



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Educação e Humanidades

Instituto de Psicologia

Fernanda Polo Louredo

**Famílias homoafetivas e direitos civis na contemporaneidade:  
análises psicossociais da decisão do STF**

Rio de Janeiro

2020

Fernanda Polo Louredo

**Famílias homoafetivas e direitos civis na contemporaneidade:  
análises psicossociais da decisão do STF**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Vieiralves de Castro

Rio de Janeiro

2020

**CATALOGAÇÃO NA FONTE**  
**UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CEH/A**

L892

Louredo, Fernanda Polo.

*Famílias homoafetivas e direitos civis na contemporaneidade : análises psicossociais da decisão do STF / Fernanda Polo Louredo. – 2020.*

174 f.

Orientador: Ricardo Vieiralves de Castro.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Psicologia.

1. Psicologia Social - Teses. 2. Famílias homoafetivas – Teses. 3. Contemporaneidade – Teses. I. Castro, Ricardo Vieiralves de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Psicologia. III. Título.

mvf

CDU 316.6

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Fernanda Polo Louredo

**Famílias homoafetivas e direitos civis na contemporaneidade:  
análises psicossociais da decisão do STF**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em 31 de março de 2020.

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Ricardo Vieiralves de Castro (Orientador)  
Instituto de Psicologia – UERJ

---

Profa. Dra. Anna Paula Uziel  
Instituto de Psicologia – UERJ

---

Prof. Dr. Bruno Garcia Redondo  
Faculdade Nacional de Direito – UFRJ

Rio de Janeiro

2020

## DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação às minorias sexuais, com o alento de que a luta alcançou os bancos acadêmicos e os Tribunais Superiores, ganhando a empatia de pesquisadores e profissionais dispostos a enfrentar todos os obstáculos pela garantia de exercício das liberdades fundamentais da pessoa humana

## AGRADECIMENTOS

Ao final de cada ciclo da vida, é espontânea a reflexão sobre o caminho percorrido.

Ao observar a partida, do ponto de vista da chegada, deparamo-nos com todos os percalços superados e, por consequência, com o tamanho da força e da própria capacidade de superação.

E é com esse sentimento de muita superação que agradeço a Deus por ter me mantido de pé e em movimento.

Agradeço ao meu querido orientador, Prof. Dr. Ricardo Vieiralves de Castro, que além de generosamente compartilhar todos os seus conhecimentos teóricos e de vida, por todo percurso se fez meu amigo e não me permitiu desistir, mostrando, a cada dia, que sempre posso ir mais longe.

Aos meus nobres colegas mestrandos, Elaine, Natália, Patrícia e Victor, que foram incansáveis e generosos na permanente intenção de, unidos, seguirmos em prol da vitória individual de cada um. Agradecimento especial à minha amiga e companheira de caminhada, Elaine, que, com largo sorriso, sempre me abraça, me ouve e me acalma.

Ao meu amigo, Marcelo Henrique da Costa, que, de forma generosa e paciente, esteve ao meu lado desde a formação do projeto apresentado no processo seletivo até as últimas dúvidas gentilmente exterminadas com excelência e carinho. Gratidão!

Aos meus familiares, em especial à minha pequena Laura, que foram penalizados pela minha ausência para que o resultado do trabalho fosse alcançado.

Aos membros da banca, Anna Paula Uziel e Bruno Garcia Redondo, nobres doutores, que, mesmo assoberbados em suas atividades profissionais e acadêmicas, alegremente aceitaram o convite de participarem da presente composição, viabilizando a conclusão deste ciclo acadêmico.

Gratidão a todos que de alguma forma participaram deste longo e vitorioso caminho.

## RESUMO

LOUREDO, Fernanda Polo. *Famílias homoafetivas e direitos civis na contemporaneidade: análises psicossociais da decisão do STF*. 2020. 174 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

A dissertação tem por objetivo realizar análise interdisciplinar, com ênfase nos aspectos psicossociais, do texto da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que normatizou as uniões homoafetivas como entidades familiares e garantiu a igualdade de direitos civis aos seus membros. Para tanto, discutiu-se a família sob a ótica das ciências humanas e sociais e sob a ótica jurídica, apresentando as tensões entre a pluralidade de relações conjugais e a rigidez legislativa da qual decorre a segurança jurídica. A fundamentação teórica contemporânea foi abordada a partir da análise de conteúdo da Fundamentação do Acórdão do STF, pela qual os argumentos foram classificados, discutidos e demonstrados. Por fim, apontaram-se alguns efeitos jurídicos e sociais da decisão analisada em um contexto de debate crítico.

Palavras-chave: Famílias homoafetivas. Direitos civis. Contemporaneidade. Psicologia Social.

## ABSTRACT

LOUREDO, Fernanda Polo. *Homoaffective families and civil rights in contemporary times: psychosocial analyzes of the STF decision*. 2020. 174 f. Dissertation (Master in Social Psychology) – Institute of Psychology, State University of Rio de Janeiro, 2020.

The dissertation aims to carry out interdisciplinary analysis, with emphasis on the psychosocial aspects of the text of the decision of the Supreme Federal Court, which regulated homoaffective unions as family entities and guaranteed equal civil rights to their members. To this end, the family was discussed from the point of view of the human and social sciences and from the legal perspective, presenting the tensions between the plurality of conjugal relations and the legislative rigidity from which legal security derives. The contemporary theoretical foundation was approached from the content analysis of the Supreme Federal Court grounds of judgment, in which the arguments were classified, discussed and demonstrated. Lastly, some legal and social effects of the decision analyzed were pointed out in a context of critical debate.

Keywords: Homoaffective families. Civil rights. Contemporaneity. Social Psychology.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 -	Técnica de ponderação .....	58
Figura 1 -	Classificação de argumentos .....	166
Figura 2 -	Argumentos jurídicos/Direito Constitucional .....	167
Figura 3 -	Argumentos jurídicos/Legislação infraconstitucional (Direito Civil, Eleitoral, Previdenciário, outros) .....	167
Figura 4 -	Argumentos jurídicos/Ação afirmativa/Inclusão social. ....	168
Figura 5 -	Argumentos psicológicos/Das partes e de terceiros (filhos, parentes, outros) .....	168
Figura 6 -	Argumentos morais/Interditos.....	169
Figura 7 -	Argumentos morais/Afetos .....	169
Figura 8 -	Argumentos morais/Sexualidade e gênero .....	170
Figura 9 -	Argumentos morais/Homossexualidade/Homoafetividade.....	170
Figura 10 -	Espectros culturais/Simbólicos/Características socioculturais brasileiras ...	171
Figura 11 -	Espectros culturais/Simbólicos/Preconceito/Discriminação .....	171
Figura 12 -	Espectros culturais/Simbólicos/Reflexos do modelo patriarcal .....	172

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
1	<b>FAMÍLIA</b> .....	14
1.1	<b>Família: um olhar pelo viés das ciências humanas e sociais</b> .....	14
1.2	<b>Família: um instituto jurídico</b> .....	25
1.3	<b>Família em tensão: pluralidade dos fatos e rigidez das normas</b> .....	39
2	<b>ANÁLISE DE CONTEÚDO: DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL - ADPF N. 132/RJ E ADI N. 4.277/DF</b> .....	43
2.1	<b>As atribuições do Supremo Tribunal Federal no sistema jurídico brasileiro</b> .....	44
2.2	<b>Considerações metodológicas</b> .....	52
2.3	<b>Análise de conteúdo</b> .....	56
2.3.1	<u>Argumentos jurídicos</u> .....	56
2.3.1.1	Argumentos jurídicos de Direito Constitucional .....	56
2.3.1.2	Argumentos jurídicos fundamentados em legislação infraconstitucional .....	71
2.3.1.3	Argumentos jurídicos/Ação afirmativa e inclusão social .....	78
2.3.2	<u>Argumentos psicológicos</u> .....	83
2.3.2.1	Argumentos psicológicos das partes.....	84
2.3.2.2	Argumentos psicológicos de terceiros .....	90
2.3.3	<u>Argumentos morais</u> .....	92
2.3.3.1	Argumentos morais relacionados a interditos.....	92
2.3.3.2	Argumentos morais relacionados aos afetos.....	101
2.3.3.3	Argumentos morais relacionados às questões de sexualidade e gênero .....	108
2.3.3.4	Argumentos morais relacionados à homossexualidade e à homoafetividade.....	117
2.3.4	<u>Espectros culturais e simbólicos</u> .....	125
2.3.4.1	Espectros culturais e simbólicos relacionados às características socioculturais brasileiras.....	125
2.3.4.2	Espectros culturais e simbólicos relacionados as práticas de preconceito e discriminação .....	131
2.3.4.3	Espectros culturais e simbólicos decorrentes do modelo patriarcal .....	136
3	<b>REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA DECISÃO DO STF</b> .....	138
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	154

<b>REFERÊNCIAS</b> .....	156
<b>APÊNDICE A</b> – Cartazes produzidos durante a pesquisa.....	166
<b>ANEXO A</b> – Comprovante de submissão à Plataforma Brasil.....	173

## INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é contribuir para o debate acerca dos estudos e práticas sociais relacionados às “conjugalidades homossexuais”<sup>1</sup>, tratando o tema a partir da análise psicossocial da decisão paradigmática proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu a igualdade de direitos aos integrantes das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. Apesar da normatividade jurídica decorrente desse documento ser ponto pacífico, o fato é que as implicações sociais ultrapassam as bordas que delimitam as ciências jurídicas.

Os debates em torno do reconhecimento de direitos civis para membros de famílias homoafetivas<sup>2</sup> não configuram um assunto inédito. No entanto, vislumbra-se a necessidade da avaliação das emanções jurisprudenciais sob o prisma das ciências sociais, revelando que nem sempre as ciências jurídicas são capazes de solucionar os conflitos sociais. As implicações recíprocas das ciências jurídicas e outras ciências sociais, como a Sociologia, Antropologia e Psicologia Social são imperiosas e clamam pelas discussões de natureza interdisciplinar, que enriquecem o debate diante da impossibilidade de dissociar o Direito da sociedade.

As transformações produzidas na contemporaneidade e a própria complexidade do tema demonstram a relevância da pesquisa para os estudos psicossociais, na medida em que o estado atual da arte está distante de pacificar os desdobramentos de ordem jurídica, social e de cunho individual dos sujeitos envolvidos, demandando dos bancos acadêmicos a apresentação de diferentes perspectivas teóricas no estudo psicossocial dos processos socioculturais pertinentes.

Para alcançar o resultado, a metodologia utilizada foi a análise de conteúdo, desenvolvida por Laurence Bardin (2016), pela qual o documento de comunicação selecionado é avaliado utilizando procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, em articulação com a base teórica para fundamentação das discussões pontuais. O embasamento teórico conta com pesquisa bibliográfica alicerçada no atravessamento das ciências sociais em sua pluralidade. Assim, a análise de conteúdo objetiva a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção e às consequências sociais do texto analisado. Nessa linha, elegeu-se como objeto o Acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e Ação Direta

---

<sup>1</sup> Na atualidade há muito debate em torno do conceito de “homossexualidade”. Apesar da importância da discussão, o presente trabalho não possui o objetivo de debater essa polêmica.

<sup>2</sup> A escolha da terminologia “homoafetividade” será desenvolvida no Capítulo 2, em especial no item 2.3.3.4. Argumentos morais relacionados à homossexualidade e à homoafetividade.

de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF<sup>3</sup>, considerado uma decisão paradigmática em relação ao reconhecimento dos direitos civis em discussão.

No primeiro capítulo, que trata especificamente do instituto família, a divisão do texto é estabelecida em três partes. Na primeira, serão apresentadas as discussões acerca da família sob a ótica das ciências humanas e sociais, abordando elementos históricos dos seus modelos de formação, desde a considerada família tradicional até os arranjos contemporâneos, articulando um conjunto teórico de saberes, que inclui elementos da Psicologia Social, da Sociologia, da Filosofia e do Direito – considerando que as discussões envolvendo sexualidade, conjugalidade e família ultrapassam os limites de uma única ciência. Na segunda parte, será aduzida a constituição da família como um instituto jurídico no Direito de Família, com a abordagem histórica desde as primeiras normas positivas brasileiras, de forma a refletir sobre as evoluções e os retrocessos ocorridos até o momento, além do panorama de normatização atual, com base em autores reconhecidos no meio jurídico. Na terceira parte, o intuito é tecer considerações acerca das tensões sociais estabelecidas diante da pluralidade dos fatos que envolvem as formações familiares na sociedade contemporânea em contraposição com a rigidez das normas jurídicas de Direito de Família, consideradas necessárias à garantia de segurança jurídica às relações intersubjetivas.

O segundo capítulo apresenta o resultado da análise de conteúdo da Fundamentação do Acórdão do STF, publicado em 2011, que reconheceu igualdade de direitos civis aos membros de famílias formadas por pessoas do mesmo sexo<sup>4</sup>. Para tanto, a unidade foi dividida em três partes. Na primeira, considerando que a presente dissertação está inserida em um programa de Psicologia Social e que o objeto principal da pesquisa é um documento essencialmente jurídico, fruto da Corte superior do país, entendeu-se que seria indispensável expor considerações acerca do processo histórico, atribuições, estrutura e composição do STF no sistema jurídico brasileiro, além da natureza e impactos das suas decisões. Em seguida, trata-se, então, da função inerente ao Poder Judiciário no Brasil, relativa à aplicação das normas por meio do exercício de interpretação do ordenamento com o objetivo de pacificação social, além do exercício extraordinário de atividade legislativa pelo STF nas hipóteses de omissão do Congresso Nacional. Na segunda parte, a metodologia é apresentada de forma minuciosa, pois consideramos que, para viabilizar a análise do conteúdo, os fundamentos da decisão eleita deveriam ser divididos em trechos e classificados em categorias de texto (jurídicos,

---

<sup>3</sup> A íntegra da decisão consta nas seguintes referências: Brasil, 2011a, 2011b.

<sup>4</sup> A diferenciação entre os conceitos de sexo e gênero será debatida no curso da dissertação.

psicológicos, morais e aspectos socioculturais), como de fato foi realizado. Enfim, na terceira parte do capítulo, é realizada a análise das categorias de classificação do texto e as respectivas impressões interdisciplinares, com ênfase nos aspectos psicossociais, associando, logo em seguida, o trecho do documento jurídico correspondente à abordagem teórica.

No terceiro capítulo, serão apresentadas algumas reflexões inferidas acerca dos efeitos jurídicos e sociais decorrentes da referida decisão do STF, a partir de fatos contemporâneos que revelam os resultados de ordem prática, em obediência à metodologia utilizada, mediante fundamentação baseada em autores contemporâneos.

Por fim, é relevante informar que a pesquisa foi cadastrada na Plataforma Brasil, ferramenta disponibilizada pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP, do Conselho Nacional de Saúde, conforme orientação obtida com a instituição de ensino a qual este trabalho se vincula. Ocorre que, no cadastro, ao selecionar a opção de que a pesquisa não envolve seres humanos, na qualidade de participantes, individual ou coletivamente, de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou partes dela, incluindo o manejo de informações ou materiais, o sistema indisponibilizou o prosseguimento da submissão do trabalho (comprovante no Anexo A), demonstrando que não haveria impeditivos éticos para sua realização na forma proposta.

Assim, considerando que a pesquisa foi realizada com a utilização de documento oficial emitido pelo STF, no bojo de ações diretas de natureza abstrata (sem sujeitos/partes envolvidos), cujo conteúdo é público, não houve concessão para a submissão da pesquisa à avaliação ética do órgão nacional competente, com base no inciso II, do parágrafo único, do artigo 1º da Resolução 510, de 2016<sup>5</sup> (CNS, 2016), e dos princípios éticos da Resolução 466, de 2012 (CNS, 2012/2013), ambas do Conselho Nacional de Saúde, que elencam as hipóteses em que a pesquisa não deve ser registrada na plataforma citada.

Posto isso, esta dissertação se configura como o resultado de uma pesquisa realizada por uma profissional de Direito que, motivada pelas inquietações geradas pelas limitações das ciências e das práticas jurídicas em concederem respostas adequadas e eficazes aos conflitos em análise, vislumbrou um horizonte de enriquecimento de discussões e debates para essa matéria no Programa de Pós-graduação em Psicologia Social. Sem pretender esgotar todas as

---

<sup>5</sup> “Art. 1º: Esta Resolução dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução.

Parágrafo único. Não serão registradas nem avaliadas pelo sistema CEP/CONEP:

[...] II – pesquisa que utilize informações de acesso público, nos termos da Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011; [...]” (CNS, 2016, p. 1-2).

implicações que derivam do tema, desenvolveram-se, portanto, reflexões e discussões decorrentes das relações familiares e das conjugalidades homossexuais a partir da referida decisão do STF, baseadas em outros campos de saber, revelando a diretriz interdisciplinar desta investigação.

# 1 FAMÍLIA

## 1.1 Família: um olhar pelo viés das ciências humanas e sociais

A formação, os modelos e as questões sociais e individuais acerca das famílias sempre foram objeto de discussão nas ciências humanas e sociais. A família é considerada, por muitos autores, como primeiro processo de inserção do sujeito em ambientes sociais e coletivos, o que justifica a importância do seu estudo nesses campos do saber.

Para abordar o tema família é importante tratar de alguns elementos históricos da formação, organização e evolução das sociedades ocidentais, de forma a contextualizar os momentos relevantes de modificação do instituto ao longo da história. Cabe esclarecer que, nesta pesquisa, não há pretensão de realizar a historiografia exaustiva da família, mas apenas apontar fatos e aspectos relevantes de momentos históricos notáveis na constituição da família contemporânea.

A família nuclear burguesa, do século XVIII, seria aquela formada por um casal heterossexual, que, por relações sexuais ocorridas no curso da união, provê filhos comuns. Neste modelo familiar, o homem exerceria a função de provedor do lar e a mulher, a fonte de afetos aos filhos, encarregada dos cuidados e afazeres domésticos.

Adentrando no plano histórico, segundo Costa e Carneiro (2019), a mudança da Sociedade da Soberania (Idade Média) para a Sociedade Disciplinar (Modernidade) se deu em um processo de transição nebuloso, em um movimento de desenlaçamento da era medieval. Certamente, a Revolução Francesa (1789) foi um importante marco no surgimento de novas produções de subjetividades e novos modos de vida, tendo como fundamental elemento a noção de indivíduo. A expansão dos valores de igualdade, liberdade e fraternidade sob a principiologia do iluminismo, liberalismo e humanismo consolidaram um modo de sociedade inovador, baseado na ideia de individualidade e na importância de atender as subjetividades da personalidade humana, no qual o sujeito moderno ganharia novos contornos, inclusive nas relações familiares.

A Revolução Francesa marca, então, o surgimento da noção de direitos individuais e de elementos essenciais de institutos jurídicos relevantes, como justiça e democracia. Os ideais iluministas propunham um Estado laico e que representasse o povo. Paralelamente, a burguesia revoltava-se contra o regime absolutista, que impunha uma pesada carga tributária e dificultava o desenvolvimento do comércio.

Neste processo, a Assembleia Constituinte Francesa promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que efetivou uma ruptura na política francesa e dispôs sobre princípios até hoje primordiais para as democracias vigentes, funcionando como pedra fundamental na elaboração das constituições ocidentais contemporâneas (LENZA, 2017). Surgia um novo e extraordinário modelo de direito, fundado e consolidado na lei e nos códigos napoleônicos. Os costumes, a religião e outros instrumentos normalizadores passaram a ser complementares.

O Iluminismo foi o movimento intelectual mais importante para a Revolução Francesa, que priorizava a justificativa/explicação racional para as decisões do governante em detrimento das crenças, antigas tradições e despotismo. A relação entre os homens, dentro de uma sociedade, seria regrada pelas leis em busca de um novo ideal: o progresso. Assim, os desvios ocorridos dentro daquela sociedade seriam produto das ações do próprio povo e os problemas, solucionados com a concessão de liberdade de expressão e culto a todos e vedação à escravidão, à injustiça, à opressão e às guerras.

Entre os principais pensadores do Iluminismo, destacam-se alguns filósofos: Montesquieu (1689-1755), com a proposta de tripartição dos Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário; Rousseau (1712-1778), autor de *O Contrato Social*, no qual se pensa o Estado por meio de um pacto de associação; e Adam Smith (1723-1790), com seu modelo de livre exercício de trabalho.

Nesse contexto, a sociedade medieval, marcada pela vontade soberana do monarca, titular das prerrogativas de determinar quem viveria ou não, por vontade particular sobre a vontade geral dos seus súditos, vai perdendo força (COSTA; CARNEIRO, 2019). Contudo, permanece a necessidade de algum meio de comando social. E o modelo soberano começa a ceder espaço para a Sociedade Disciplinar, caracterizada por um processo de intervenção e controle das vidas humanas, pautado no coletivo imperiosamente educado, saudável e higiênico, como limitadores das vontades individuais e com foco na utilidade e produtividade dos corpos, gerando efeitos nos ambientes domésticos e nas relações familiares e sexuais.

