Legislativo ou para afirmar a absoluta falta de legitimidade das decisões judiciais de efeito *erga omnes*. Se assim o fosse, poderia prejudicar a tutela dos direitos das minorias, conforme explica Dworkin<sup>55</sup>:

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são bem menos vulneráveis nesse sentido.

Em razão da heterogeneidade, complexidade e pluralidade das sociedades contemporâneas, que invariavelmente conduzem ao dissenso, a teoria da democracia deliberativa propõe a máxima “igualdade material” para permitir melhores condições de participação nos processos deliberativos, considerando as vozes da maioria e minoria. Nesse contexto, os direitos fundamentais representam pressupostos importantes que permitem reconhecer a autonomia privada do sujeito, sua participação, em igualdade de chances, no processo de discussão e formação da vontade política e, por fim, os direitos à vida digna indispensável à realização de todos os direitos<sup>56</sup>. Assim, se no processo dialógico a voz majoritária obnubilar os direitos fundamentais, o Judiciário poderá restabelecer a igualdade a partir do controle da constitucionalidade<sup>57</sup>.

A orientação axiológica seguida por Canaris<sup>58</sup> reconhece nos princípios constitucionais os valores que nortearão a adequação e a unidade do ordenamento jurídico. Caberia à jurisdição constitucional a tarefa de efetivar esses valores constitucionais e resguardar a esfera de intangibilidade dos direitos fundamentais, até mesmo contra as investidas eventuais da maioria<sup>59</sup>. Como guardião da unidade da Constituição, o STF, por via de consequência, além da legitimidade democrática, tem o dever constitucional de concretizar a igualdade material, pressuposto fundamental da própria justiça.

A decisão do Supremo, enfim, em vez de afrontar a democracia, garante a sobrevivência dos direitos à igualdade, à liberdade e à dignidade das minorias homossexuais, diante da inércia do Legislativo, e nisso sustenta a sua legitimidade democrática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988 é eminentemente principiológica, razão pela qual é fundamental para a unidade e adequação do sistema jurídico destacar a interpretação teleológica. Os princípios constitucionais estabelecem os valores desse sistema, os quais devem orientar a máxima busca pela unidade. Dentre eles, especialmente para tratar das questões existenciais, elencam-se a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Admitindo o sistema jurídico, como essencialmente axiológico, sua coerência decorre dos postulados da unidade e da adequação, balizas ético-jurídicas indispensáveis à realização plena da justiça e da igualdade.

A Constituição atribuiu aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata, o que lhes confere efetividade material e os torna autoaplicáveis, independentemente de lei ordinária que os regulamente. Os direitos individuais têm ainda eficácia jurídica positiva e, por não necessitarem de dispêndio financeiro para a sua implementação, devem ser assegurados, imediatamente, a todos os cidadãos sem quaisquer distinções.

55 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p.449.

56 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a faticidade e validade**. Vol.II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 190.

57 FREEMANN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. **Lua Nova**. No.32, Ano.1994, p.181-199.

58 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**.

59 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.1-74.

O artigo 1723 do Código Civil, cuja redação é semelhante a do §3º do artigo 226 da Constituição Federal, trata da união estável entre homem e mulher, mas ignora a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Questionado sobre a constitucionalidade do referido dispositivo, o STF entendeu que a interpretação mais adequada aos princípios constitucionais seria aquela que considerasse a expressão "entre homem e mulher" meramente exemplificativa.

O Supremo se utilizou de técnicas de interpretação pautadas na força normativa dos princípios constitucionais, buscando a adequação e a unidade do sistema jurídico teleológico. Juízo diverso poderia importar na quebra da unidade da Constituição, por meio de denegar aos homossexuais os direitos à igualdade e à liberdade em compor seu arranjo familiar.

Em suma, a decisão comentada implementou a eficácia jurídica positiva dos direitos individuais à igualdade e à liberdade e reconheceu a dignidade do homossexual, afirmando-lhe a possibilidade de constituir família por meio da união estável. E não há que se falar em usurpação de competência exclusiva do Poder Legislativo, porque, embora o parlamento garanta o exercício da democracia, representando a vontade da maioria, a supremacia constitucional se impõe quando é necessário garantir o direito das minorias. Considerados minorias, aos homossexuais não poderia ser negado o direito de constituir família, simplesmente pela falta de uma regra, a qual, diga-se de passagem, depende de uma decisão majoritária no Congresso. Coube, pois, ao Judiciário, diante da inércia propositiva do Legislativo, assegurar a força cogente dos princípios constitucionais e sobrepor-los à vontade da maioria.

## REFERÊNCIAS

- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel. M Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência.** Disponível em: <<https://www.stj.gov.br/>> . Acesso em: 10 de outubro de 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA, Jurandir Freire. **A inocência e o vício.** 4. ed. Rio de Janeiro: Relume - Dumará, 1992.
- \_\_\_\_\_. **A face e o verso.** São Paulo: Escuta, 1995.
- CUNHA, Diarley Junior. As separações das funções estatais ante a uma nova dogmática constitucional. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado constitucional e organização do poder.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FOCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber.** Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1997.
- FREEMANN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. **Lua Nova.** No.32, Ano.1994, p.181-199.

Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a faticidade e validade. Vol.II. Trad. Flávio Beno Siene-  
neichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre:  
Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Martonio Mont´Alverne B. Lima. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia  
política. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Ja-  
neiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-255.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. t. I

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”**.  
Coimbra: Almedina, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell’ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Edizioni  
Scientifiche Italiane, 1972.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumén  
Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SAR-  
MENTO Daniel, IKAVA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**.  
Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2008. p.619-659.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. **Teoria da Con-  
stituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris,  
2003, p.1-74.

SPENGLER, Fabiana Marion. 1999. A racionalidade positivista e a interpretação negada: a análise  
necessária sobre a atual crise da jurisdição. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica  
e Teoria do Direito (RECHTD)**. 1 (1): 42-55.

STRECK, Lênio Luiz. **Ulisses e o canto das sereias**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêu-  
tica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2):75-83, 2009. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/  
texto/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias](http://jus.com.br/revista/texto/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias). Acesso em: 12 de janeiro de 2012.

\_\_\_\_\_. O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas. **Revista  
Síntese de Direito de família**. São Paulo: Síntese. Ago-set 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.