Para Costa e Carneiro (2019), a Sociedade Disciplinar, ao invés de punir, busca persuadir e cooptar grandes grupos humanos por meio de técnicas de correção de comportamento, massificação de ideias e automatismo de hábitos. Assim, com a liberdade aparentemente garantida, os conjuntos humanos permanecem atendendo comandos como se soldados fossem. Esse domínio se desenvolve com a utilização de tecnologias, discursos e muita vigilância.

O controle sobre os indivíduos se intensifica na modernidade, com o incremento de modelos fechados de instituições. A partir do modelo prisional, que se transforma nos séculos XVII e XVIII, surgem novos exemplos de instituições fechadas, como hospícios, internatos, quartéis e até mesmo fábricas. Foucault (1999) se vale da ideia de panóptico como explicação metafórica e concreta da Sociedade Disciplinar.

O panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. (FOUCAULT, 1999, p. 166).

Esse domínio dos indivíduos se daria, portanto, pela indução a um estado consciente e permanente de visibilidade que garantiria o efeito do exercício de poder. A vigilância permaneceria presente mesmo que os vigiados não pudessem visualizá-la. A ideia de ver sem ser visto atuaria como um processo preventivo à transgressão de regras e normas.

Assim, esses valores penetrariam no corpo social como dispositivos normalizadores da sociedade como um todo, inclusive no controle da vida íntima dos sujeitos, nas famílias, nos lares de forma integral. Constituíram-se, então, em técnicas de controle social que se introduziram em todo tecido social. Nas palavras de Costa e Carneiro:

Não era apenas uma estratégia de domínio institucional, mas um conjunto potente de forças, estratégias e técnicas que se espalharam capciosamente sobre todo o tecido social. O domínio sobre a sexualidade, silenciada e falada ao mesmo tempo nas eras disciplinares, assim como o surgimento da pudica família nuclear burguesa, por exemplo, demonstra bem esse espírito da época. (COSTA; CARNEIRO, 2019, p. 4).

Desse modo, no século XIX, a lei imperativa foi sobrepujada pela efetiva força das normas disciplinares, já que elas possuíam a capacidade de alcançar os espaços que a primeira não alcançava. Segundo Jurandir Freire Costa:

A ordem da lei impõe-se por meio de um poder essencialmente punitivo, coercitivo, que age excluindo, impondo barreiras. Seu mecanismo fundamental é a repressão. A lei é teoricamente fundada na concepção jurídico-discursiva do poder e histórico-politicamente criada pelo Estado medieval e clássico. A norma, pelo contrário, tem seus fundamentos histórico-políticos nos Estados modernos dos séculos XVIII e XIX, e sua compreensão teórica explicitada pela noção de dispositivo. Os dispositivos são formados pelos conjuntos de práticas discursivas e não discursivas que agem, à margem da lei, contra ou a favor delas, mas de qualquer modo empregando uma tecnologia de sujeição própria (COSTA, 1989, p. 50).

Apesar da consolidação da família nuclear ter ocorrido no século XVIII, foi nesse período, no século XIX, auge do capitalismo industrial, que ela encontrou seu apogeu como modelo familiar dominante, principalmente devido à multiplicação da classe média nas sociedades europeias e às facilidades domésticas advindas da industrialização.

Segundo Foucault (2008, p. 89), de forma consecutiva às técnicas disciplinares, surgiu a biopolítica, definida por ele como “a maneira pela qual se tentou, desde o século XVIII, racionalizar os problemas propostos à prática governamental pelos fenômenos próprios a um conjunto de seres vivos constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, raças”.

A biopolítica se interessava basicamente em dois eixos de estratégias: disciplina sobre os sujeitos para extração da máxima produtividade, alicerçada no controle do espaço e do tempo, e a regulação e a normalização da sociedade com base no controle das massas para assuntos de interesse, como migração, natalidade, epidemias e outros. Assim, as intervenções sociais passariam a ser racionais a partir da propagação de bons hábitos, costumes, práticas de higiene, ações de saúde pública entre outros, com influência direta nas relações familiares (FOUCAULT, 2008).

Além das mudanças econômicas e sociais causadas pelo crescimento do capitalismo industrial do século XIX, destacam-se as mudanças de valores, hábitos e comportamentos advindos com a industrialização crescente, tais como a liberdade individual, a autossatisfação e o aumento do consumo. Observa-se a centralização do indivíduo como o portador de inúmeros desejos lícitos, que a produção de bens em escala deveria satisfazer.

Nos séculos XVIII e XIX, as mulheres apresentavam algumas mudanças de comportamento, apesar da sua presença ainda constante no ambiente doméstico. Já ao longo do século XX, especialmente em relação ao papel feminino, a família nuclear sofreu transformações significativas. Após a Primeira Guerra Mundial, as mulheres na Europa começaram a ingressar no mercado de trabalho, conquistando direitos sociais e políticos. Costa e Carneiro (2019), apontam para o início de um processo de desgaste dos princípios da modernidade e da Sociedade Disciplinar como pensada por Foucault (1988), implicando em novas configurações de vida e na produção das subjetividades.

Importante destacar a relevância da família em proporções universais, sendo certo que a Organização das Nações Unidas (ONU), ao consolidar os direitos individuais fundamentais e universais do homem, no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 10 de dezembro de 1948, estabeleceu que:

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. (ONU, 2009, p. 9-10).

A partir da quarta década do século XX, verifica-se a primeira onda feminista, na qual esses movimentos passaram a se expressar mais intensamente no mundo. Além de denunciar as desigualdades sociais, políticas e trabalhistas entre homens e mulheres, as organizações feministas passaram também a questionar as raízes dessas desigualdades. Na maior parte das vezes, a época e as condições sócio-políticas e econômicas determinam o tipo de atuação desses movimentos, sendo certo que o tema mais abordado e combatido é o da submissão, condição estabelecida na cultura e na educação da sociedade.

No Brasil, o ingresso das mulheres no mercado de trabalho deu-se principalmente a partir da década de 1960, com relevante crescimento econômico no país e a ampliação do consumo da classe média urbana, bem como pelas transformações culturais decorrentes do explosivo período da contracultura.

A história da mulher no mercado de trabalho, no Brasil, está sendo escrita com base, fundamentalmente, em dois quesitos: a queda da taxa de fecundidade, decorrente do planejamento familiar e dos métodos contraceptivos, e o aumento no nível de instrução da população feminina. Estes fatores vêm acompanhando, passo a passo, a crescente inserção da mulher no mercado e a elevação de sua renda.

Nas últimas décadas do século XX, a sociedade brasileira, após anos de ditadura e outros fenômenos, tornou-se mais plural e as famílias têm experimentado uma diversidade de modelos coexistindo simultaneamente.

Por outro lado, parecem estar surgindo formas de controle mais insidiosas e sofisticadas que as antigas vigilância e disciplina. Essa Sociedade de Controle, segundo Deleuze (1998), prescinde da vigilância centralizada e dos soldados vigilantes que garantem a ordem. O novo regime de dominação parece apoiar-se na vigilância lateral, em que todos vigiam a todos num controle descentralizado, atuante em todos os lugares e todos os momentos, aproveitando-se dos dispositivos hodiernos de rápido e fácil fluxo de informações e dos meios de comunicação. São transformações subjetivas da sociedade que impactam diretamente nos modos de vida, na cultura, na expressão da sexualidade e certamente nos modelos de família.

Além desta Sociedade de Controle, fundada na lógica contemporânea do capitalismo, Costa e Carneiro (2019) apontam, ainda, a percepção de Guy Debord (2016) para o surgimento

de evidências de uma Sociedade do Espetáculo, nos anos 60, do século XX, com a interdependência entre o processo de produção de imagens e do acúmulo de capital, travando um conjunto de relações sociais mediadas pela imagem. Certamente, o espetáculo previsto por Debord há décadas está potencializado pela internet e pelas mídias sociais disponíveis atualmente.

Vale também mencionar a denominada Sociedade de Consumo, descrita por Jean Baudrillard (2017) e Zygmunt Bauman (2008) como sendo aquela que não mais consome coisas, mas signos, produzidos por um conjunto de associações imaginárias e simbólicas. Os consumidores adquirem sensações que não se resumem ao campo da economia.

Na sociedade brasileira, já no século XXI, ainda se encontram muitos elementos constitutivos da família nuclear dita “tradicional”, porém com novas características. Cada vez mais, as mulheres buscam equidade de direitos e tem buscado maior liberdade em relação ao exercício da sexualidade, além de ocupações remuneradas em ambiente fora de casa, como forma de prover, em conjunto ou exclusivamente, o sustento da família.

Ademais, as uniões conjugais encontram-se mais instáveis. O número de divórcios tem aumentado (IBGE, 2018), o que tem causado um crescimento significativo no número de famílias chefiadas por mulheres, que precisam conciliar a maternidade com a vida profissional.

Assistimos, ainda, à redução do número de filhos (IBGE, 2013), com expressiva queda da taxa de fertilidade na área urbana. Em outros casos, é possível visualizar o genitor assumindo as tarefas domésticas e o cuidado com os filhos, papel antes desempenhado exclusivamente pelas mulheres.

Importante destacar, também, a reconhecida diferença entre sexo e gênero, que será aprofundada posteriormente nos argumentos sobre a sexualidade, no Capítulo 2. Os estudos de sexualidade e gênero, no decorrer do século XX, reconhecem que não há patologias ou problemas morais em pessoas não heterossexuais, bem como evidenciam que as expressões de gênero são condicionadas predominantemente por elementos da conjuntura socioeconômica e cultural, não cabendo afirmações sobre um único modelo de homem e de mulher.

Os modelos de família foram significativamente ampliados, saindo da tradicional expectativa entre homem e mulher, para uma enorme gama de possibilidades de arranjos familiares, mais ou menos aceitos dentro do contexto social em que se encontram: desde monoparentais a famílias poliafetivas, passando por famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, por exemplo.

É preciso ter em mente que a sequência histórica acima, passando pelas sociedades da Soberania, Disciplinar, do Controle, do Espetáculo e do Consumo, não é linear e sequer seria

viável demonstrar o marco temporal exato das transições. Todas elas deixaram marcas na sociedade e nas subjetividades dos indivíduos e seus traços culturais e de hábitos comportamentais ainda se apresentam, impactando em todas as esferas da existência.

As formas de subjetivação mudaram, uma vez que no lugar de um sujeito interiorizado e autocontido, movido pelo espírito liberal-iluminista, surgiria um sujeito exteriorizado, predisposto a conquistar aplausos, performático (SIBILIA, 2015). Para diversos autores, parece estar ocorrendo uma fragmentação dos limites entre o público e o privado, cuja face literalmente mais visível são as práticas de exposição de intimidades, efeitos estes que ainda não somos capazes de compreender integralmente.

Esse fenômeno tem sido notado por muitos autores, sob óticas diversas: desagregação dos laços familiares, ampliação dos modelos de família e reinvenção do instituto “família”. Conforme afirma Berquó (1989, p. 11):

A desagregação dos laços matrimoniais parece caracterizar atualmente amplos setores tanto dos países industrializados como dos subdesenvolvidos e dos em desenvolvimento. Estudos realizados em alguns países da América Latina apontam mudanças significativas no sistema de reprodução humana detectáveis pela crescente queda da fecundidade, pelo aumento do número de divórcios, de uniões consensuais e de famílias monoparentais.

Assim, é realidade contemporânea o aparecimento de novos modelos de família, paralelamente a família nuclear, que hoje conta com o poder de chefia repartido entre os cônjuges. Tendo em vista o trabalho fora de casa, houve o aumento do número de famílias chefiadas por mulheres e a diminuição do número de filhos. Há ainda, um outro elemento: o surgimento de famílias em decorrência da união de pais e mães separados de outros casamentos, que levam os filhos nascidos na antiga família para a constituição de uma nova, já composta por membros da união anterior.

Mas, repita-se, apesar do já descrito impacto subjetivo provocado pela obsolescência da Sociedade Disciplinar em proveito de outras – como a Sociedade de Controle –, parece muitíssimo arriscado falar em superação absoluta daquele modelo. Ainda existem alguns fragmentos da modernidade presentes na sociedade hodierna, convivendo com elementos das sociedades de Controle, de Consumo e do Espetáculo ou o nome que queiramos dar. As estruturas familiares, prisionais, escolares também tentam se reinventar, ao mesmo tempo em que assistimos ondas conservadoras pelo mundo apelando para a volta de algumas formas disciplinadas, com destaque para a denominada “família tradicional”.

Hodiernamente, observa-se um quadro social complexo e paradoxal de difícil compreensão: de um lado, o aparente reforço de valores conservadores de manutenção da

família no seu molde tradicional e de outro, em contraposição, a dificuldade na definição de formatos sólidos das instituições – em consonância com a famosa metáfora de Bauman (2000) sobre a modernidade líquida.

Ocorre que, na contemporaneidade, é preciso atentar para a realidade das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, e todas as decorrências jurídicas advindas das circunstâncias da vida social: morte, dissolução das uniões, novas famílias, além das existenciais, filosóficas, sociais, antropológicas, etc.

Nesse contexto, Paiva (2007) alerta que a construção da *homoconjugalidade* e *homoparentalidade* vem ganhando espaço crescente nas discussões desenvolvidas pelos movimentos LGBT<sup>6</sup> no século XX. Suas reivindicações representariam uma profunda alteração nas lutas simbólicas desses grupos, apontando para um aparente desejo de “normalização”, com vistas a sua inclusão no seio social.

Um dos argumentos contrários, aponta para o fato de que a normalização gera debates na medida em que torna invisível o homossexual, mascarando o caráter disruptivo característico da luta frente a tais agenciamentos afetivos-sexuais *binaristas* e *heterossexistas*. Segundo Bauman (1998), haveria uma busca interior pelo modelo homossexual monogâmico, branqueado, classe média urbana, psicologizado, representando uma identidade “limpa”, em contraposição às homossexualidades periféricas, marginais e de exclusão violenta.

Paiva (2007) analisou, a partir de parcerias homoeróticas masculinas, a ideia de “micropolítica homoerótica”, sob a ótica da convivência amorosa-sexual dos casais pelo olhar micrológico, abordando o cuidado entre os parceiros, movimentações de desejos, sob a ideia de vidas paralelas, à margem da institucionalidade heterocêntrica, nas quais identificaram-se dispositivos de aliança e parentesco, sistema amor-casamento-família, com suas práticas discursivas e institucionais.

Segundo Garcia *et al.* (2007), o aparecimento e desenvolvimento de relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo é um fenômeno social crescente nos últimos anos, em vários países e também no Brasil, ocasionando o surgimento de um novo modelo familiar, que vem ganhando cada vez mais visibilidade. Nesse cenário, a resistência à existência das famílias homoafetivas se acentua quando se introduz a avaliação da adequação das suas condições para a criação de crianças.

A problematização surge com a realidade fática de homossexuais em pleno exercício da criação de seus filhos, sozinhos ou em parceria gay, biológicos ou crianças adotadas. Nas

---

<sup>6</sup>Apesar da reconhecida importância, não adentraremos, nesta pesquisa, nas discussões relativas à sigla mais adequada para representar as minorias sexuais. Para mais informações sobre o tema, ver Aguião, 2016.

palavras de Uziel (2002, p. 240), “se as reivindicações do movimento homossexual foram marcadas, durante muito tempo, basicamente pelo direito da uma sexualidade não procriativa, soma-se hoje a luta por uma procriação não sexual”.

Dentro das ciências humanas, a homossexualidade é cada vez mais entendida como uma configuração histórica relativa a indivíduos com preferências homoeróticas. Tais indivíduos considerados sob uma ótica identitária geram um rompimento com as concepções biologizantes e essencialistas, segundo as quais a homossexualidade seria definida por algo presente na interioridade dos sujeitos, por características biológicas ou psicológicas que delineariam quem são. Essa concepção essencialista gera um risco de conceituar o homossexual como um ser humano desviante, abrindo enorme campo para práticas preconceituosas.

Até a década de 1970, nas ciências médicas e na psiquiatria, o “homossexualismo” era considerado um distúrbio nos principais catálogos de doenças, como no Manual de Diagnóstico e Estatística de Doenças Mentais, produzido pela American Psychiatric Association – APA (GARCIA *et al*, 2007).

As comunidades gays e o universo homossexual masculino, em um primeiro momento, passam a aparecer mais nas grandes cidades brasileiras a partir o final do século XX, inicialmente com modelos padronizados de homossexuais ativos e passivos. Nos anos 70 surgem novas configurações de maior liberdade de interação sexual entre homens. Nesse mesmo período, com a maior difusão das informações por meio de jornais e revistas, além da intensificação da globalização, o Brasil se aproxima das identidades gays e lésbicas existentes em outras partes do mundo. Paralelamente a essa pluralidade, em todo lugar, houve a organização de movimentos pela defesa de direitos das pessoas homossexuais.

No campo da Psicologia Social, ainda na década de 30, observou-se uma contradição entre a vontade dos grupos minoritários reafirmarem suas identidades e valores em sentido diverso da sociedade ou buscar o reconhecimento social a partir da adoção de valores mais próximos aos dominantes. Trata-se do fenômeno denominado *normalização* (MELLO, 2005).

Inclusive, a ideia a respeito da força das minorias ganha importância nas ciências humanas com o texto clássico de Serge Moscovici (2011), *Psicologia das minorias ativas*, mostrando a relevância do pensamento minoritário que conquista espaço na normatização da sociedade. Através da Teoria Interacionista, o autor propõe que a estabilidade do sistema é apenas um momento dentro de um processo constante de conformação, em que as influências sociais aparecem como fatores de mudança em uma relação de interação criativa e de poder inovador das minorias no mundo (MOSCOVICI, 2011).

A padronização dos sujeitos aptos a se enquadrarem nos processos produtivos, decorrente do modelo de consumo e modulação, produzem inércia social, segundo Moscovici (2011). Ocorre que indivíduos e grupos reclamam por sua autonomia e sua diferenciação na sociedade, apresentando o poder das minorias ativas fundada nas heterodoxias de suas condutas e pensamentos.

As minorias ativas induzem mudanças na maioria na medida em que os conflitos são produtivos. Assim, eis que um indivíduo em grupo e grupos em sociedade são, concomitantemente, fonte potencial e receptor potencial de influência, independentemente da quantidade de poder concedida pelo sistema social.

Dentre as proposições de Moscovici (2011), destaca-se, aqui, aquela segundo a qual as modalidades de influência incluem a *conformidade*, a *normatização* e a *inovação*. Na conformidade, a divisão dicotômica de opiniões gera grupos de pensamentos opostos em que um deles se coloca em posição de consentimento externo ou interno. A normatização decorre da interação de grupos antagônicos, que possuem igualdade de capacidades e competências, com a solução por um compromisso gerador de uma norma que nivele as respectivas posições. Interessa-nos o fenômeno da inovação, segundo o qual as transformações sociais ocorrem desde cima ou desde baixo. Para Moscovici:

A primeira compreende as mudanças introduzidas pelos líderes, quer dizer, pelas pessoas que possuem a autoridade necessária para impor novos comportamentos aos seus adeptos ou para persuadi-los a aceitar comportamentos desviantes (MOSCOVICI, 2011, p. 32).

No caso dos movimentos sociais de luta pelos direitos civis em prol dos integrantes de famílias homoafetivas, vislumbramos a transformação de baixo para cima, nos exatos termos descritos pelo autor, que a define como

[...] a mudança resulta da ação de uma minoria que não possui um status privilegiado quanto a posição social e competência. Podemos apresentar as situações típicas que a minoria deverá afrontar: a maioria não possui normas ou ideias bem definidas a priori sobre um problema específico; a maioria possui estas normas ou estas ideias mediante as quais estabeleceu um consenso implícito (MOSCOVICI, 2011, p. 33).

Assim, no caso da família dita tradicional, de “alma” heteronormativa, já descrita, identificamos a existência de um consenso implícito enraizado na sociedade, acerca do qual a minoria, para ser ativamente eficaz, deve aceitar o desafio de criar o conflito e afrontar as ideias postas para gerar mudança das atitudes e dos juízos existentes.

O conceito de normalidade proposto por Foucault (1999), coloca essa ideia como decorrência do poder disciplinar, surgido no ocidente a partir do século XVIII, por necessidade de transformação dos corpos em uma unidade dócil e útil. Tal concepção produz formas de controle sobre os corpos, buscando a homogeneização dos indivíduos e a coibição dos seus desvios.

Esse modelo clássico hegemônico, reconhecido nos estudos de Philippe Ariès (1981), estabeleceu historicamente o formato da denominada família nuclear burguesa, constituída pelos pais e filhos diretos, valorizando a intimidade familiar e o espaço privado da casa. Nesse contexto, foi enfatizado o papel da mãe na formação das crianças, bem como nos aspectos de saúde, higiene e educação dos filhos. Esse padrão influenciou as ciências médicas, psicológicas e até mesmo jurídicas. É considerando tal conjuntura que introduzimos a discussão sobre as famílias alternativas, dentre as quais se inclui as famílias homoafetivas, que, por contrariarem a naturalização do modelo nuclear, ainda carregam a estigmatização social de não serem “normais”.

Para Mello (2005), o modelo de família moderna, prevalente no mundo ocidental, deve ser compreendido como uma construção econômica, política, social e cultural, com demarcação de tempo e espaço. Segundo o autor, em conformidade com os ensinamentos de Ariès, o conjunto de práticas sociais que concebiam o sentimento de família e o casamento como destinados ao controle dos desejos sexuais, à manutenção de laços entre linhagens ou à garantia de manutenção de patrimônio não representava mais, completamente, as ideologias em torno da instituição familiar.

A família moderna destinava-se, principalmente, à socialização afetuosa das crianças e preservação da intimidade do casal com seus filhos, a fim de garantir a transmissão de valores e tradições para outras gerações. Os diversos arranjos da família contemporânea, por sua vez, parecem afirmar a individualidade dos sujeitos na escolha de seus pares, a partir dos ideais de amor romântico e maior autonomia das novas famílias em relação às famílias de origem. Vejamos as considerações de Mello (2005) acerca das recentes evoluções da família no contexto social brasileiro:

Os últimos cinquenta anos têm sido marcados por uma recorrência obsessiva de discursos sobre desestruturação da família, perda do prestígio social do casamento e banalização do amor, como ponto de partida para construção de projetos duais de existência. As críticas aos imperativos absolutos da monogamia, da coabitação, da indissolubilidade, da exclusividade, da complementariedade e da compulsória reprodução biológica ganharam arena política, despertando, em contrapartida, o medo e a ira dos defensores de uma concepção de família naturalista e sagrada, fundada em valores religiosos e encarregada da missão - primeira e insubstituível - de assegurar a coesão social e a reprodução da espécie. (p. 27).

Constatamos, portanto, que o heterocentrismo compulsório, norteador das ideias de família, amor e casamento, vem sendo questionado diante de alguns fatores que proporcionam intensa transformação nas representações sociais da família. Segundo Mello (2005), os principais fatores dessa mutação social são: generalização do divórcio, monoparentalidade, autonomização da sexualidade em relação à conjugalidade e à reprodução, possibilidade de não-coabitação, experiências de multiplicidade e simultaneidade de parceiros afetivos-sexuais, redefinição dos papéis de gênero e dos vínculos conjugais.

Parece ser necessário, então, que haja a compreensão da família e do casamento como uma permanente construção sociocultural dinâmica, mutável e capaz de incorporar, cada vez mais, uma gama mais abrangente de formas de expressão e manifestação das trocas afetivas e sexuais dos seres humanos.

Dessa forma, apresentamos aspectos da família sob a ótica das ciências humanas e sociais, evidenciando a diversidade de autores que se debruçaram sobre o tema. Observamos que a família não é meramente natural, ou seja, sua criação não é fruto da natureza humana. Um instituto social que muda com notável dinamismo não pode ser considerado natural, mas naturalizado por força de motivações ideológicas, de finalidades sociais e políticas e de práticas de afeto e sexualidade. Assim, a família é, essencialmente, um produto sociocultural, com um relevante movimento de alteração ocorrido desde o século XVII, sob a influência de diversos fatores histórico-culturais.

## **1.2 Família: um instituto jurídico**

A fim de atender a proposta interdisciplinar, passamos à abordagem do instituto da família sob a ótica das ciências jurídicas, apontando uma breve análise da história, baseada em autores juristas e de base normativa, desde a primeira Constituição Federal brasileira até os dias atuais, passando pelos estatutos civis e decisões jurisprudenciais relevantes, com o ápice do reconhecimento jurídico das famílias homoafetivas com a equiparação dos direitos civis decorrentes.

Segundo Pereira (2003), a evolução da família possui três fases históricas – o estado selvagem, barbárie e civilização. Segundo o autor:

No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização, o homem continua aprendendo

a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte. (PEREIRA, 2003, p. 12).

É importante ressaltar os registros acerca do surgimento da sociedade estruturada na forma de unidade familiar, conforme evidencia Nogueira (2007, p. 16):

Não há na história dos povos antigos e na Antiguidade Oriental como na Antiguidade Clássica o surgimento de uma sociedade organizada sem que se vislumbre uma base ou seus fundamentos na família ou organização familiar. O modelo de família brasileiro encontra sua origem na família romana que, por sua vez, se estruturou e sofreu influência no modelo grego.

Nessa linha, é importante destacar que, no Direito Romano, a família era uma entidade que se organizava em torno da figura masculina. Em Roma, reinava o autoritarismo e a falta de direitos aos demais componentes da família – no que diz respeito aos filhos e à mulher. Existia uma concentração de poder na figura do *pater*.

Com o fim do Império Romano a família passou por uma grande evolução. A mulher mostrou os primeiros sinais de autonomia e o poder do *pater* sofreu restrições. Nas palavras de Wald (2004, p. 11):

No Império, desaparece a *gens* e concedem-se direitos sucessórios e alimentares aos cognados. O Estado limita a autoridade do *pater* admitindo-se que o *alieni juris* possa recorrer ao magistrado no caso de abuso do *pater*. Desaparece a venda dos filhos pelo pai, e a este só se permite aplicar a *modica castigatio* (pena moderada).

Desse período em diante, houve avanços na ampliação dos direitos da mulher, destacando-se, de forma mais recente, os efeitos gerados pela Revolução Industrial, momento em que a mulher ingressou efetivamente no mercado de trabalho e se desincumbiu das obrigações exclusivamente domésticas, além de se desvincular da subjugação econômica e familiar.

Deu-se, então, a passagem do modelo patriarcal a outro em que são dominantes as relações de solidariedade e cooperação. A perda da característica de unidade de produção, por conta da fase industrial, pôs fim ao papel econômico da família. Sua rígida concepção deu lugar à sensibilidade. A família moderna, em oposição àquela, valoriza um elemento abstrato, que até então estava à sombra: o sentimento (DIAS, 2007, p. 128).

Atualmente, o vocábulo “família” é utilizado no sentido amplo, podendo ter significado de família brasileira, de parentes unidos por laços consanguíneos, por afinidade, família natural e família substituta, com significativas mudanças ao longo da história.

Se antes a família legítima, originada pelo casamento, era amparada e reconhecida pelo Estado, hoje é possível verificar uma ampliação de tal conceito pela valorização jurídica do afeto, abrangendo-se os mais diversos arranjos familiares, dentro de uma perspectiva pluralista de respeito à dignidade da pessoa humana através da convivência, publicidade e estabilidade.

Mas não foi sempre assim. Antes da chegada da colonização portuguesa e a normatização constitucional de 1824, o território brasileiro era, inicialmente, povoado por índios e, em razão da cultura, os relacionamentos entre homem e mulher eram desvinculados de sentimento, sendo certo que era comum que um índio tivesse várias companheiras. Assim, procriar era um dever da mulher e os grupos sociais eram organizados não por grau de afeto e parentesco, mas com o intuito de sobrevivência.

Em consequência do modo pelo qual o Brasil foi colonizado, a população brasileira foi formada, essencialmente, pela miscigenação de povos e cores, acarretando, também, uma miscigenação cultural (FREYRE, 2001). A partir daí, a composição da família começou a sofrer modificações.

Importante apontar que, no Brasil, predominou a religião do Cristianismo, com forte influência da Igreja Católica no pensamento dos cidadãos no tocante à cultura e aos costumes familiares. Pelos preceitos da Igreja, o casamento era o ato essencial de constituição da família. Assim, conforme Wald, jurista brasileiro,

A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrada pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater. (WALD, 2004, p. 9).

Desse modo, o Direito Canônico regulamentava o casamento; aquelas pessoas que se uniam sem o sacramento ditado pela Igreja Católica não tinham a benção de Deus e, por consequência, não contavam com a proteção estatal. Nesse cenário, é importante ressaltar

[...] a existência de uma divergência básica entre a concepção católica do casamento e a concepção medieval. Enquanto para a Igreja, em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam. (WALD, 2004, p. 13).

Era evidente a sobreposição do sexo masculino sobre o feminino, tanto no campo econômico quanto familiar, além da obrigação da mulher de conceber filhos-futuros herdeiros,

um entendimento vinculado ao fato de que a estruturação familiar estava intimamente ligada às questões patrimoniais.

Cientes do exposto, aprofundemos a análise da família, sob o ponto de vista eminentemente jurídico-normativo, analisando os institutos familiares em cada Constituição brasileira.

Segundo Lenza (2009), a Constituição de 1824 foi outorgada após a independência do Brasil, em um contexto de intensa disputa entre as principais forças políticas pelo poder. O partido brasileiro, representando principalmente a elite latifundiária escravista, produziu um anteprojeto, que limitava o poder imperial (antiabsolutista) e discriminava os portugueses (antilusitano). Em contraposição, Dom Pedro I, apoiado pelo partido português – formado por ricos comerciantes portugueses e funcionários públicos que atuavam em altos cargos –, em 1823, dissolveu a Assembleia Constituinte brasileira e, no ano seguinte, impôs seu próprio projeto, que se tornou a primeira constituição do país. O documento instituía um Estado confessional ligado à Igreja, estabelecendo o catolicismo como religião oficial ao dispor, em seu artigo 5º, da seguinte redação: “A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo” (BRASIL, 1824, não paginado).

Assim, a família era normatizada, essencialmente, pelo Direito Canônico. O casamento católico era regulado pelas normas do Concílio Tridentino e pela Constituição do Arcebispado da Bahia.

É preciso ressaltar, no entanto, que a Constituição imperial tratou dos cidadãos brasileiros, seus direitos e garantias, mas nada de especial sobre a família e o casamento, salvo sobre a família imperial e sua sucessão no poder. Ainda assim, admitia-se apenas o casamento religioso e, por isso, prevaleceu a posição que atribuía ao catolicismo exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar a validade do ato. Todavia, vale mencionar que, alguns anos depois, um decreto foi promulgado para tratar do casamento entre os membros das seitas dissidentes – Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861 (BRASIL, 1861) –, instituindo autoridade civil para estender os efeitos civis dessas uniões, com a faculdade de dispensar os impedimentos, bem como a de julgar a nulidade dessa forma de casamento.

A Constituição seguinte, de 1891, foi promulgada logo após a Proclamação da República (1889), com a predominância de interesses ligados à oligarquia latifundiária, com destaque para os cafeicultores. Essas elites, influenciando o eleitorado ou fraudando as eleições

("voto de cabresto" ou via coronelismo), impuseram seu domínio sobre o país. Nessa Carta, houve a separação entre a Igreja e o Estado e, portanto, a necessidade de regulamentar o casamento.

Ainda em 1890, o primeiro presidente do Brasil assinou o Decreto nº 181 (BRASIL, 1890b), que normatizou o casamento, considerado válido se celebrado no Brasil e realizado de acordo com suas normas, permitindo aos nubentes, celebrar, antes ou depois do casamento civil, o matrimônio segundo suas respectivas religiões.

Diante da persistência da realização exclusiva do casamento católico, foi expedido novo Decreto, nº 521, em 26 de junho de 1890, dispondo que:

O casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa da metade do tempo. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas. (BRASIL, 1890a, não paginado).

O fato é que a Constituição Republicana de 1891 não continha disciplina especial sobre a família. Apenas no título IV, dos cidadãos brasileiros, seção II, sobre declaração de direitos, o § 4º do artigo 72 firmava que: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (BRASIL, 1891, não paginado).

Nesse período, foi editado o Código Civil, de 1916, cujo projeto escrito por Clóvis Beviláqua datava de 1899. Ele regulou exaustivamente o casamento civil em todas as suas formalidades, requisitos e efeitos, inclusive as suas nulidade e anulação, além da simples dissolução da sociedade conjugal pelo desquite (artigo 180 e seguintes) (BRASIL, 1916).

A Constituição de 1934 foi promulgada após os primeiros anos de governo provisório da Era de Vargas, vigente sem constituição. Em 1933, foi eleita a Assembleia Constituinte que redigiu a nova constituição, que teve a menor duração da história. Essa carta foi a primeira a consagrar os direitos sociais e reiterou a possibilidade do casamento apenas religioso. Tratou, ainda, da família no capítulo I, do título V:

Art. 144: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Art. 146: O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. [...] A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. (BRASIL, 1934, não paginado).

Leis especiais posteriores vieram a regulamentar o casamento religioso com efeitos civis, inclusive com efeitos a partir do ato religioso e, obviamente, independentemente da celebração civil.

A Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas, em um contexto de permanência no poder. Como seu mandato terminaria em 1938, Vargas outorgou a referida Carta sob a justificativa de necessidade de poderes extraordinários para proteger a sociedade brasileira da suposta ameaça comunista (“perigo vermelho”). O regime implantado ficou conhecido como Estado Novo. O mandato presidencial seria prorrogado até a realização de um plebiscito, que nunca foi realizado. Essa Carta apenas repetiu que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma (artigo 124).

A Constituição de 1946 foi promulgada em um processo de redemocratização posterior à era Vargas, que demandava uma nova ordem constitucional. Em seguida, através da emenda de 1961, foi implantado o parlamentarismo, estabelecendo condições para a crise sucessória após a renúncia de Jânio Quadros. Em 1962, através de plebiscito, os brasileiros optaram pela volta do presidencialismo.

Esta Constituição foi explícita em consagrar: a) o casamento de vínculo indissolúvel; b) o casamento civil; c) o casamento religioso equivalente ao civil, observadas as prescrições da lei, se assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, e inscrito o ato no registro público; d) o casamento religioso celebrado sem prévia habilitação civil, mas inscrito posteriormente no registro público, a requerimento do casal, mediante habilitação civil posterior à cerimônia religiosa (artigo 163, § 1º e § 2º) (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967 foi outorgada na passagem do governo Castelo Branco para o Costa e Silva, período no qual predominavam o autoritarismo e o arbítrio político. O documento foi amplamente alterado por emendas ao fim da década, absorvendo instrumentos ditatoriais como os do Ato Institucional nº 5, de 1968. Tratava-se de reflexo da conjuntura da Guerra Fria, na qual sobressaiu a “teoria da segurança nacional”, que visava combater os opositores de esquerda rotulados de subversivos.

Tal Constituição, no artigo 167 e seus parágrafos (BRASIL, 1967), e a Emenda nº 1 de 1969 (BRASIL, 1969), no artigo 175 e parágrafos, manteve os conceitos do artigo 163 e parágrafos da Constituição de 1946. Contudo, a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, pôs fim ao caráter indissolúvel do casamento civil e instituiu o divórcio no país (BRASIL, 1977a).

O artigo 1º dessa emenda deu a seguinte redação ao § 1º, do artigo 175, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos

em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. E o artigo 2º da mesma emenda, assim dispôs: “A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser, de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda” (BRASIL, 1969, não paginado). Na década seguinte, a chamada Lei do Divórcio – Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (BRASIL, 1977b), regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, hoje já disciplinados pelo Código Civil, de 2002.

A Constituição de 1988 (CRFB/88), conhecida como "Constituição Cidadã", foi promulgada em um momento de redemocratização do país. Em 1993, o povo participou de plebiscito para definir alguns pontos sobre os quais os constituintes não tiveram consenso: forma e sistema de governo. O resultado foi a manutenção da república presidencialista.

Inovações de vulto na família e no casamento foram estabelecidas por essa Constituição, que promoveu relevante evolução nos direitos da personalidade e da família, com destaque para a indenização do dano moral, o reconhecimento de novas entidades familiares, como a união estável, a igualdade dos cônjuges e dos filhos e a facilitação do divórcio.

O Código de 1916 fora revogado parcialmente pela Constituição de 1988, sendo esta pautada pelos princípios da dignidade humana e pelas ideias de igualdade. O seu artigo 226 veio dispor na linha das Constituições precedentes, enquanto o artigo 227 tratou, em específico no § 6º, da situação dos filhos em meio a diversidade de formações familiares:

Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º: O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º: O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227:

[...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

(BRASIL, 1988, não paginado).

Importante apontar, ainda, que a Constituição de 1988 e seus regulamentos posteriores, normatizaram conceito, requisitos e efeitos da união estável e o seu confronto com o casamento e com a nova figura do concubinato.

Assim, podemos afirmar que, pelo ordenamento atual, quanto à forma, o casamento é formal, visto que além do consentimento manifestado perante o juiz, representante do Estado e da proclamação deste, deve ser inscrito em registro público. A união estável, por sua vez, é informal. Quanto à comprovação, a certidão do registro civil faz prova plena do casamento civil, do casamento religioso inscrito no registro civil e da união estável convertida em casamento e inscrita naquele registro. A união estável sem conversão, se contestada sua existência, dependerá de ação própria e sentença para prová-la, por todos os meios, para demonstrar seus requisitos.

As Leis nº 8.971/94, nº 9.278/96 e os artigos 1723 a 1727 do Código Civil de 2002 regulamentaram o § 3º do artigo 226 da Constituição de 1988, sobre união estável, mas não esclareceram a eficácia imediata ou retroativa da conversão, tal como o fez o Código Civil em relação ao casamento religioso (artigo 1.515). As relações sexuais estáveis ou contínuas, ainda que exclusivas, entre homem e mulher impedidos de casar, passaram a constituir o chamado concubinato (artigo 1.727) (BRASIL, 2002, 1988).

Pode-se afirmar que, neste novo cenário, o núcleo familiar tem como consequência o estreitamento dos laços afetivos. O homem une-se a mulher nutridos ambos de um sentimento amoroso e decidem ter seus filhos, agora não mais exclusivamente com interesse material, mas com o intuito de fazer perpetuar sua espécie com fundamento no afeto. Segundo Pereira (2003, p. 21):

Desse modo, importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas.

A função do núcleo familiar é oferecer apoio aos seus componentes, por isso não pode estar limitado a meras formalidades ou regras morais. O afeto e a consanguinidade podem coexistir, mas não é regra essencial para que um determinado grupo de pessoas se intitule como família.

O fato é que, no ordenamento atual, existem Direitos Constitucionais fundamentais, inafastáveis, que norteiam o Direito de Família. O princípio da dignidade humana passou a ser o mais importante do Direito após a Segunda Guerra Mundial, pois a morte de milhões de pessoas, a forma degradante que viviam e o rastro de destruição que o pós-guerra deixou não

havia precedentes e não poderiam mais ser tolerados. Portanto, o cidadão passa a ter o direito de viver em um Estado que ofereça o mínimo para uma sobrevivência digna. Para Dias (2007, p. 61):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Depois da implementação do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro, a família resguardou a não obrigatoriedade de seguir um modelo padronizado. Entendeu-se que tanto o homem quanto a mulher não podem ser compelidos a contrair matrimônio, já que a Constituição Federal afirma que todo cidadão é livre (artigo 3º, I, CRFB/88), sendo a imposição do casamento uma violação à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CRFB/88). Em seu artigo 226, § 7º, preconiza:

§7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988, não paginado).

Na mesma linha, o princípio da igualdade estabeleceu fundamento no Direito de Família, conforme se verifica em Dias (2007, p. 35):

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, §5º, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. Os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro.

Esse dispositivo acarretou a revogação parcial do Código Civil de 1916 no tocante à subordinação da mulher ao *Estatuto da Mulher Casada* e a sua função de auxiliar o marido, sem nenhuma igualdade. Wald (2004, p. 2) afirma que:

Na versão de 1917 do Código Civil, o homem mantinha, com algumas pequenas restrições, a sua posição anterior de chefe de família, em oposição à mulher casada, que o direito incluiu no rol dos relativamente incapazes, dependendo do marido para exercer uma profissão.

O princípio da afetividade, surgido na ascensão da família moderna, encerra a motivação materialista das relações conjugais que não eram diretamente firmadas no sentimento. Para o

Estado Democrático de Direito a base da família é o afeto. Assim, segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 40), os valores familiares ganharam novos contornos,

[...] levando em consideração os valores positivados na Constituição Federal, a exaltação de uma reforma do direito civil e o respeito à dignidade da pessoa humana. Isto é assim porque será preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc [...]. A família continua e deve sobreviver feliz. Este é o desafio para o século XXI.

Outro importante princípio do Direito de Família, consagrado no artigo 227, § 6º da CRFB/88, é a igualdade entre os filhos havidos na constância do casamento ou não, abrangendo os adotivos. Em outras palavras, a Constituição Federal proibiu qualquer distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos para efeitos civis.

A igualdade jurídica dos filhos adotivos sedimentada na norma constitucional brasileira, demonstra a preocupação do Estado em oferecer segurança para toda forma de filiação. A adoção estabelece parentesco civil entre adotante e adotado, gerando efeitos pessoais e patrimoniais, que garante ao filho adotado todos os direitos e deveres inerentes a qualquer outro filho.

O Código Civil de 2002, respeitando a diretriz constitucional, do artigo 1.630 ao 1.638, atende ao princípio da consagração do poder familiar, que disciplina ser incumbência dos pais zelar pelos seus filhos menores, conferindo a eles educação e criação. A redação do artigo 227, *caput*, da CRFB/88 é clara ao estabelecer que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.(BRASIL, 1988, não paginado).

Em artigo anterior, 226, a Constituição possibilitou o surgimento de outros modelos familiares que não aqueles ocorridos pelo ato formal do casamento, como, por exemplo, a união estável, a constituição do núcleo familiar por qualquer um dos pais com seus descendentes ou ainda união com filhos unilaterais. Este último modelo foi incrementado mediante a possibilidade da ocorrência do divórcio, na forma da Lei 6.515/1977, antes intolerável.

No tocante a união estável, a positivação em lei infraconstitucional representou uma ascensão social muito importante. No Código Civil, artigo 1.723, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública,

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL, 2002).

Porém, conforme se verifica pela literalidade da norma, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 não avançaram na questão dos direitos decorrentes das relações homoafetivas. Dando-se cumprimento ao sentido constitucional do texto, Wald (2004) define como entidade familiar a união estável formada entre homem e mulher que vivem como se fossem casados por mais de cinco anos. O legislador entendeu que o fator importante é a realidade fática e não somente a formalidade. Para Diniz (2011),

Com isso, a união estável perde o *status* de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, logo não pode ser confundida com a união livre, pois nestas duas pessoas de sexos diferentes, além de não optarem pelo casamento, não tem qualquer intuito de constituir família, visto que, tão somente, assumiram “relação aberta” ante a inexistência de compromisso (DINIZ, 2011, p. 73).

Constante na Carta Magna, o instituto da família monoparental encontra respaldo jurídico no artigo 226, §4º da CRFB/88, que considera entidade familiar aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Tal artigo respeita claramente o princípio da igualdade e se solidifica com seu §5º, que afirma que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

O Estado sentiu a necessidade de proteger a modalidade, que surgiu, em grandes proporções, em razão do divórcio, da morte de um dos cônjuges e mães ou pais solteiros, que constituem fatores predominantes para a formação das famílias monoparentais. Assim, explica Viana (1998, p. 32):

Ela pode ser estabelecida desde sua origem, ou decorre do fim de uma família constituída pelo casamento. Nesse diapasão é possível que ela se estabeleça porque a mãe teve um filho, mas a paternidade não foi apurada, ou porque houve adoção, ou pode resultar da separação judicial ou do divórcio. Nessa linha temos a família monoparental formada pelo pai e o filho, ou pela mãe e o filho, sendo que nos exemplos há o vínculo biológico, ou decorre de adoção por mulher ou homem solteiro. Nada impede que o vínculo biológico que une os membros dessa família, não decorra de encontro sexual, mas resulte de procriação artificial. A mãe solteira submetesse à inseminação artificial, não sabendo quem seja o doador.

A procriação artificial é uma possibilidade bastante nova, mas já contemplada na Constituição Federal e no Código Civil. O fato é que a família continua sendo a base da sociedade, mas com roupagem nova, atendendo a evolução de uma sociedade democrática e plural.

Pode-se afirmar, então, que o grande marco histórico na conquista de direitos da família e da filiação foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir dela, foi reconhecida

a união estável, como entidade familiar tutelada, e também ficou vedada qualquer discriminação em virtude da origem da filiação. Igualmente, a família incorporou o pensamento contemporâneo da igualdade e da afetividade, à luz dos princípios trazidos pela Magna Carta.

Nessa linha, é necessária a abordagem das evoluções acerca da inclusão das famílias homoafetivas na proteção jurídica do Estado. De acordo com Uziel (2009), no Brasil, para compreender os direitos relativos à conjugalidade e à parentalidade, é preciso analisar as esferas legislativa e judiciária, sob a luz das manifestações da sociedade civil. Para a autora, apesar de todos os avanços sociais e jurídicos, a família continua sendo construída a partir do casal e, por essa razão, mostra-se necessária a discussão sobre a conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo, atrelada à luta pelos direitos de gays e lésbicas ao exercício da parentalidade e da formação de família.

Importante destacar que, na década de 1990, em função das informações que circularam sobre a disseminação da epidemia da AIDS, aumentaram a visibilidade e os debates em torno das relações entre pessoas do mesmo sexo.

O primeiro projeto de lei no Brasil (Projeto de Lei 1.151/95), de autoria de Marta Suplicy, com o fito de disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo em consonância com diversos países do mundo, foi nomeado por muitos como autorização do “casamento Gay”. A questão gerou muitas repercussões de apoio e repúdio, nas quais os grupos de militância homossexual e as igrejas Católica e Evangélica foram os principais protagonistas. Para Mello (2005), pela primeira vez, o ordenamento jurídico se deparava com a possibilidade de discutir o sistema estrutural heterocêntrico, prevalente nas representações sociais acerca das famílias. Sobre as rejeições em torno da proposta de lei regulamentadora, Uziel (2009) observa que:

[...] passou a tratar de parceria, em uma tentativa de não deixar clara a conjugalidade. A justificativa é que união remeteria a casamento que, além de possuir um teor religioso, deveria continuar sendo entre um homem e uma mulher. Parceria, por sua vez, deixa dúvidas sobre a natureza do relacionamento, e em geral é um termo que pode ser utilizado para outras relações, em que não exista intimidade, como as comerciais. Essa fluidez do termo atenderia a bancada religiosa, forte no Brasil, que não admite um formato de família que escape da heteronormatividade compulsória, de preferência mediada. (UZIEL, 2009, p. 106-107).

Apesar da lei não ter sido aprovada, a busca por direitos LGBT conseguia obter êxito individualmente perante o Poder Judiciário, através de decisões de juízes que se transformam em jurisprudências.

Neste contexto de lutas pelo reconhecimento, vale destacar interessante apontamento de Uziel (2009) acerca da ausência de consenso nos grupos sobre o reconhecimento civil das uniões:

Os movimentos LGBT no Brasil não são unívocos na luta por direitos sexuais e reprodutivos. Uma parte significativa do movimento defende ter o direito ao reconhecimento da união, independentemente de achar que se deva ou não fazer uso dele. Vêm como uma questão de cidadania e identificam a negação do direito como uma expressão de homofobia. Os que são contrários criticam a similaridade com o arranjo heterossexual, percebem este desejo ou comportamento como submissão à lógica heterossexista, ou imperativo heterossexual, como diz Schiltz (1998). Convivem também posições que estranham a adesão e repetição de um padrão já em desuso. São várias as posições: favorável ao termo casamento, favorável ao termo parceria, a utilizar união estável, favorável ao registro, desfavorável ao registro. Há ainda pessoas que acreditam que a única transformação que vale a pena é a mudança legal radical, como na Espanha. (UZIEL, 2009, p. 107).

E a autora ainda acrescenta que

[...] o prejuízo que uma intervenção legislativa pode ocasionar a esses valores se tentar padronizar todas as relações amorosas simplesmente repetindo antigas fórmulas legais cristalizadoras de padrões heterossexuais, impondo à variada gama de expressões do afeto e da sexualidade visões e expressões unilaterais e parciais. (RIOS, 2003, p. 180 *apud* UZIEL, 2009, p. 107).

Atualmente, não existe norma constitucional ou de legislação nacional que reconheça a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E neste cenário de lacuna legislativa foi necessária a atuação positiva do Poder Judiciário, pelo seu órgão de cúpula (Supremo Tribunal Federal) para pacificar a questão através de uma decisão qualificada pela generalidade e efeitos *erga omnes*. É neste contexto normativo e jurisprudencial que trataremos do conteúdo do conceito de família nas ciências jurídicas.

Venosa (2003) afirma que “a família é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito”, variável no tempo e no espaço. Já para Nogueira (2007, p. 19):

É de fundamental importância para a compreensão deste estudo a abordagem do conceito de entidade familiar. A entidade familiar de início é constituída pela figura do marido e da mulher. Depois se amplia com o surgimento da prole. Sob outros prismas, a família cresce ainda mais: ao se casarem, os filhos não rompem o vínculo familiar com seus pais e estes continuam fazendo parte da família, os irmãos também continuam, e, por seu turno, casam-se e trazem os seus filhos para o seio familiar. A família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento.

Ressaltando a afetividade, destacamos as palavras de Dias, ao afirmar que

a valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas no momento da celebração do casamento, devendo perdurar por toda relação. [...] cessado o afeto, esta ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa. (DIAS, 2007, p. 28).

Nesse sentido, a família é a célula base sobre a qual se alicerça toda a estrutura da sociedade e que o Estado possui grande interesse em preservar, fortalecer e proteger, assegurando o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. Segundo Gonçalves, “[...] a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o artigo 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como ‘base da sociedade’” (GONÇALVES, 2006, p. 9).

Para Venosa (2003, p. 25) “não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre”. Nesse contexto, surge a família como primeira e a principal forma de agrupamento humano. Ainda, a ideia de família formal, em que o comprometimento de ambos deriva do casamento, vem dando lugar ao envolvimento afetivo, garantindo, com isso, espaço de individualidade e assegurando uma privacidade indispensável ao desenvolvimento humano (DIAS, 2007).

É com base na consciência da evolução da família que podemos entender o conceito atual:

[...] o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. [...] O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (DIAS, 2007, p. 40-41).

Há que se ressaltar que, para Venosa (2003), a intervenção do Estado na família é fundamental, desde que preservados os direitos básicos da autonomia e que a intervenção seja protetora.

Considerando o arcabouço teórico de base na ciência do Direito, resta infrutífera qualquer tentativa de aprofundamento sem a abertura das fronteiras da disciplina. Para tanto optamos por levantar as inquietudes e considerações sob um aspecto interdisciplinar.

### 1.3 Família em tensão: pluralidade dos fatos e rigidez das normas

Ressaltamos, mais uma vez, a característica do dinamismo sob a qual o termo “família” se reveste ao longo do tempo, tendo em vista a permanente mutação de sua definição, constituição e função no decorrer da história humana. Tal mutabilidade gera muitas dificuldades de acompanhamento das normas positivadas pelos ordenamentos jurídicos, acarretando algumas incongruências entre a “verdade social” contemporânea e a normatização do instituto, o que impõe aos legisladores permanente revisão, por meio de novas leis ou de interpretações consideradas mais adequadas.

O Direito é concebido entrelaçado às realidades social e cultural de domínio do senso comum e as crenças pessoais de seus intérpretes interferem nos discursos jurídicos. Assim, a cartografia e a tipificação jurídica da realidade social não se apresentam como uma tarefa fácil. Havendo dissonância entre essa realidade e o direito positivo, emergem tensões sociais no sentido de encontrar a adequação entre os fenômenos.

Assim, a tensão se estabelece entre dois eixos: de um lado a dificuldade das ciências sociais de definir “família”, delimitando as hipóteses viáveis de arranjos no meio social; e de outro lado, a dificuldade do Direito de apresentar norma escrita plural o suficiente para garantir segurança jurídica para a gama de possibilidades atuais de formação de família. Nesta linha, o direito precisaria encontrar o discurso da “verdade”, para atuar com poder de coerção.

As ciências jurídicas parecem querer salvar a instituição família se valendo de elementos oriundos de outras ciências, com a finalidade precípua de tratar das consequências jurídicas decorrentes, relacionadas ao direito de propriedade, relações de paternidade/maternidade, direitos sucessórios, previdenciários, dentre outros.

Por essa racionalidade, ousamos afirmar que a conceituação do instituto família escapa à capacidade do Direito de delimitar em proposições normativas fechadas todas as possibilidades existentes. Talvez, a conceituação e o reconhecimento das formas familiares devessem originalmente ser objeto das ciências humanas e sociais – como Sociologia, Psicologia Social, Antropologia e outras –, restando assim, às ciências jurídicas, delinear e normatizar apenas as consequências dessas relações, indiscutivelmente relevantes para o Direito e para a ordem social.

A Constituição Federal de 1988 já estabeleceu, por toda sua principiologia, a livre orientação sexual e o livre planejamento familiar, não restando espaço para normas hierarquicamente inferiores que limitem esses espaços de realização individual. O que vislumbramos é o direito formal esculpido na verdade, sendo desconstruído quando o objeto

envolve falas de normalidade e anormalidade presentes em questões que tutelam direitos sexuais. O fato é que quando o direito define classificações relacionadas ao sexo e ao gênero, à orientação sexual e às diversas expressões da sexualidade, estabelece limites legais. Uma das consequências possíveis de classificar é discriminar, pois o nome carrega sentido, crenças e elementos culturais.

O elemento chave presente no reconhecimento de direitos nesta seara é a imperiosidade de estabelecimento de elo entre a constituição jurídica e a realidade político-social. De acordo com Lassalle (2009), uma Constituição escrita é boa e duradoura quando corresponde à constituição real (fatores reais de poder), devendo estar em sintonia com ela. Caso contrário, haverá um conflito no qual o inevitável desfecho é a sucumbência da constituição escrita (folha de papel) perante a constituição real, uma das verdadeiras forças vitais de um país. Para o autor, a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que vigoram, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que verdadeiramente expressem os fatores do poder que imperam na realidade social.

Por sua vez, Hesse (1991) formula a tese de que há um condicionamento recíproco entre a constituição jurídica e a realidade político-social correspondente. O significado da ordenação jurídica em face da realidade somente pode ser apreciado se ambas, ordenação e realidade, forem consideradas em sua relação, de forma contextualizada.

Outra dificuldade presente no formalismo jurídico reside na riqueza dos casos concretos, cuja solução restaria insuficiente às construções formais assentadas em um alto grau de abstração, uma vez que elas não comportam os elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrências. Em outros termos, o legislador não é capaz de antever todas as hipóteses sociais existentes e vindouras de modo a contemplar toda diversidade de possibilidades que a sociedade demanda, revelando o latente risco de lacunas legislativas.

Ainda sobre a necessidade de convergência entre realidade social e direito, Reale (1994) formulou, em 1968, a Teoria Tridimensional do Direito, segundo a qual o fenômeno jurídico, seja qual for a sua forma de expressão, pressupõe sempre três elementos: fato, valor e norma. Assim, a referida teoria impõe uma unidade dinâmica entre três fatores (fático-axiológico-normativo), ou seja, elemento de fato, ordem axiológica e processo normativo.

Por essa linha de pensamento, sociólogos, filósofos e juristas devem estudar o Direito e os seus fatores relacionando-os à realidade da vida. Afirma Reale (1994) que é indispensável analisar a experiência normativa, a fim de evitar cogitações abstratas e julgamentos equivocados no sentido da vida ser simplificada e solucionada por uma simples inferência de Lógica formal – como um silogismo.

Essa visão tridimensional do Direito estabelece que o ordenamento de uma sociedade precisa levar em consideração a cultura, os hábitos, os eventos sociais, entre outros fatores intrínsecos ao cotidiano. Se o fato social e os valores que o regem não estiverem inseridos no processo, verifica-se o risco do alcance de normas injustas.

Assim, se o valor e o fato social se alteram, torna-se necessária a consequente implicação no Direito para o atendimento das expectativas de ordem axiológica e de ordem prática, a fim de proporcionar o bem comum da sociedade.

Nesse mesmo sentido, porém com um olhar eminentemente social, Uziel (2009) afirma que: “Se a lei não contempla os casos que a vida cotidiana oferece, um primeiro movimento é buscar frear a vida cotidiana, negando legitimidade a relações afetivas que já existem” (p. 114).

Observamos que a norma jurisprudencial que garantiu a igualdade de direitos aos membros das famílias homoafetivas, na verdade, apenas estabeleceu mais uma hipótese típica normatizada, sem estabelecer a plena liberdade para as práticas sexuais e as formações familiares entre pessoas do mesmo sexo, amplamente presentes na sociedade atual. Isso revela que o direito positivo ainda não se encontra suficientemente estruturado no ordenamento brasileiro escrito para garantir a plenitude de exercício dos direitos e garantias individuais relacionados à sexualidade dos sujeitos.

As normas jurídicas, em regra, surgem para regulamentar fatos sociais já ocorridos e recorrentes na sociedade que pretende regular. Entre a ocorrência do fato social e a formalização da norma (seja por lei ou por jurisprudência) se coloca um lapso temporal, que, se estendido, transforma-se em fator gerador de insegurança jurídica e, no caso dos direitos de minorias políticas, facilitador de práticas de preconceito e discriminação. Na experiência brasileira, no Poder Legislativo, esse lapso temporal é conduzido pela influência direta de fatores de natureza política, consequentemente, fatores ideológicos e de conveniência. No Poder Judiciário, o extenso íterim decorre da morosidade dos processos que permanecem pendentes de julgamento por longos anos até o desfecho. O resultado da demora é o estabelecimento de mais tensão social. Nestes espaços de lacuna normativa, são estabelecidas orientações de ordem ideológica, moral e religiosa, proliferando solo fértil para disseminação da exclusão de minorias sexuais.

Assim, mais uma vez, entendemos que a tarefa de conceituar família deveria permanecer no campo das ciências humanas e sociais, pois tratam de elementos de natureza estranha ao Direito, envolvendo valores como afetividade, felicidade, bem-estar e realização pessoal. Trata-se de espaço privado dos indivíduos, cuja liberdade já está disciplinada no campo normativo constitucional e cuja definição o Estado legislador não deveria estabelecer limites normativos,

sob o risco de estar permanentemente desatualizado e em tensão com os quadros da realidade social em movimento.

Depois, diante de um conceito aberto traçado pelas ciências sociais – que possuem as bases para a construção da complexidade fático-social do instituto –, devidamente reconhecido como válido pelo ordenamento vigente, apenas as consequências jurídicas decorrentes das relações de família seriam objeto de análise e normatização pelas ciências jurídicas, garantindo segurança jurídica aos aspectos efetivamente relevantes para o Direito, enquanto campo do saber, conforme acima exposto (patrimônio, filiação etc).

Diante das discussões, inferimos que permanecerão presentes as tensões sociais no que concerne às famílias não tradicionais enquanto houver a tentativa de definição do conceito de família e de limitação dos modelos de família no equivocado âmbito da ciência jurídica.

## 2 ANÁLISE DE CONTEÚDO: DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF N° 132/RJ E ADI N° 4.277/DF)

Expostas as tensões sociais inerentes ao processo de normatização dos modelos de família, no capítulo anterior, passamos à etapa de apresentação dos resultados da pesquisa. Em seu desenvolvimento, discorreremos sobre os aspectos teóricos do Direito de Família entremeados com elementos abordados pela Psicologia Social e outras áreas afins ao tema, com a finalidade de expressar uma interpretação crítica.

Pretendemos discutir as relações que se estabelecem entre o campo jurídico-normativo e os processos de internalização moral pela sociedade das normas postas; e, conseqüentemente, a construção da legitimação de Poder Legislativo exercido a partir da análise da decisão em tela, eleita para ser dissecada como objeto da presente pesquisa.

Certo é que o ponto de vista externo à determinada disciplina garante ao pensador uma avaliação despida de “pré” conceitos, gerando visão aberta e alheia a sua circunscrição. Nesta linha de construção do saber, vale observar que, segundo Morin (2017), na obra *A cabeça bem-feita*, o olhar extradisciplinar pode apresentar soluções a um problema que seriam invisíveis dentro da própria disciplina. O olhar ingênuo, que não conhece o óbvio, tampouco os obstáculos e amarras teóricas de determinada ciência, pode ser o elemento favorável na elaboração de uma nova visão. Ainda segundo Morin (2017, p. 106):

[...] a história das ciências não se restringe à da constituição e proliferação das disciplinas, mas abrange ao mesmo tempo, a das rupturas entre as fronteiras disciplinares, da invasão de um problema de uma disciplina por outra, de circulação de conceitos, forma de disciplinas híbridas que acabam tornando-se autônomas; é também a história da formação de complexos, onde diferentes disciplinas vão ser agregadas e aglutinadas.

Por essa visão interdisciplinar, vê-se que institutos jurídicos que compõem a ciência do Direito de Família urgem por uma avaliação mais profunda, sob a ótica de escritores oriundos de outras ciências sociais. E não por outra razão, trazemos considerações estranhas às ciências jurídicas, porém complementares e com elevado grau de intersecção nos aspectos fáticos e cotidianos, que formam a base e o objeto de qualquer ciência social.

De acordo com Sá (2015), a Psicologia Social se relaciona com outras ciências sociais a partir de uma concepção de afinidade básica ou solidariedade, por força do objeto comum de estudo. A análise psicossocial de uma situação fática se situaria entre as questões psicológicas e sociológicas, podendo complementarem-se mutuamente, alcançando um nível diferente para estabelecer uma síntese englobante, interdisciplinar.

## 2.1 As atribuições do Supremo Tribunal Federal no sistema jurídico brasileiro

Importante reiterar que, apesar da presente pesquisa ter origem em um programa de Psicologia Social, seu objeto principal é um documento essencialmente jurídico, produto do Tribunal Constitucional. Assim, para melhor compreensão e contextualização da decisão analisada, presumimos que seria indispensável tecer considerações acerca do processo histórico, atribuições e composição do Supremo Tribunal Federal (STF), além de abordar a natureza e os impactos das suas decisões.

O STF, na configuração constitucional atual, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, com atribuição, em razão da matéria, para solucionar conflitos de natureza constitucional.

No entanto, a Corte Constitucional passou por diversas mudanças ao longo da história do Brasil, desde a Colonização, com ênfase para as normas estabelecidas nas diversas Constituições que regeram o país. Com base nas informações constantes do site institucional do STF, buscou-se traçar seu panorama histórico.

Entre os anos de 1534 e 1536, período de colonização do Brasil, foi implantado o sistema de Capitânicas Hereditárias por meio de cartas de doação e forais, o que constituiu a primeira organização política e jurídica do Brasil. Diante do fracasso desse arranjo, D. João III, por volta de 1548, instituiu um Governo Geral e estabeleceu quatro regimentos, tendo estes sido destinados ao Governador Geral, ao Provedor Mor, ao Ouvidor Geral e aos Provedores Parciais, conforme descreve Mello Filho (2014)<sup>7</sup>.

Segundo o site institucional do STF, dada a emergência de solução de litígios, foi necessária a criação do Tribunal da Relação, sendo este um tribunal judicial português de segunda instância. A Relação (forma como também era conhecido o Tribunal) no Brasil foi instituída originalmente em 1609 por D. Filipe III, em Salvador, antiga capital brasileira. Até 1751, a Relação da Bahia era o único Tribunal Superior da Colônia e, então, criou-se a Relação do Rio de Janeiro, cujo objetivo inicial era de atender as causas e os requerimentos da população no sul do Brasil – haja vista que a Relação Baiana era distante. Em 1763, ao longo do Governo do Marquês de Pombal, com a transferência da capital do Brasil de Salvador para o Rio de Janeiro, a Relação do Rio de Janeiro tornou-se o órgão de primeira e segunda instância responsável por julgar os processos da região sul e sudeste do Brasil.

---

<sup>7</sup> Estes cargos foram autoridades no Brasil no período de colonização, para estabelecer a organização. Mais informações em: Mello Filho, 2014.

Os processos originários no Brasil estavam sujeitos, em última instância, a Casa da Suplicação de Lisboa, que era o Tribunal Supremo de Portugal. Ocorre que, com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, em decorrência da expansão napoleônica, tornou-se extremamente inviável a remessa de recursos à Casa da Suplicação. Dessa forma, o príncipe regente à época, D. João III, converteu, por meio de um alvará datado de 10 de maio de 1808, a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil. Vejamos:

I – A Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa. [...]. (STF, 2018, não paginado).

Uma vez proclamada a Independência do Brasil, foi criada a primeira Constituição Nacional, datada de 25 de março de 1824. O artigo 163 estabelecia que na capital do Império, além da Relação, existiria um Tribunal denominado "Supremo Tribunal de Justiça", que seria composto, conforme a redação, por: “Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título de Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles que se houverem de abolir” (STF, 2018, não paginado). O Supremo Tribunal de Justiça era, então, composto por 17 juizes, tendo sido instalado em 1829 e subsistido até 1891, com essa estrutura.

Por fim, com o advento da República, em 1889, e com a necessidade de instituição de uma Constituição, ouviu-se pela primeira vez o termo "Superior Tribunal Federal". A referida denominação foi adotada pela Constituição Provisória, que foi publicada pelo Decreto de nº 510, de 22 de junho de 1890, e depois foi repetida por meio do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 (STF, 2018). A segunda Constituição Brasileira (1891), em seus artigos 55 a 59, tratou do Supremo Tribunal Federal:

Art. 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.'

Art. 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. [...]. (BRASIL, 1891, não paginado).

Inicialmente, o STF era composto por quinze juizes, nomeados pelo Presidente da República, sujeita esta escolha à aprovação do Senado, na forma do artigo 58 da Carta Magna de 1891:

Art. 58 - Os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias.

§ 1º - A nomeação e a demissão dos empregados da Secretaria bem como o provimento dos Offícios de Justiça nas circunscrições judiciárias, competem respectivamente aos Presidentes dos Tribunais.

§ 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei. (BRASIL, 1891, não paginado).

Segundo Lenza (2009), muitas alterações ocorreram até a atual configuração do STF. A quantidade inicial de ministros foi reduzida e aumentada no decorrer de diversos acontecimentos. Em 1960, com a mudança da capital brasileira do Rio de Janeiro para Brasília, a Corte se transferiu para a nova capital, onde permanece até a presente data. Atualmente, o órgão colegiado conta com 11 ministros, nomeados para o cargo vitalício pelo Presidente da República, dentre brasileiros natos, entre 35 e 65 anos de idade, titulares de notório saber jurídico e de ilibada reputação. Sua admissão continua sujeita à aprovação do Senado Federal, em sua maioria absoluta. Ao tomar posse, eles devem atuar como guardas da Constituição, como indicado no próprio documento, vigente desde 1988, zelando para que não seja violada.

O Tribunal é composto pelo Plenário, pelas Turmas e pelo Presidente. Incumbe ao Plenário eleger o Presidente e o respectivo Vice para mandato de dois anos. As duas Turmas são compostas por cinco Ministros cada e presididas pelo mais antigo de seus membros, pelo período de um ano. As normas do Regimento Interno do Tribunal (RISTF) vetam a recondução até que todos os membros que compõem a Turma tenham exercido a Presidência, observada a antiguidade.

No sistema de tripartição de poderes, sabidamente idealizado por Charles de Montesquieu, à luz da Revolução Francesa, e estabelecido pelo Poder Constituinte originário, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ser executados por órgãos distintos, dentro das suas esferas de competência, de maneira autônoma e independentes entre si, sob pena de violação de todo sistema Republicano e Democrático posto (LENZA, 2009). Dessa forma, os poderes atuam de maneira harmônica e exercendo o controle recíproco por meio do sistema de freios e contrapesos.

Ao STF compete o julgamento de algumas ações originárias, cuja competência é estabelecida pela Constituição em razão da matéria, dentre as quais destacamos a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> Para mais informações sobre natureza e conceito de ADI, ADC e ADPF, ver: Lenza, 2017.

todas relacionadas ao conflito hierárquico com as normas constitucionais. O Tribunal é competente ainda para determinadas ações penais em razão do cargo exercido pelos réus, além de recursos que possuam alguma pertinência com as matérias de natureza constitucional.

As decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF) são caracterizadas pela eficácia *erga omnes* e pelo efeito vinculante, com o fulcro de dar maior efetividade às decisões, alcançando a segurança jurídica e a estabilidade da discussão a respeito da constitucionalidade da norma. A eficácia *erga omnes* determina que todos da sociedade devem ser abrangidos pela decisão prolatada. O efeito vinculante refere-se à imposição ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário de obedecerem a decisão, reproduzindo seu sentido. Quanto à extensão desse efeito, Mendes e Martins (2009) afirmam se tratar de instituto que assegura força vinculante também aos motivos determinantes da decisão, além de seu dispositivo, garantindo estabilidade aos fundamentos que conduziram o direcionamento da decisão.

Como função típica, o Supremo Tribunal Federal possui papel hermenêutico no exercício de interpretação e de aplicação do ordenamento jurídico (Jurisdição). No campo jurídico, a hermenêutica é a ciência responsável pela criação de métodos e regras de interpretação das normas jurídicas, cujo objetivo é dar conhecimento a respeito do exato sentido de tais normas, respeitando assim o sentido esperado pelo legislador/constituente.

Importante destacar que o Direito Constitucional contemporâneo se enquadra na fase do assim chamado Pós-positivismo, caracterizado pela reaproximação entre o Direito e a ética, para além da letra fria da lei escrita, a partir da consistência dos valores na interpretação jurídica, do reconhecimento da normatividade dos princípios e do desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais alicerçada na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Barroso (2001):

O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro. (BARROSO, 2001, p. 36).

Como qualquer texto, seja ele jurídico ou não, a Constituição deve ser interpretada, mas sua peculiaridade decorre do fato de que ela concede fundamento de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico. Em nosso ordenamento, o STF possui a função

primordial de buscar o real significado das normas constitucionais, considerando aspectos concretos como a realidade econômica, social e política do Estado.

Ao tratar da função interpretativa, Lenza (2017) atenta para o fato de que onde a interpretação literal for suficiente para a compreensão da norma, não se faz necessária a aplicação da hermenêutica. Os métodos de interpretação são aplicados quando existir alguma dúvida a respeito do real significado e sentido de uma norma constitucional ou quando mais de uma interpretação for dada e precisarmos estabelecer qual é a mais adequada sob o ponto de vista sistêmico.

Importante apontar que as normas constitucionais podem sofrer alterações formais (reforma constitucional) ou informais (mutações constitucionais). As reformas constitucionais implicam em uma modificação do texto constitucional mediante mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original. Por outro lado, as alterações informais, denominadas mutações constitucionais, não correspondem a uma alteração no texto constitucional em si, mas referem-se a uma mudança na interpretação do texto constitucional e a uma alteração do seu significado. Sobre as alterações informais, Lenza (2017) ratifica que as mutações constitucionais demonstram a natureza dinâmica e prospectiva das normas jurídicas, de maneira informal, por não serem previstas dentre as mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.

Interpretar a Constituição não é fácil, haja vista o impacto profundo que o novo sentido dado pode gerar em toda a estrutura jurídica. Assim, seus problemas são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o ordenamento jurídico. A interpretação dos dispositivos constitucionais exige do intérprete particular sensibilidade para captar a essência, penetrar na profundidade e compreender o sentido das disposições fundamentais, considerando as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos. A natureza específica das disposições fundamentais, que estabelecem regras de conduta de caráter supremo e que servem de fundamento base para outras normas do ordenamento jurídico, contribui para as diferenças entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional.

A interpretação constitucional, na concepção de Barroso (2011), não pode ser um exercício abstrato de verdades absolutas, distantes do seu tempo. Toda interpretação deve estar contextualizada em uma época, em um momento histórico, envolvendo normas jurídicas pertinentes e os fatos concretos a serem considerados, além das condições do intérprete e do imaginário social. A missão do intérprete não é descobrir e revelar a solução abstratamente

inserida na norma, mas fazer valorações *in concreto*, escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites ofertados pelo ordenamento vigente.

As impressões pessoais do intérprete podem estar presentes no processo de revelação do conteúdo, mas Barroso (2011) aponta para um dever ético em declinar de sua preconcepção acerca da matéria a ser interpretada como elemento revelador de uma honestidade intelectual na fundamentação adotada, a fim de impedir que o Magistrado contemple grupos e ideologias. Tratando-se de Tribunal constitucional e de processo objetivo, existe um risco democrático real de que as impressões pessoais do julgador transformem uma circunstância isolada em uma norma genérica com força de lei.

É nessa linha que, a par da função inerente ao Poder Judiciário, vislumbramos uma atuação atípica de tal poder, mas não menos importante, em que, ainda que indiretamente, o Tribunal Superior atua positivamente no ordenamento, “legislando” ao suprir as lacunas deixadas pela legislação propriamente dita, com a emissão de atos jurisdicionais eminentemente normativos com efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Não raro, percebe-se no sistema vigente hipóteses de omissão legislativa, que acarretam situações de violação de direitos subjetivos e insegurança jurídica que merecem a atenção e a tutela do Estado. Assim, a própria Constituição previu instrumentos para solucionar a situação de lacuna, quando o Poder Legislativo deveria ter atuado e não o fez, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção<sup>9</sup>.

A ADO é uma inovação da Constituição Federal de 1988, de inspiração portuguesa, que busca combater a inefetividade das normas constitucionais que, de imediato, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, necessitando de ato normativo complementar, integrativo infraconstitucional (LENZA, 2017). Ela possui natureza de processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade, com legitimidade ativa limitada e competência exclusiva do STF para análise abstrata do ordenamento. Está prevista no § 2º, do artigo 103, da Carta Magna de 1988:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL, 1988, não paginado).

O Mandado de Injunção, por sua vez, é um remédio constitucional que visa combater a mesma inefetividade das normas constitucionais, porém por meio de controle difuso, perante

---

<sup>9</sup> Para mais informações sobre ADO e Mandado de Injunção, ver: Lenza, 2017.

diversos órgãos do Poder Judiciário, no bojo de um processo que analisa um caso concreto. A Constituição, em seu artigo 5º, LXXI, estabelece que o Mandado de Injunção se dará quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos, das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Declarada a inconstitucionalidade de uma determinada norma pelo STF em razão da omissão, quer seja ela total ou parcial, o Tribunal não poderá legislar para suprir a omissão existente, uma vez que tal prática feriria o princípio da Tripartição dos Poderes, previsto no artigo 2º da CRFB/88. Assim, como assinala o artigo 103, § 3º, da CRFB, deverá ser dada ciência ao Poder Legislativo competente para que este adote as providências necessárias; tratando-se de órgão administrativo, deve fazê-lo dentro do prazo de trinta dias.

Quanto ao Mandado de Injunção, no que se refere ao efeito das decisões, a doutrina se divide, destacando-se as seguintes posições: (i) posição concretista direta – "a concessão da ordem no MI 'concretiza' o direito diretamente, independentemente de atuação do órgão omissor, até que a norma constitucional venha ser regulamentada" (LENZA, 2017, p. 1.236). A decisão, neste caso, pode ter oponibilidade *erga omnes*, aplicando-se para todos (geral), pode produzir efeitos para uma determinada categoria (coletiva) ou, ainda, apenas para o impetrante, que pode ser uma pessoa física ou jurídica (individual); (ii) posição concretista intermediária – se o mandado de injunção for julgado procedente, o Judiciário fixará prazo para que o órgão omissor elabore a norma regulamentadora. Encerrado o prazo, o direito passa a ser assegurado de umas das três formas supramencionadas (geral, coletiva ou individual); (iii) posição não concretista – a decisão, neste caso, só decreta a mora do Poder, órgão ou autoridade a quem compete editar a norma regulamentadora, reconhecendo a sua inércia. A regulamentação do Mandado de Injunção adotou a posição concretista intermediária geral.

Ocorre que diante da ausência de meios para executar as decisões exaradas nestes dois instrumentos processuais, o Poder Judiciário passou a atuar de forma positiva nos casos em que a omissão legislativa acarretava danos aos jurisdicionados (LENZA, 2017).

Quando os instrumentos constitucionalmente previstos se mostram ineficazes, em que o Poder Judiciário não pode impor ou interferir nas atividades do Poder Legislativo, as lacunas passam a ser supridas pela atividade positiva dos magistrados, denominada ativismo judicial. A ação é identificada quando o Poder Judiciário interfere de modo regular e significativo nos demais Poderes. Entretanto, não há por parte dos estudiosos um consenso sobre a definição desse fenômeno, de modo a determiná-lo como algo positivo ou negativo.

Para falarmos de ativismo judicial devemos tratar da judicialização que, embora não seja a única causa, é um dos principais elementos que geram o episódio em questão. A

judicialização é um fenômeno atual que se dá em razão da grande quantidade de demandas que vêm sendo levadas ao Poder Judiciário na busca de se obter uma sentença de mérito que resolva a lide apresentada. Talvez pudéssemos dizer que, hoje, quase tudo é judicializado, sem critérios claros para definir a real necessidade de propositura dessa demanda. Essa prática infla a "máquina judiciária", que devido ao grande volume não consegue, de maneira qualitativa, se debruçar sobre as ações propostas.

[...] judicialização significa que uma parcela do Poder Político está sendo transferido das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Significa dizer que a última palavra sobre questões econômicas, sociais ou morais de largo alcance, estão tendo a sua instância final de decisão perante o Poder Judiciário. [...] O excesso de demandas políticas ao Judiciário conduz a uma atuação expansiva, ultrapassando muitas vezes os limites legais de atribuição, de modo que o juiz pode ser encarado como um "juiz legislador". (MARTINS, 2019, não paginado).

A vida é repleta de problemas e questões que precisam ser resolvidas e uma vez que são apresentadas ao Judiciário, este precisará solucioná-las, independentemente da existência ou não de legislação para isso. Não pode um juiz invocar a inexistência de norma no ordenamento para não resolver um dado problema. É dessa forma que surge o chamado ativismo judicial, que podemos entender como a atuação expansiva do Judiciário, diante de lacunas no ordenamento jurídico. Essa prática precisa ser observada com atenção para evitar a violação ao princípio da separação de Poderes, podendo causar desequilíbrio na ordem democrática.

Neste ponto, é importante destacar que o Poder Legislativo se refere a órgãos compostos por representantes do povo, eleitos democraticamente pelas maiorias políticas, de forma que o produto da atividade legislativa reflita a vontade dos representados. Contudo, o sistema representativo instituído no Brasil favorece os grandes grupos, que se organizam para eleger representantes políticos que atendam às suas necessidades imediatas, gerando precária representação institucional dos grupos minoritários. Cabe destacar que essas minorias nem sempre constituem exatamente um número absoluto menor de pessoas, mas um grupo com menor capacidade de mobilização e constituição de representantes nas esferas de poder decisório.

Diante de todo esse panorama, é de suma importância salientar que, no ordenamento baseado na democracia e no sistema representativo, não é adequado aceitar que apenas os grupos majoritários devam ter suas vontades e necessidades atendidas. Uma sociedade, para ser verdadeiramente democrática, deve amparar todos os cidadãos que fazem parte do meio social, afastando a tirania da maioria. Para tanto, é necessário que ferramentas institucionais sejam

criadas para que a representatividade seja garantida aos grupos minoritários, de modo que, assim, consigam dar voz às suas necessidades.

Assim, no caso em análise, vislumbramos que o Tribunal constitucional deve exercer a promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, com ênfase nas minorias políticas<sup>10</sup>, para as quais o Judiciário funciona como uma instância contramajoritária. Explico: no sistema democrático de tripartição de poderes, o ordenamento vigente deve ser, essencialmente, produto do Poder Legislativo, constituído por representantes da maioria da população. Na ausência de norma legal ou na existência de leis lacunosas/inconstitucionais, o Tribunal funcionaria como um provedor de direitos não contemplados ou não expressos em lei – por isso contramajoritário –, mas extraídos do sistema, afastando a tirania da maioria.

Buscamos aqui, portanto, introduzir as noções sobre o STF, abordando o histórico, a composição e a missão social de proteger os preceitos constitucionais nas suas atividades típicas (jurisdição) e atípicas (legislativa). Assim, verificamos que as matérias relacionadas à família, instituto previsto na Constituição para obter proteção do Estado, vem sendo objeto de diversas análises e relevantes decisões pelo Supremo Tribunal do país, que, com base na evolução da sociedade, busca garantir o tratamento constitucional ao instituto em suas diversas possibilidades.

## 2.2 Considerações metodológicas

Para viabilizar a pesquisa, elegemos a metodologia proposta por Laurence Bardin (2016), em sua obra *Análise de Conteúdo*. Trata-se de instrumento de análise de comunicações para estudos empíricos apoiados em técnicas aplicáveis a diversos campos de conhecimento. Assim, a análise de conteúdo deve ser utilizada após o uso das técnicas tradicionais de investigação, como hermenêutica, retórica e lógica, porém sustentada com processos técnicos de validação.

Cabe a transcrição da conceituação de Baldwin, citada por Bardin (2016, p. 21), tratando a análise de conteúdo como “uma técnica que proporciona uma avaliação e uma análise que terão a virtude da objetividade e revelarão também os aspectos do material que poderiam ter

---

<sup>10</sup> “O termo ‘minorias’ é usado de forma genérica para fazer referência a grupos sociais específicos que são entendidos como integrantes de uma parcela da população, sendo diferenciados por suas características étnicas, religiosas, cor de pele, orientação sexual, país de origem, situação econômica, entre outros” (RODRIGUES, 2018 *apud* GOVERNO; BERNARDI, 2018, p. 60). As minorias estão geralmente associadas a condições sociais mais vulneráveis, frutos de um processo histórico e cultural de discriminação e exclusão sociais

escapado ao exame minucioso do clínico”. E ainda de Berelson, também mencionado por Bardin (2016, p. 21): “A análise de conteúdo é uma técnica de investigação que tem por finalidade a descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto da comunicação”.

No aperfeiçoamento da técnica, Bardin diz que o próprio Berelson e outros autores verificaram a necessidade de novas respostas no plano metodológico, agregando valores qualitativos e afastando a exclusividade dos dados quantitativos (análise de frequências). Com a objetividade menos rígida, passou-se a aceitar a combinação da compreensão clínica das informações, tomando consciência de que sua função/seu objetivo é a *inferência*. Assim, a inferência deve ser efetivada com base em indicadores de frequência ou com a ajuda de indicadores combinados, podendo-se regressar às causas ou até chegar aos efeitos das características ocorridas na comunicação. Trata-se de operação lógica, pela qual se admite uma proposição verdadeira, com base na sua ligação com outras proposições já aceitas como verdades.

Nas palavras de Bardin (2016, p. 44),

[...] a análise de conteúdo aparece como um conjunto de técnicas de análise das comunicações que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens. [...] a intenção da análise de conteúdo é a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção (ou, eventualmente, de recepção), inferência esta que recorre a indicadores (quantitativos ou não).

Adotando a referida metodologia de análise, é indispensável localizar a presente pesquisa definindo duas categorias essenciais. Primeiro, verificamos que existem dois tipos de documentos que podem ser submetidos a esse tipo de análise: os que são suscitados pelas necessidades de estudo (respostas a questionários, testes, experiências, etc.) e os naturais, produzidos espontaneamente na realidade social. Em segundo lugar, verificamos que as inferências podem responder dois tipos de problemas: (i) o que levou a determinado enunciado? Causas/antecedentes da mensagem; (ii) quais as consequências que determinado enunciado vai provavelmente provocar? Efeitos da mensagem.

Assim, informa-se que a presente pesquisa se valeu de dois documentos naturais<sup>11</sup> – acórdãos prolatados na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 4.277/DF, e na Ação de

---

<sup>11</sup> O referido documento deve ser considerado um documento natural na medida em que foi emitido em decorrência de uma ação proposta perante o Poder Judiciário do país, o que impôs ao Tribunal Constitucional competente o dever de exarar uma decisão. Assim, a decisão (objeto da presente pesquisa) existe por força de fatos sociais/jurídicos estranhos ao presente estudo. Em outras palavras, o documento representa um fato social espontâneo, apenas eleito pela pesquisadora, e não um instrumento ou produto da presente pesquisa. Em

Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 132/RJ (BRASIL, 2011a, 2011b) –, produzidos pelos Ministros membros do STF, Corte Constitucional brasileira, que julgaram procedentes as ações e concederam interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil, em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”), reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar. Assim, determinaram o afastamento de qualquer interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do referido artigo e excluíram do dispositivo civil qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências jurídicas da união estável heteroafetiva.

Quanto ao segundo questionamento, é imprescindível mencionar que a referida decisão foi prolatada em um cenário histórico de ordenamento jurídico legal lacunoso, ou seja, não havia norma constitucional vedando, tampouco lei infraconstitucional expressa regulando a possibilidade da união familiar entre pessoas do mesmo sexo. Desse modo, esse vazio legislativo deu margem a interpretações conflitantes entre si pelo Poder Judiciário em atuação difusa e, muitas vezes, eivadas de aspectos discriminatórios indesejáveis, especialmente se comparadas aos avanços legais e normativos de outros países. A lacuna legislativa associada aos movimentos de militância homossexual, que clamavam pela regulamentação do fato social posto, foi fator determinante para a emanção do documento.

A pesquisa objetiva, essencialmente, realizar uma análise da estrutura e significação do texto, debatendo os argumentos utilizados na fundamentação das decisões selecionadas, discutindo as causas sociais e os efeitos esperados. Para adentrar a análise dos documentos selecionados (acórdãos prolatados na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ), classificamos as unidades de significação criando categorias, introduzindo uma ordem que, pretendemos, seja reveladora de uma estrutura interna do texto.

Os documentos selecionados são acórdãos, espécie de decisão judicial, e como tal possuem três elementos essenciais: relatório, fundamentação e dispositivo, segundo as normas processuais vigentes no país. Para a presente análise, somente a fundamentação possui relevância axiológica, uma vez que contém toda argumentação utilizada pelos julgadores para adotarem a decisão final (dispositivo). Vale informar que utilizamos os votos do Ministro Relator Ayres Britto e do Ministro Luiz Fux.

---

contraposição existem os documentos suscitados, que são aqueles que somente são formalizados em razão de atos do pesquisador, que tem por fim último gerar o documento para compor um estudo científico.

Tratando-se de decisão judicial, o conteúdo a ser analisado encontra-se nos argumentos utilizados pelos julgadores como causa de decidir nos votos proferidos. Por essa razão, estabelecemos as seguintes categorias de classificação de texto:

1. Argumentos jurídicos
  - a) Direito Constitucional
  - b) Legislação infraconstitucional (Direito Civil, Eleitoral, Previdenciário, outros)
  - c) Ação afirmativa/Inclusão social
2. Argumentos psicológicos
  - a) Das partes
  - b) De terceiros (filhos, parentes, outros)
3. Argumentos morais
  - a) Interditos
  - b) Afetos
  - c) Sexualidade/Gênero
  - d) Homossexualidade/Homoafetividade
4. Espectros culturais/simbólicos
  - a) Características socioculturais brasileiras
  - b) Preconceito/discriminação
  - c) Reflexos do modelo patriarcal

Concretizando este propósito, as decisões foram impressas em folhas amarelas e azuis para diferenciá-las entre si – em cerca de 270 laudas cada uma – e recortadas em trechos equivalentes a proposições constantes da ementa, frases soltas ou parágrafos inteiros. Observou-se que o conteúdo da fundamentação das duas decisões foi composto exatamente pelo mesmo texto e, portanto, pelos mesmos argumentos, razão pela qual passamos a tratá-las como se uma única decisão fossem. Desse modo, a distinção entre páginas amarelas e azuis deixou de ter relevância.

Após análise individual de cada parte recortada, os trechos foram classificados nas categorias de texto acima expostas. Em seguida, foram produzidos cartazes com a colagem dos trechos categorizados, viabilizando a avaliação visual do documento (Apêndice A – Cartazes).

Passamos, portanto, ao resultado obtido com a metodologia descrita, de forma a apresentar a análise teórica a partir do texto que compõe a decisão objeto da pesquisa, dividido

por categorias classificatórias. No curso da análise, apresentaremos os trechos da decisão que revelam a base apontada.

O primeiro cartaz (Figura 1, Apêndice A) apresenta a estrutura geral da metodologia, com a apresentação de todas as categorias de classificação de texto acima mencionados.

## **2.3 Análise de conteúdo**

### **2.3.1 Argumentos jurídicos**

Nesta classificação foram reunidos os trechos do texto decisório que apresentaram argumentos de fundo jurídico, seja por tratarem de indicação de dispositivo legal (artigo da Constituição, de Lei, de Decreto, dentre outros instrumentos normativos) ou de institutos eminentemente jurídicos, ainda que não presentes expressa e/ou literalmente em textos legais, tais como conceitos, princípios e diretrizes estabelecidos por juristas.

#### **2.3.1.1 Argumentos jurídicos de Direito Constitucional**

Nesta parte foram incluídos os trechos da decisão que apontam os argumentos pautados em artigos expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, princípios e fundamentos constitucionais reconhecidos como tal pela ciência jurídica (Figura 2, Apêndice A).

Inicialmente, é importante destacar que esta foi a categoria que reuniu a maior parte dos trechos selecionados durante a pesquisa. A razão é simples na medida em que o documento foi emanado pelo Tribunal Constitucional do país, cuja competência é fixada em razão da matéria, ou seja, se restringe a solução de litígios que envolvam a análise de violações constitucionais e seus respectivos reparos de proteção.

A base da fundamentação constitucional apresentada no *decisium* se pauta, primeiramente, no aparente conflito entre normas constitucionais e, portanto, de mesma hierarquia normativa: de um lado, a regra que define o conceito de união estável apenas entre homem e mulher, como entidade familiar; e de outro, os princípios e direitos fundamentais individuais supostamente violados.

Segundo Barroso (1996), para analisar a aplicação de normas constitucionais é preciso diferenciá-las entre princípios e regras. Assim, princípios “São normas que estabelecem fins a serem buscados pelos poderes públicos [...]”, ao passo que regras “São normas imediatamente

descritivas de: a) comportamentos devidos ou, b) atributivas de poder”. Segundo Dworkin, citado por Barroso (1996), para fins de aplicabilidade, as regras obedecem à lógica de tudo ou nada, ao passo que os princípios obedecem à lógica da ponderação mediante análise da situação concreta. A regra, de forma geral, é aplicada através de um procedimento conhecido como subsunção, pela qual há aplicação da premissa maior (norma) à premissa menor (caso concreto), caracterizando que, ocorrendo a hipótese, aplica-se a regra. Acontece que a aplicação dos princípios necessita da técnica de ponderação de interesses. Em geral, havendo previsão de regra para o caso concreto, sequer se cogita a aplicação dos princípios de conteúdo abstrato.

No entanto, não foi o que ocorreu na decisão em análise, uma vez que a regra constitucional que estabelece os limites do reconhecimento da união estável foi confrontada com os princípios constitucionais fundamentais e individuais, havendo a prevalência da norma constitucional mais abstrata inserida nos princípios, em razão da sua maior valoração axiológica. Vejamos a dualidade:

Quadro 1 – Técnica de ponderação

Ponto	Contraponto
Artigo 226, § 3º, da CRFB: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre <i>o homem e a mulher</i> como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).	Direitos fundamentais (artigos 1º, 3º, 5º da CRFB).
Conceito de família: união estável entre o homem e a mulher, casamento e monoparental.	Princípio da dignidade humana / Autonomia privada (artigo 1º, III, da CRFB).
Interpretação literal	Princípio da igualdade (artigo 5º, I, da CRFB).
Família como base fundamental do Estado	Princípio da reserva da lei (artigo 5º, II, da CRFB).
	Princípio da liberdade sexual.
	Princípio da segurança jurídica.
	Princípio da razoabilidade / proporcionalidade.
	Princípio da proibição do preconceito / vedação à discriminação odiosa (artigos 3º, IV, e 5º, XLI, da CRFB).
	Direito a intimidade e vida privada, honra e imagem (artigo 5º, X, da CRFB).
	Objetivo de promover o bem de todos (artigo 3º, IV, da CRFB).
	Interpretação analógica do artigo 226, §3º da CRFB (artigos 5º, §2º. CRFB) – aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

Fonte: O autor, 2020 (Com base nas informações da Constituição, de 1988).

Observa-se nos trechos da decisão a indicação das normas acima elencadas:

Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe. (BRASIL, 2011b, p. 639).

Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, verbis: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. (BRASIL, 2011b, p. 639).

Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo” , consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. (BRASIL, 2011b, p. 646).

Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos. (BRASIL, 2011b, p. 672).

Vislumbramos, de um lado, o artigo 226, § 3º, da CRFB, que estabelece o conceito de união estável e, de outro lado, o princípio da imediata aplicabilidade (artigo 5º, § 1º, da CRFB) dos direitos fundamentais com proteção igualmente constitucional, previstas nos artigos 1º, 3º e 5º e outros dispositivos, cobertos pela imutabilidade das cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV, da CRFB).

A leitura fria da norma contida no §3º do artigo 226 da CRFB, que parece restringir as formações familiares apenas quando estabelecidas entre homem e mulher, resta ultrapassada pela análise sistêmica do regime constitucional vigente (artigo 5º, § 2º, da CRFB), em concordância com os fatos sociais postos e em proteção aos direitos individuais das pessoas, em especial àquelas que estabelecem seus núcleos familiares com pessoas do mesmo sexo (homem/homem e mulher/mulher).

Diante do aparente conflito de normas, o julgador afastou a interpretação restritiva da regra e aplicou a técnica da ponderação de interesses, que funciona como uma balança de valores imaginária, conforme apresentada pelo jurista Sarmiento (2003), para os casos em que as normas apontam para lados opostos, criando embates normativos.

Segundo Sarmiento (2003), o ordenamento brasileiro oferece os critérios ordinários para resolução desses conflitos normativos – a especialidade, a hierarquia e a cronologia. No entanto, devido à Supremacia Constitucional e à Unidade da Constituição, esses critérios clássicos

mostram-se ineficazes para solucionar conflitos entre normas constitucionais originárias, que possuem a mesma hierarquia normativa. Tendo em vista que o sistema jurídico vigente impede que um conflito social pereça sem uma prestação jurisdicional do Estado que componha a lide entre os interessados, a técnica da ponderação de interesses na Constituição Federal Brasileira surge como um método de harmonização das normas na interpretação Constitucional.

Por ser uma norma emanada do Poder Constituinte e comportar grande relevância nas matérias que regula, atribuiu-se à Carta Constitucional uma rigidez formal maior que aquela conferida às demais leis, com procedimento especial para a sua alteração. Dessa forma, a Supremacia Constitucional se fundamenta na sua rigidez e na subordinação hierárquica das demais normas do ordenamento jurídico.

Diante do estabelecimento de que a Constituição Federal é a base dos institutos que regem a sociedade, configurando a lei fundamental e suprema do Estado, o próprio Estado, seus agentes e autoridades estão subordinados à Lei Maior, encontrando-se delineadas e limitadas suas atribuições e competências, de forma a garantir a perenidade dos contornos fundamentais do ordenamento sem oscilação de cunho governamental transitório.

Ademais, verifica-se derivar do princípio da Supremacia Constitucional o controle de constitucionalidade das leis, uma vez que estas devem obediência às normas implícitas e explícitas da Constituição, devendo ser consideradas como inconstitucionais se violarem tais comandos – gerando a sua exclusão do ordenamento jurídico. Para Diniz (2011, p. 14):

O controle da constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição, pressupondo, necessariamente, a ideia da supremacia constitucional, pois, na existência de um escalonamento normativo, onde é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Por isso, ato normativo contrário ao texto constitucional será considerado presumidamente constitucional até que por meio de mecanismos previstos constitucionalmente se declare sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a retirada de sua eficácia, ou executoriedade.

Em contraposição a demonstrada rigidez constitucional, apesar da imutabilidade relativa do texto constitucional e de seu conteúdo material, é imprescindível que, de acordo com os requisitos formais estabelecidos pela própria Constituição, seja viável operar modificação diante de anseios sociais, para que o texto permaneça compatibilizado com a dinâmica social, preservando sua legitimidade e a vontade popular. Essas modificações não violam o texto constitucional, tampouco o princípio da Supremacia Constitucional, pois se submetem aos meios previamente determinados na própria Constituição e com limitações de ordem formal e material (cláusulas pétreas).

É preciso apontar, ainda, para a denominada unidade da Constituição, que deve ser observada sob o ponto de vista da supremacia constitucional perante as normas infraconstitucionais, mas que também se projeta entre as normas da própria Constituição, conferindo ao ordenamento e à Lei Superior uma lógica jurídica, uma compreensão harmônica:

Significa que o intérprete deve considerar a Constituição em sua totalidade, procurando harmonizar os lugares de conflitos entre as suas diversas normas. Daí, a perfeita compatibilidade entre o princípio do Estado de Direito com o democrático, do princípio democrático com o socialista, princípio unitário com o da autonomia regional. Este princípio muito se assemelha à interpretação sistemática que busca a coerência do ordenamento jurídico. (PEIXINHO, 2003, p. 86).

A função primordial da unidade da Constituição é conduzir o intérprete na busca da harmonia entre os dispositivos aparentemente conflitantes. Diante da impossibilidade de conciliação plena, o aplicador do direito deve buscar a forma que comporte menor prejuízo para ambas as normas, evitando o aniquilamento de qualquer delas.

Assim, para Sarmiento (2003), a técnica de interpretação da ponderação de interesses tem por escopo principal solucionar os conflitos normativos a partir de juízos axiológicos, valendo-se da estrutura tridimensional do Direito: fato, valor e norma, ou seja, aspectos fático (efetividade social), axiológico (valor de justiça) e normativo (ordenamento e ciência do Direito), atribuindo dinamicidade ao Direito a fim de corresponder às estruturas sociais contemporâneas.

A ponderação de interesses é composta por fases. Na fase preparatória, identifica-se o conflito normativo, avaliando todos os elementos e argumentos e indicando o que está sendo objeto da ponderação.

Conforme Sarmiento (2003), se o embate ocorrer entre normas-regra não será alvo de uma ponderação, devendo ser resolvido através dos critérios clássicos de solução. O autor afirma que somente há necessidade de usar tal técnica se houver dois ou mais princípios aparentemente colidentes, cabendo ao intérprete identificá-los e verificar a melhor forma de harmonizá-los no caso concreto, obedecendo e realizando uma “unidade constitucional”. Apurada a ocorrência do aparente conflito constitucional, o intérprete inicia a ponderação propriamente dita. Assim, deve verificar a relação de primazia entre os princípios conflitantes e, diante dos fatos apresentados no caso concreto, adequá-los em busca do denominado “ponto ótimo”, cuja solução imponha a menor restrição possível a cada um dos interesses tutelados, de forma que ambos possam coexistir.

O fato de não haver hierarquia entre as normas constitucionais não implica dizer que a Constituição confira a mesma relevância a todos os interesses nela contidos, cabendo ao

aplicador analisar a valoração genérica e específica e, diante dos fatos expostos, encontrar a melhor solução casuística.

Assim, para que cumpra seus objetivos, Sarmiento (2003) afirma que o resultado da ponderação e a respectiva restrição imposta a cada interesse só se justificam na medida em que:

- 1) Estiver apto a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, ou seja, não pode extinguir ou ameaçar a existência do princípio restringido;
- 2) Inexistir solução menos gravosa, ou seja, a imposição deve ser apenas a suficiente para solucionar o aparente conflito;
- 3) O benefício alcançado com a restrição a um interesse deve compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico, em uma avaliação de proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, na decisão em estudo, ao realizar a prestação jurisdicional, o STF se valeu dos institutos acima mencionados e demonstrou respeito ao ordenamento e à Constituição como um todo sistêmico, garantindo sua força normativa, em proteção das garantias fundamentais do cidadão.

No meio jurídico, discute-se a aplicação do método da ponderação de interesses apenas para as normas-princípio ou se deve ser observado, indistintamente, nas normas em geral. Sarmiento (2003) defende que as normas-regra não podem ser objeto de ponderação, uma vez que seu conflito deve ser resolvido através dos critérios clássicos – cronológico, hierárquico e de especialidade. Ávila (2015) afirma que as normas-regra também podem ser sopesadas se na análise do caso concreto o intérprete entender que há essa necessidade. Ele afirma que,

Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado). (ÁVILA, 2015, p. 44).

Dessa maneira, para Ávila (2015), o sopesamento de motivos expostos no caso concreto, favoráveis ou não, pode ser realizado independente de incidirem sobre princípios ou regras, uma vez que a “dimensão de peso” não seria característica privativa das normas-princípio. Esse foi o posicionamento adotado na decisão ora avaliada, ao passo que, conforme acima exposto, o Ministro relator Ayres Britto tratou de ponderar a regra do artigo 226 e os princípios constitucionais colidentes, em homenagem aos valores axiologicamente superiores em jogo no caso concreto – conforme trecho a seguir:

5. O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais. ((BRASIL, 2011b, p. 661).

Ainda sob a qualificação de argumentos constitucionais, observamos que, de forma reiterada, o julgador se valeu da norma negativa geral Kelseniana (KELSEN, 1991), segundo a qual, nas relações privadas, tudo que não é proibido é permitido. O postulado de Kelsen possui assento constitucional no bojo do artigo 5º, II (BRASIL, 1988), na denominada reserva de lei<sup>12</sup>, qualificado como direito fundamental protegido pela rigidez das cláusulas pétreas.

O Ministro Ayres Britto, na fundamentação de raciocínio lógico, demonstra a inexistência de qualquer dispositivo constitucional e/ou legal capaz de justificar o não reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. O que conduz a conclusão de que eventual recusa jurisdicional seria fruto de fundamentos estranhos ao Direito e ao ordenamento, revelando aspecto cultural e preconceituoso. Transcrevo:

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. (BRASIL, 2011b, p. 614).

É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); [...] (BRASIL, 2011b, p. 641).

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos. (BRASIL, 2011b, p. 667).

f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contrasenso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia. (BRASIL, 2011b, p. 622).

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. (BRASIL, 2011b, p. 612).

---

<sup>12</sup> Artigo 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

A única norma apontada na coluna da esquerda do Quadro 1, constante no início do título, é o artigo 226, §1º, da CRFB; o texto não veda expressamente a conduta (união familiar entre pessoas do mesmo sexo), apenas não a contempla de maneira expressa. Assim, em âmbito privado, o que a lei não proíbe, admite. Vejamos, portanto, os trechos da decisão que demonstram essa linha de construção lógica:

Em seqüência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) “O casamento é civil e gratuita a sua celebração” (§1º); b) “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§2º); c) “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (§3º); d) “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§4º); e) “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§5º); f) “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (§6º); g) “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (§7º); h) “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (§8º); i) “A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§5º do art. 227); j) “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (§6º do art. 227). (BRASIL, 2011b, p. 643-644).

d) a redação do art. 226, §3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que não contém qualquer vedação a isto; [...]. (BRASIL, 2011b, p. 622).

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. (BRASIL, 2011b, p. 648).

Todas as normas contidas na coluna da direita do Quadro 1 possuem qualidade de direitos fundamentais e autorizam, respeitam e protegem a referida união familiar entre pessoas do mesmo sexo, de maneira implícita. Os direitos fundamentais, na ordem constitucional brasileira, segundo Sarlet (2012), são todas as posições jurídicas, relativas às pessoas naturais ou jurídicas, que foram integradas, explícita ou implicitamente, à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, assim como as posições jurídicas que possam ser a elas equiparadas por seu conteúdo e significado. Portanto, o ordenamento brasileiro abrangeria dois grandes grupos de direitos fundamentais:

[...] direitos expressamente positivados, ou seja, constantes do Título II da CRFB de 1988, que estabelece os direitos e garantias fundamentais, os direitos fundamentais esparsos na Constituição e os direitos fundamentais previstos em tratados

internacionais sobre direitos humanos; direitos implicitamente positivados, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou direitos subentendidos, que não encontram respaldo textual direto (SARLET, 2012, p. 233-234).

Na decisão em análise, observamos o apontamento de diversos direitos fundamentais explicitamente positivados, com o respectivo dispositivo constitucional que o embala, bem como os de natureza implícita, com os quais o Ministro Ayres Britto constrói a lógica argumentativa de reconhecimento de certos valores como fundamentais, porém extraídos do sistema posto, conforme os trechos transcritos:

Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais sub judice. (BRASIL, 2011b, p. 643).

DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREIA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. (BRASIL, 2011b, p. 612).

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. (BRASIL, 2011b, p. 638).

Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II – sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou empareirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte). (BRASIL, 2011b, p. 639).

Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). (BRASIL, 2011b, p. 613).

4. Já no âmbito das alegações constitutivas da fundamentação ou causa de pedir, propriamente, o autor labora no plano da principiologia constitucional para daí desatar proposições que passo a revelar por modo sintético:

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);

II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV - Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas conseqüências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;

V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral. (BRASIL, 2011b, p. 618).

b) este não reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica; [...] (BRASIL, 2011b, p. 622).

e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão sexual do homossexual; [...] (BRASIL, 2011b, p. 622).

Para Sarlet (2012), os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grupos: os direitos de defesa (direitos de liberdade, igualdade, garantias, parte dos direitos sociais e direitos políticos) e os direitos a prestações (direitos a proteção, a participação na organização e procedimento e a direitos sociais de natureza prestacional).

Assim, essa necessidade do julgador de classificar como fundamentais os direitos, dos quais se vale para argumentar sua posição, decorre das qualidades especiais dos direitos fundamentais no tocante a sua superioridade axiológica, sua proteção internacional por tratados de direitos humanos e, especialmente, em razão da sua eficácia e aplicabilidade imediatas, na forma do artigo 5º, em seu parágrafo 1º, da CRFB de 1988, segundo o qual: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988, não paginado).

Esse dispositivo constitucional simboliza a força normativa privilegiada de que gozam os direitos fundamentais e a importância que o julgador reconhece ao definir determinadas normas como suas protetoras, conforme se verifica ao longo do *decisium*. É dever do Estado, em especial do Poder Judiciário, atribuir a máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais, que possuem uma presunção de serem normas de eficácia plena, que independem de prévia atuação do legislador ordinário para que possam produzir seus efeitos. Segundo Sarlet (2012, p. 242):

A melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, [...]. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto

é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

Destacamos ainda a diretriz que determina que os direitos e garantias previstos na Carta Constitucional não têm o condão de excluir outros direitos decorrentes do regime e dos princípios nela previstos. Tal diretriz tem previsão no §2º do artigo 5º da Constituição da República, que foi amplamente citado em toda a extensão do documento, sendo primordial para o desfecho da decisão.

Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 2011b, 614).

Superada a conceituação dos direitos fundamentais, cabe destacar o grande debate conceitual acerca das expressões *família* (utilizada na proteção garantida pelo *caput* do artigo 226 da CRFB<sup>13</sup>) e *entidade familiar* (utilizada no §3º do artigo 226 da CRFB<sup>14</sup>), apresentado na decisão em análise. Vejamos:

Como é cediço, o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece que a família, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 2011b, 669).

Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. (BRASIL, 2011b, 643).

É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a “Ordem Social” (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, porém com ênfase para a família, de logo aquinhoadada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, verbis: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (*caput* do art. 226). (BRASIL, 2011b, 643).

IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. (BRASIL, 2011b, 643).

Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade

<sup>13</sup> “Art. 226. A *família*, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

<sup>14</sup> “[...] § 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.” (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. (BRASIL, 2011b, 613-614).

A decisão apontou para a necessidade de afastar qualquer questionamento acerca da diferença de proteção do Estado à família formada pelo casamento e à formada pelas uniões estáveis, ainda que heterossexuais. A necessidade dessa declaração demonstra quão longe a sociedade contemporânea está do exercício pleno das liberdades relacionadas ao planejamento familiar. Por fim, o Ministro Ayres Britto conclui que as expressões são sinônimas, sem conseguir apontar sequer um motivo jurídico que pudesse diferenciá-las: “Identidade Constitucional dos conceitos constitucionais de ‘Entidade familiar’ e ‘Família’” (BRASIL, 2011b, 613).

Nas conclusões, a decisão aponta para o respeito à dignidade humana, pilar fundamental do sistema jurídico nacional, conforme expressamente proclama o artigo 1º, em seu inciso III, da CRFB de 1988. A dignidade humana é a versão axiológica do ordenamento jurídico que revela a essência da natureza humana. Esse valor empodera os princípios da igualdade e da isonomia com a potencialidade transformadora de relações jurídicas. Assim, o Estado Democrático de Direito tem por pressuposto o respeito à dignidade da pessoa humana e estabelece, como seu compromisso, o agir fundado nos princípios da igualdade e da liberdade. Conforme disposto no preâmbulo da Constituição, ao conceder proteção a todos, veda a discriminação por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988, não paginado).

O artigo 5º da Constituição Federal, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo, de modo expresso, o direito à liberdade e à igualdade. Repetitivos seriam, então, os dois primeiros incisos da regra constitucional, ao enfatizar a igualdade entre o homem e a mulher e a vedação de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Para Dias (2007, p. 183), “enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigual entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito”.

Para o autor (2007), a sexualidade integra a própria condição humana, representando um direito humano fundamental que decorre de sua própria natureza. Assim, como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível.

Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais. (DIAS, 2007, p. 29).

Nesse mesmo sentido, destacamos alguns argumentos constantes da fundamentação da decisão analisada:

Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. (BRASIL, 2011b, 638).

g) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, §3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo; [...]. (BRASIL, 2011b, 623).

Por fim, estabelecida a extensão da compreensão do conceito constitucional de núcleo familiar, a decisão aponta a necessidade de conformação do artigo 1.723, do Código Civil, para a nova interpretação constitucional do conceito de família e admissão do idêntico reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, de forma a evitar a inconstitucionalidade da norma civil diante do novo conteúdo da norma constitucional. A inconstitucionalidade revela a invalidade de uma norma e, portanto, a sua inaplicabilidade. Desejando manter a integridade da norma, apenas garantindo a sua adequada interpretação, o julgador adotou metodologia da interpretação conforme.

Ora, decorre do princípio da supremacia constitucional e da unidade do ordenamento jurídico, já mencionadas neste escrito, que as leis hierarquicamente inferiores, emanadas durante a vigência da Constituição, bem como as já existentes, devam ser interpretadas de acordo com o texto constitucional. A análise das normas infraconstitucionais pelo método da “interpretação conforme a Constituição” tem a finalidade de buscar a melhor adequação do texto normativo infraconstitucional ao intuito constitucional que configura sua norma de validade.

Assim, uma norma somente será declarada nula por inconstitucionalidade se o conflito não admitir a adequação do texto com a Carta Magna. O aplicador da lei tem o dever de evitar a nulidade e buscar a decisão mais adequada em função dos princípios que norteiam a

Constituição, sempre almejando alcançar a interpretação que atenda a finalidade da norma e o contexto social em que está inserida.

Nas palavras de Moraes (2006, p. 122), o “princípio da interpretação conforme a constituição expressa que a dúvida em relação à constitucionalidade de uma norma jurídica plurissignificativa é resolvida em favor de sua conservação”. Vejamos, então, como o julgador abordou o tema na decisão analisada:

INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. (BRASIL, 2011b, 614).

Técnica da “interpretação conforme” para viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais. (BRASIL, 2011b, 625).

[...] Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (BRASIL, 2011b, 680).

Ademais, reconhece e descreve as duas etapas de conformação com os postulados constitucionais e, em seguida, determina a aplicabilidade imediata, em atenção à natureza dos direitos fundamentais e as suas qualidades jurídicas: “Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição” (BRASIL, 2011b, 614).

Verificamos, assim, um verdadeiro esforço argumentativo na decisão para contemplar o reconhecimento das famílias homoafetivas e as consequências jurídicas dela decorrentes, garantindo um contorno constitucional, garantista robusto, voltado para o exercício de liberdades individuais nas esferas de natureza privada, como ocorre na seara das famílias.

Nessa mesma linha de pensamento, vale mencionar Barroso (2011), que afirma que do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um e que não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual, em todos os seus desdobramentos, representa privá-lo de uma dentre outras dimensões que dão sentido a existência humana. Para ele, o ato de excluir as relações homoafetivas do regime jurídico aplicado à união estável não ocasiona apenas uma lacuna no Direito, mas seria uma atividade comissiva de impedir o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de parcela importante da população, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: faz com

que sejam menos livres para viver as suas escolhas. Seguem os trechos pertinentes, a fim de demonstrar o alegado:

[...] limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do não reconhecimento – como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo – ou através de omissão na Lei – neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento – só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No entanto, não parece existir nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. (BRASIL, 2011b, 677).

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais. (BRASIL, 2011b, 670).

Trata-se de uma garantia institucional, destinada “a assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, [...]”, sob pena de perecimento dessa instituição protegida. (cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542). (BRASIL, 2011b, 669).

Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 2011b, 614).

A vexata *quaestio*, pois, não é saber se as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que sim. Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher. (BRASIL, 2011b, 668).

### 2.3.1.2 Argumentos jurídicos fundamentados em Legislação Infraconstitucional (Direito Civil, eleitoral, previdenciário, outros)

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que apontam os argumentos pautados em dispositivos legais expressos em alguma legislação hierarquicamente inferior à Constituição Federal (leis, decretos, portarias, regulamentos, dentre outros), de natureza cível, eleitoral, previdenciária e outras relacionadas de alguma forma ao reconhecimento das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo (Figura 3).

Vale reiterar que, conforme expõe Lenza (2009), o ordenamento jurídico brasileiro vigente pressupõe um escalonamento normativo, com a supremacia da constituição, que ocupa

o vértice do sistema. Assim, a legislação infraconstitucional ocupa posição hierarquicamente inferior e necessariamente deve se submeter materialmente às normas e às diretrizes constitucionais, sob pena de invalidade (inconstitucionalidade).

Pela mesma razão, necessária se faz a interpretação dos dispositivos legais “conforme a constituição”, técnica de controle de constitucionalidade aplicada no caso em análise. Note-se que não é utilizada para interpretar a Constituição, mas para interpretar as leis à luz da Constituição.

Segundo Barroso (1996), as teorias da argumentação apresentam a cisão dos dilemas contemporâneos em: i) casos fáceis, “solucionáveis” por subsunção; e ii) casos difíceis, “resolvidos” através de princípios e de atribuição de sentidos sem discricionariedades interpretativas, acarretando uma espécie de reserva hermenêutica, que somente seria utilizada na insuficiência da regra geral.

É importante reiterar que a interpretação de normas no sistema jurídico brasileiro atual tem alicerce em alguns princípios fundamentais: supremacia da Constituição, unidade e rigidez da Constituição e a presunção de constitucionalidade das leis.

O princípio da supremacia da Constituição determina que por ser a Constituição a norma suprema de um ordenamento, os atos dos poderes públicos só serão válidos se estiverem em conformidade com suas normas, tanto na forma de elaboração de leis e atos normativos, quanto nos seus conteúdos.

O princípio da unidade visa a harmonização entre as normas da Constituição, sendo utilizado quando há um conflito abstrato de normas, específico de determinado caso concreto. Esta concordância prática é utilizada na hermenêutica para solucionar um conflito que só é visualizado no caso concreto<sup>15</sup>. Nessa situação, ocorre a colisão de direitos ou colisão de princípios, em que se torna necessária a aplicação da ponderação de interesses, para analisar qual dos princípios tem preponderância – conforme exposto anteriormente.

A presunção de constitucionalidade das leis, por sua vez, parte da premissa fundamental de que a Constituição Federal é a norma suprema do sistema e que, logo, dela os poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) retiram suas competências, agindo, presumidamente, de acordo com seu regramento. Tal princípio é relativo, razão pela qual é admitido o controle de constitucionalidade, nas suas diversas modalidades e formas. Para que

---

<sup>15</sup> Por exemplo: Direito à liberdade de informação e direito à privacidade, que abstratamente não tratam do mesmo assunto e não são conflitantes entre si. Em um caso concreto é possível vislumbrar o direito à privacidade (de não exibir uma reportagem) em tensão com o direito de informação (exibir a reportagem) em defesa da privacidade de um indivíduo.

as normas sejam imperativas, ou seja, para que todos a obedçam, é preciso que haja tal presunção, que garante sua obrigatoriedade e observância.

O princípio da interpretação conforme só deve ser utilizado diante das chamadas normas polissêmicas ou plurissignificativas, ou seja, aquela que tem mais de um significado possível. Pela presunção de constitucionalidade, o intérprete deve sempre optar pela forma de interpretação da lei que esteja conforme os termos da constituição, evitando a sua exclusão do ordenamento. O julgador nomeou a referida técnica como interpretação não-reducionista e a aplicou ao instituto jurídico “família” para sua conformação aos moldes da união estável, hetero e homoafetiva. Vejamos:

PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011b, 614).

Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. (BRASIL, 2011b, 613).

DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. (BRASIL, 2011b, 612).

Não é excessivo dizer que a interpretação conforme à Constituição da norma infraconstitucional (Código Civil) somente foi viável, *in casu*, após ultrapassar a etapa de conformar/legitimar a extensão do próprio dispositivo constitucional, previsto no artigo 226, § 3º, da CRFB, que também menciona a dualidade homem/mulher, conforme exposto no item acima.

Dessa forma, na decisão em análise, o julgador, em âmbito de controle concentrado de constitucionalidade, valeu-se da metodologia da interpretação conforme, fundamentada na supremacia e na unidade da Constituição, para harmonizar o conflito de direitos no caso concreto e, em seguida, adequar a norma infraconstitucional ao comando constitucional, sem excluir a norma do sistema jurídico.

Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. (BRASIL, 2011b, 629).

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. (BRASIL, 2011b, 614).

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. (BRASIL, 2011b, 614).

6. Interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas. (BRASIL, 2011b, 661).

Pois bem, ultrapassada a questão da técnica hermenêutica aplicada pelo julgador, passamos ao mérito. O principal dispositivo discutido no documento objeto de análise é o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), norma infraconstitucional, que trata do instituto da união estável.

Destacamos o fato de que o instituto do casamento, como meio de formação familiar, é o mais tradicional e mais formal e, portanto, não foi viável ao julgador, naquele processo, por meio de interpretação, garantir a celebração entre pessoas do mesmo sexo. Por essa razão, os debates jurídicos sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas (amplamente existentes na vida em sociedade) se restringiram às discussões sobre a caracterização das uniões estáveis, cuja essencialidade é a informalidade e a juridicidade de um fato social que dispensa formalizações. Assim, estabelece o dispositivo: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre *o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Observe-se que, em 2002, o legislador fez a opção de manter a redação do dispositivo normativo apenas com a dualidade de homem e mulher na constituição da unidade familiar estável, excluindo as uniões homoafetivas. E não é por outra razão que foram propostas as ações diretas de inconstitucionalidade – cujas decisões são os objetos da presente pesquisa –, nas quais se põe em discussão a interpretação legitimadora/extensiva do artigo 1.723 do Código Civil a fim de conceder interpretação conforme à Constituição ao artigo, permitindo que se declare a sua incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir família.

Na decisão em análise, visualizamos muitas argumentações afirmando e reforçando a interpretação extensiva do dispositivo do Código Civil para abranger o reconhecimento das famílias homoafetivas, ainda que a redação literal da norma tenha homenageado sentido oposto:

Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011b, 656).

Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. (BRASIL, 2011b, 630).

Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. (BRASIL, 2011b, 654).

Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das “entidades associativas” (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em “entidade de classe” (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), “entidades governamentais” (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso LXXII), “entidades sindicais” (alínea c do inciso III do art. 150), “entidades beneficentes de assistência social” (§7º do art. 195), “entidades filantrópicas” (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, ela, família, só pode ser uma “entidade ... familiar”. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de “entidades autárquicas” (inciso I do §1º do art. 144) as suas “autarquias” (§3º do art. 202). Assim como chamou de “entidade federativa” §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa “Federação” (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que “entidade autárquica” não é “autarquia”, nem “entidade federativa” é algo diferente de “Federação”. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)? (BRASIL, 2011b, 654).

Algumas observações, ao final, são necessárias. O reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para os fins de plena aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil, traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções. Em outras palavras, o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma união estável homoafetiva jamais prescindirá da comprovação – pelos meios legal e moralmente admitidos – da existência de convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar. (BRASIL, 2011b, 681).

Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (BRASIL, 2011b, 613).

h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia. (BRASIL, 2011b, 623).

Reiteramos a já mencionada discussão acerca da coincidência ou não de conteúdo entre os termos “família” e “entidade familiar”, encerrada com a conclusão (quase intuitiva) de que são expressões sinônimas. Observe-se:

Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. (BRASIL, 2011b, 614).

II.3. que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da sub-família, família de segunda classe ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). (BRASIL, 2011b, 653).

O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se preferir, Uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. (BRASIL, 2011b, 653).

Inferimos, ainda, na análise desta categoria de argumentos, que a decisão aponta diversos dispositivos normativos infraconstitucionais (dentre leis formais e outros instrumentos) que, mesmo antes da decisão do STF ou de uma norma de âmbito nacional, já reconheciam, ainda que implicitamente, a união estável entre pessoas do mesmo sexo e garantiam expressamente direitos de natureza cível (familiar) aos membros integrantes das famílias homoafetivas.

15. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei nº 5.034/2007), equipara “à condição de companheira ou companheiro (. .) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes”. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: “aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (. .) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos”. O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, a perda de objeto da presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união. (BRASIL, 2011b, 625).

E, especificamente quanto aos dispositivos de legislação estadual assinalados, é até mesmo uma questão de coerência, pois o próprio Estado do Rio de Janeiro, posteriormente, editou as leis acima mencionadas que reconhecem, para os fins do regime próprio de previdência social de seus servidores, a união homoafetiva. (BRASIL, 2011b, 680).

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exarou o Parecer PGFN/ CAT nº 1503, de 19 de julho de 2010, opinando no sentido da juridicidade da inclusão de companheiro(a) homoafetivo(a) como dependente para efeito de dedução do Imposto de Renda, desde que preenchidos os demais requisitos previstos em lei para a configuração da união estável. (BRASIL, 2011b, 679).

O mencionado Parecer foi adotado pela Receita Federal do Brasil não apenas para os fins da Declaração Anual de Ajuste do exercício de 2011, como para autorizar a retificação das declarações entregues nos últimos cinco exercícios, conforme noticiado no sítio eletrônico da Receita Federal

(<[http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010\\_08\\_02\\_13\\_02\\_22\\_876601216.html](http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010_08_02_13_02_22_876601216.html)>). (BRASIL, 2011b, 679).

Também já são numerosas as leis estaduais que reconhecem direitos previdenciários aos parceiros homossexuais dos servidores públicos, como, por exemplo: no próprio Estado do Rio de Janeiro, a Lei n.º 5.034, de 29.05.2007 e, posteriormente, a Lei n.º 5.260, de 11.06.2008; no Estado de São Paulo, a Lei Complementar n.º 1.012, de 05.07.2007, que alterou o art. 147 da Lei Complementar n.º 180/78; no Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar n.º 412, de 26 de junho de 2008; no Estado da Paraíba, a Lei n.º 7.517, de 30.12.2003; no Estado do Rio Grande do Norte, a Lei Complementar n.º 308, de 25 de outubro de 2005, e assim por diante. Portanto, o acolhimento dos pedidos formulados nas ações ora em exame será, ao fim e ao cabo, não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões. É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n.º 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade, atentando-se para a dicção de KONRAD HESSE (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23), *verbis* [...] (BRASIL, 2011b, 679-680).

Uma pletera de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. Em particular, a decisão na Ação Civil Pública nº 200.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na seção judiciária do Rio Grande do Sul, ocasionou a edição da Portaria INSS/DC nº 25, de 07.06.2000, estendendo aos parceiros homoafetivos os benefícios da pensão por morte e do auxílio-reclusão. (BRASIL, 2011b, 678-679).

Mais recentemente, o Ministério da Previdência Social editou, em 9 de dezembro de 2010, a Portaria MPS nº 513, cujo art. 1º enuncia, em textual:

Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. (BRASIL, 2011b, 679).

Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º - “Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.” (BRASIL, 2011b, 625).

Analisando a linha cronológica de reconhecimento de direitos desta natureza, inferimos que o movimento de garantir os direitos civis, inerentes a entidades familiares, a membros de famílias homoafetivas se deu, inicialmente, em normas infraconstitucionais, de âmbito federativo restrito e até mesmo em atos infralegais (como parecer e portaria). A ampliação das garantias ocorreu, portanto, da norma inferior para superior, em um movimento crescente, hierárquico, alcançando (com a decisão analisada) o ápice da proteção constitucional.

Nesse sentido, Luiz Mello *et al.* (2012) já haviam identificado um grande número de iniciativas isoladas, relativas à proteção de direitos de pessoas LGBT, que têm sido propostas

pelo Poder Executivo nos três níveis de governo, o que tornaria praticamente impossível manter um mapeamento atualizado – com grande número de portarias, resoluções, decretos e mesmo leis que, por exemplo, disciplinam o uso de nomes sociais por travestis e transexuais, aprovados em 2009 e em 2010, em diferentes estados e municípios. O caráter fragmentado dessas ações, de abrangência específica como saúde, educação ou assistência social, demonstra como as demandas da população LGBT têm encontrado acolhida crescente por parte da administração pública, mas sem constituir objeto de políticas públicas organicamente articuladas e de alcance nacional.

A ausência de legislação federal assecuratória de direitos civis para a população LGBT conduziu a alternativas parciais e de alcance limitado que recorriam ao apoio de governos estaduais, municipais, secretarias e gestores sensíveis à causa, em contraposição ao federalismo centralizado, característico do Estado brasileiro.

O próprio Ministro Ayres Britto reconhece que a aplicação das normas estaduais, nesse sentido, carecia da concretização de direitos constitucionais adequados, admitindo-as como normativas existentes de forma fragmentada e localizada.

É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia*, os institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção. (BRASIL, 2011b, 628).

Tal direção de reconhecimento de direitos aponta para o fato de que as alterações ocorreram, inicialmente, no ambiente social, alcançando instâncias de poder mais próximas da população e de abrangência territorial mais restrita. Por força dos movimentos das minorias excluídas, com a busca jurisdicional reiterada por direitos não previstos expressamente em leis, é que o reconhecimento desses direitos foi galgando degraus normativos mais altos hierarquicamente.

É cediço que a parcela da população LGBT (ou outra expressão mais abrangente), considerada uma minoria política, em seus movimentos sociais de mobilização, foi responsável por grande parcela das conquistas do grupo na esfera do Direito de Família, conforme exposto no capítulo anterior.

### 2.3.1.3 Argumentos jurídicos/Ação afirmativa e inclusão social

Neste item foram incluídos os trechos da decisão que demonstram o dever social do Poder Público de promover a concretização dos direitos fundamentais, no movimento de

transformação do Estado (Figura 4), em especial no tocante ao seu dever de agir para buscar a realização do valor igualdade por meio de ações positivas. Vejamos:

Ainda sobre a igualdade, DWORKIN, em outra obra (*A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII), esclarece sua visão sobre o princípio da igualdade. Verbis:

O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram [...]. (BRASIL, 2011b, 673).

Historicamente, o Estado liberal apenas não interferia nas relações sociais permitindo o exercício das liberdades individuais no ambiente de autorregulação, ou seja, as liberdades eram exercidas na medida da não intervenção do Estado. Mas, no sistema vigente, restou estabelecido o Estado garantista, que passa a executar políticas públicas de concretização do exercício de direitos fundamentais, em uma interpretação sócio-democrata dos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Existem várias teorias para tentar explicar a função desempenhada pelos direitos e garantias fundamentais em um sistema normativo. Segundo Lenza (2009), no final do século XIX, Georg Jellinek desenvolveu a Teoria dos Quatro *Status*, segundo a qual, cada indivíduo integrante de uma comunidade pode estar vinculado ao Estado em quatro *status* distintos. São eles:

- a) Passivo (*status subjectionis*): o indivíduo se posiciona em situação de completa subordinação em relação aos poderes estatais, restando sujeito a um conjunto de deveres e não de direitos. É encontrado no Estado Absolutista;
- b) Negativo (*status negativus* ou *status libertatis*): A partir da premissa de que o indivíduo é dotado de personalidade, reconhece-se uma esfera de liberdade imune à intervenção estatal, desde que exercida dentro dos limites constitucionais. Pode ser encontrado no Estado Liberal, por meio dos Direitos de Defesa (ou de Liberdade), que são, normalmente, direitos civis de primeira dimensão (liberdades negativas). Neste *status*, o Estado não faria nenhuma intervenção nos modelos familiares;
- c) Positivo (*status positivus* ou *status civitatis*): Ao indivíduo são disponibilizados instrumentos – instituições estatais – para exigir do Estado determinadas prestações positivas que possibilitem o exercício de direitos fundamentais que lhe são assegurados em

norma. É encontrado no Estado Social, por meio dos direitos de prestação, que, geralmente, são direitos de segunda dimensão (liberdades positivas). Neste *status*, o Estado vai além do respeito às liberdades individuais, uma vez que age para garantir o exercício de direitos pelos sujeitos, ou seja, por meio de ações e políticas públicas, o Estado reconhece e protege as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo;

- d) Ativo (*status activus*): Assegura-se ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal, como membro da comunidade política. É encontrado no Estado Democrático por meio dos Direitos de Participação, que são normalmente direitos políticos de primeira dimensão. Neste *status*, os movimentos sociais se destacam na formação da vontade estatal e redirecionamento das políticas de Estado.

Assim, o Estado ficaria obrigado (não apenas) a não violar direitos fundamentais e, ainda, atuar positivamente para assegurá-los na proteção dos titulares diante de lesões oriundas de terceiros (públicos e privados), seja nas atividades legislativa, administrativa ou jurisdicional (atuação como instância contramajoritária,), como nos direitos prestacionais.

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. (BRASIL, 2011b, 668).

Destacamos citações de Robert Alexy e Ingo Sarlet na decisão em análise, apontando para o direito do indivíduo em face do Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros, uma vez que os direitos fundamentais positivam os valores nucleares de certa comunidade de forma a permear as relações públicas e também privadas.

Por conseguinte, é possível identificar direitos de proteção oponíveis ao Estado pelos indivíduos. Há que se recordar aqui a classificação dos direitos fundamentais proposta por ROBERT ALEXY (Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, especialmente p. 435 e seguintes), segundo a qual são direitos de proteção aqueles conferidos aos titulares de direitos fundamentais em face do Estado para que este os proteja de intervenções de terceiros. Portanto, são direitos prestacionais em sentido amplo, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2011b, 663).

No oportuno magistério de INGO SARLET (ob. Cit., p. 148-149), Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e

até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. [...]. (BRASIL, 2011b, 61662-663).

Neste cenário, ressalta-se que a promoção de políticas públicas de proteção de direitos não envolve apenas prestações materiais (serviços e bens), mas medidas gerais de igualdade no exercício de direitos fundamentais para qualquer cidadão, seja ele quem for. Tais medidas afirmativas de proteção de garantias fundamentais de grupos minoritários devem ser oriundas dos três poderes estatais.

Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. (BRASIL, 2011b, 632).

Nessa linha de raciocínio, pela exclusão social e jurídica de natureza histórica, os indivíduos integrantes de uniões homoafetivas estariam em desvantagem jurídica em relação aos demais indivíduos, sendo dever do Estado agir para garantir a igualdade civil-moral, independentemente da orientação sexual das pessoas. Esta atividade proativa do Estado revela seu dever de proteção, o que se denomina “ação afirmativa”.

1. O Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção. (BRASIL, 2011b, 660).

TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO. DEVER DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. (BRASIL, 2011b, 659).

De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de DANIEL SARMENTO (A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais: 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 298 e seguintes) e INGO WOLFGANG SARLET (A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141 e seguintes), os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. (BRASIL, 2011b, 662).

No mesmo diapasão, os direitos fundamentais também importam parâmetros para a criação e constituição de organizações e instituições estatais e para o procedimento. Em outras palavras, os deveres de proteção do Estado podem concretizar-se também por intermédio de órgãos ou procedimentos estabelecidos para a efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, dentro dos direitos prestacionais lato sensu,

também se reconhecem direitos fundamentais à proteção através da organização e do procedimento. (BRASIL, 2011b, 663).

Pois bem. Como visto acima, a promoção dos direitos fundamentais envolve, necessariamente, a atuação positiva do Poder Público não apenas na oferta de prestações materiais positivas, mas também no exercício de seus deveres de proteção, agindo no sentido de impedir a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos ou de uma coletividade por terceiros. Cumpre ao Estado-membro, portanto, exercer tal mister e atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2011b, 665).

Segundo o Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa (GEMAA), do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ), “ações afirmativas são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica no passado ou no presente”. São medidas que objetivam “combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de orientação sexual, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural” (GEMAA, [20--], não paginado).

Em geral, para exemplificar as medidas classificadas como ações afirmativas, encontramos o incremento da contratação e promoção de membros de grupos discriminados no mercado de trabalho, o acesso à educação por meio de metas, cotas, bônus, fundos de estímulo ou bolsas de estudo, empréstimos e preferência em contratos públicos.

A decisão judicial em comento aponta para a atuação do Estado-Juiz na proteção dos indivíduos para que possam exercer suas liberdades sexuais e/ou afetivas na escolha de seus modelos familiares, garantindo-lhes os direitos e garantias inerentes a tais escolhas. Nesse sentido, afirma o GEMAA:

A ação afirmativa se diferencia das políticas puramente anti-discriminatórias por atuar preventivamente em favor de indivíduos que potencialmente são discriminados, o que pode ser entendido tanto como uma prevenção à discriminação quanto como uma reparação de seus efeitos. Políticas puramente anti-discriminatórias, por outro lado, atuam apenas por meio de repressão aos discriminadores ou de conscientização dos indivíduos que podem vir a praticar atos discriminatórios. (GEMAA, ([20--], não paginado).

A ação afirmativa deve ser entendida, portanto, como uma política cujo objetivo é assegurar o acesso a posições sociais importantes a membros de grupos que, na ausência dessa medida, permaneceriam excluídos. Nesse sentido, seu principal objetivo seria combater desigualdades, tornando a composição social mais representativa do perfil demográfico da sociedade.

A interpretação concedida aos dispositivos normativos pelo STF, no sentido de reconhecer as uniões homoafetivas como família, representa efetiva ação positiva do Estado para garantir o exercício pleno de diversos direitos fundamentais, que não seriam viáveis se não fosse a intervenção estatal. Vejamos a transcrição:

[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14.<sup>a</sup> Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião. [...] (tradução livre do inglês). (BRASIL, 2011b, 673).

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as pôr em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades. (BRASIL, 2011b, 673-674).

O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;” “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. (BRASIL, 2011b, 631-632).

Inferimos, portanto, que a referida decisão emanada pelo Tribunal Constitucional brasileiro, ultrapassou sua atribuição de pacificação de conflito social por intermédio de decisão cogente. O documento analisado representa um ato estatal eminentemente político de alteração normativa, de exercício positivo do Estado, através do Poder Judiciário, para proteção de direitos fundamentais a um determinado grupo minoritário de indivíduos.

### 2.3.2 Argumentos psicológicos

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que apontam para as questões relacionadas as subjetividades e identidades, pertencentes à psique ou aos fenômenos mentais ou emocionais dos sujeitos que serão afetados, direta ou indiretamente, pela decisão analisada (Fig. 05).

### 2.3.2.1 Argumentos psicológicos das partes

Nesta subcategoria foram incluídos os trechos da decisão que dizem respeito apenas à esfera subjetiva dos membros da relação/família formadas por pessoas do mesmo sexo.

Verificamos que o julgador, ao tratar da autonomia privada como espectro da dignidade da pessoa humana, apontou que o indivíduo deve ser sempre identificado como sujeito de direitos e não como objeto, pela sua simples condição de ser humano, respeitadas suas qualidades e peculiaridades.

Esse reconhecimento decorre da visão kantiana, segundo a qual o mundo não tem sentido a não ser que o homem dê algum sentido a ele. O conhecimento é marcado pela maneira humana pela qual se compreende determinado objeto. Assim, nenhum modelo familiar possui sentido a não ser que aponte para uma finalidade de gerar sentido à vida dos indivíduos e legítimas subjetividades. Vejamos:

Essa ordem de ideias remete à questão da autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano. (BRASIL, 2011b, 674).

Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. (BRASIL, 2011b, 613).

Neste ponto, os argumentos de ordem psicossocial revelam a importância do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo na medida em que fortalece a autodeterminação dos sujeitos na sociedade em que vivem, reforçando sua identidade e subjetividade, além de garantir previsibilidade e segurança jurídica, no que concerne a eventos futuros.

No aspecto subjetivo, a garantia à igualdade prevista constitucionalmente se desmaterializa no mesmo momento em que o sujeito deixa de substancializar seu ideal projeto de formação familiar. Tal ideação se coaduna com elementos essenciais de sua identidade como sujeito no mundo. A identidade, segundo Laurenti e Barros (2000), representa o conjunto total das características (psicológicas, físicas, culturais e outras) próprias dos sujeitos, que os fazem seres únicos e exclusivos, diferentes de todos os outros seres humanos e todos os outros animais.

Na visão psicológica, os estudos sobre identidade compartilham a noção de desenvolvimento marcado por estágios crescentes de autonomia, entendendo o conceito como produto da socialização e garantido pela individualização.

As dificuldades apontadas nesse percurso, que respondiam por uma excessiva ênfase ora no individual ora no coletivo, ainda carregam o problema de origem, referente à demarcação do território limítrofe do social e do individual. Instala-se, então, uma dicotomia em que “a identidade passa a ser qualificada como pessoal (atributos específicos do indivíduo) e/ou social (atributos que assinalam a pertença a grupos ou categorias)” (JACQUES, 1998, p. 161).

No entanto, é possível verificar que tal dicotomia (individual e social) assume uma concepção falsa, uma vez que é na articulação dessas facetas que é tecida a identidade dos sujeitos. Logo, a identidade não é inata e pode ser entendida como uma forma sócio-histórica de individualidade, da construção singular do sujeito. O contexto social fornece as condições para os mais variados modos e alternativas de identidade, podendo esta ser utilizada para expressar, de certa forma, uma singularidade construída na relação com outros. A orientação sexual pode ser entendida, portanto, como elemento constitutivo da identidade dos sujeitos, sendo assim estabelecida na decisão:

a) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual; [...]. (BRASIL, 2011b, 622).

Importante, ainda, trazer as noções relativas à formação das subjetividades humanas. Segundo Aguiar (2015), o homem não pode ser considerado apenas como um animal racional, visto ser uma unidade complexa de necessidades, desejos, sentimentos, angústias, temores, racionalidades e paixões, ou seja, mais do que um organismo com funções biológicas e psicológicas, possuindo a capacidade de interagir com o meio e transformá-lo, tornando-se parte do mesmo.

Da mesma forma, não podemos reduzir a subjetividade a uma dimensão meramente cognitiva, a uma consciência, desconsiderando todas as demais facetas da complexa interioridade de cada um. Analisar a subjetividade é procurar no sujeito as marcas da sociedade, essa mediação social em que o significado das influências socioculturais é internalizado por este, realizando um papel construtivo do desenvolvimento humano.

Segundo Sá (2015), a Psicologia Social se debruça justamente sobre construções teórico-conceituais concomitantemente da Psicologia e da Sociologia para dar conta de um

domínio que só poderia ser atingido no nível do concreto – a interação. A interação seria, assim, o estudo da influência recíproca entre as pessoas (interação social) e do processo cognitivo gerado por essa interação (pensamento social). Podemos inferir que os indivíduos pensam e sentem de determinado modo porque são seres sociais. Assim, o contexto histórico e cultural no qual o indivíduo está inserido constitui sua singularidade, em uma relação dialética entre objetividade e subjetividade. Segundo Bock (2001, p. 23):

[...] o fenômeno psicológico deve ser entendido como construção no nível individual do mundo simbólico que é social. O fenômeno deve ser visto como subjetividade, concebida como algo que se constitui na relação com o mundo material e social, mundo este que só existe pela atividade humana. Subjetividade e objetividade se constituem uma à outra sem se confundir. A linguagem é mediação para a internalização da objetividade, permitindo a construção de sentidos pessoais que constituem a subjetividade. O mundo psicológico é um mundo em relação dialética com o mundo social. Conhecer o fenômeno psicológico significa conhecer a expressão subjetiva de um mundo objetivo/coletivo; um fenômeno que se constitui em um processo de conversão do social em individual; de construção interna dos elementos e atividades do mundo externo. Conhecê-lo desta forma significa retirá-lo de um campo abstrato e idealista e dar a ele uma base material vigorosa.

Nessa linha, a decisão discorre sobre os institutos acima expostos de maneira a protegê-los integralmente como facetas invioláveis do sujeito, garantidores de sua dignidade humana.

Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória). (BRASIL, 2011b, 636-637).

Incluimos, ainda, nos aspectos psicológicos, a realidade vivida por muitas pessoas integrantes de famílias homoafetivas no tocante ao preconceito vivido cotidianamente, que impulsiona a vida afetiva para uma experiência velada. Tal realidade afeta diretamente um dos requisitos da união estável: a publicidade. Mas o julgador entendeu, por bem, ser preciso destacar a peculiaridade dessas relações e o temperamento que os membros do Poder Judiciário devem ter para avaliá-las no requisito da publicidade, visto que seria compreensível que muitos relacionamentos sejam mantidos em segredo a fim de preservar os envolvidos contra o preconceito e a intolerância. Em alguns casos, a plena publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, interferindo no exercício

de seus direitos fundamentais; fato que certamente lhes atinge o equilíbrio psicológico. Vejamos:

No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida. (BRASIL, 2011b, p. 676).

É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição. (BRASIL, 2011b, p. 675).

Evidentemente, o requisito da publicidade da relação também é relevante, mas merecerá algum temperamento, pois é compreensível que muitos relacionamentos tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância – em alguns casos, a plena publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, frustrando-lhes ainda mais o exercício de seus direitos fundamentais. (BRASIL, 2011b, p. 681).

Além da questão do reconhecimento e da publicidade da família autonomizada, verifica-se que é intrinsecamente relevante para os sujeitos conhecer os efeitos jurídicos do instituto familiar ao qual pertencem e, assim, pautar suas escolhas no ordenamento que incidirá sobre si e seus pares. Trata-se do aspecto subjetivo da segurança jurídica, que muito afeta o bem-estar dos sujeitos, em especial nas eventualidades mais sensíveis da vida, tais como doença, morte e ruptura da família. O reconhecimento da união homoafetiva tem o condão de garantir certeza e previsibilidade, retirando-os do limbo da lacuna da lei. Para Barroso (2011), a segurança jurídica constitui elemento de paz social e paz de espírito, envolvendo a tutela de valores como previsibilidade das condutas, estabilidade das relações jurídicas e proteção da confiança. O Direito promove tais valores por institutos consagrados, tais como anterioridade e irretroatividade da lei. Assim, o valor “segurança jurídica” surge na decisão com ênfase ao seu caráter subjetivo:

SEGURANÇA JURÍDICA: PREVISIBILIDADE E CERTEZA DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS RELAÇÕES ESTABELECIDAS ENTRE INDIVÍDUOS DO MESMO SEXO. (BRASIL, 2011b, p. 660).

A questão do reconhecimento também toca o tema da segurança jurídica. O alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos. Nem as relações mais sedimentadas pelo tempo são

capazes de superar as incertezas quanto aos seus efeitos jurídicos: mesmo parceiros que vivem juntos por muitos anos não conseguem antecipar claramente como se dará a sucessão dos bens que amealharam juntos, precisando recorrer a disposições testamentárias e seus limites legais; não podem compartilhar a proteção de planos de assistência à saúde etc. (BRASIL, 2011b, p. 678).

Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade. As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira. (BRASIL, 2011b, p. 678).

Outro aspecto psicológico relevante diz respeito ao valor “felicidade”. O julgador apresenta a liberdade de exercício da própria sexualidade como elemento de busca pela felicidade, calcada no estabelecimento da vigorosa autoestima dos sujeitos, caracterizando tal objetivo como corolário da dignidade humana (mais uma vez constituindo aparência de argumento jurídico). Assim, afirma que:

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. (BRASIL, 2011b, p. 638).

42. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1768) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. (BRASIL, 2011b, p. 645).

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. (BRASIL, 2011b, p. 612).

Reconhece, ainda, o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade, de modo que o aparelho genital nada define sobre a identidade dos sujeitos. O aparelho sexual nada mais é do que um sistema de órgãos cumpridores das funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. No entanto, essa imediata definição não determina a categoria mental ou é exclusiva para revelação de sentimento, do instinto e das relações afetivas. O “instinto sexual ou libido” está em dissociação com o aparelho genital da pessoa humana e a sua expressão das funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas fisiológicas de todo indivíduo. Vejamos como estas noções surgem na decisão:

Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas. “Instinto sexual ou libido”, como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas “fisiológicas” de todo indivíduo. (BRASIL, 2011b, p. 634).

Observamos, adicionalmente, que é válida a evolução da noção de homossexualidade, de patologia (ciências médicas) a uma configuração social e política, para o equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação. Segue a transcrição:

32. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. (BRASIL, 2011b, p. 636).

Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. (BRASIL, 2011b, p. 636).

Ainda nesta categoria, entendemos por bem incluir os trechos que tratam da importância do núcleo familiar para o fortalecimento subjetivo dos indivíduos, sendo o ambiente em que são vivenciadas as relações intersubjetivas mais profundas e íntimas, de forma natural, carinhosa, confiável e prolongada. Esse agrupamento configura-se, assim, como instituição onde se exercitam virtudes, como tolerâncias, renúncias e compreensões. Segue a transcrição:

Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de locomotiva social ou cadinho em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. (BRASIL, 2011b, p. 646).

É na célula familiar que as pessoas encontram seu ambiente social mais preservado (intimidade/privacidade), que as identifica publicamente como sujeito único, contribuindo para a construção de suas subjetividades.

Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. (BRASIL, 2011b, p. 645).

Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. (BRASIL, 2011b, p. 645).

Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spinozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”. (BRASIL, 2011b, p. 647).

Os argumentos de natureza psíquica são tão notáveis e bem estruturados, que optamos por concluir esta etapa da análise com a transcrição do trecho abaixo a fim de demonstrar a profundidade humana a que se permitiu mergulhar o julgador, enriquecendo a decisão:

Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da **compostura anímica e psicofísica** (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível **identidade individual** que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embarçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. (BRASIL, 2011b, p. 636).

### 2.3.2.2 Argumentos psicológicos de terceiros

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que dizem respeito a quaisquer outras pessoas pertencentes ao núcleo social e/ou familiar – filhos, pais, outros parentes –, diferentes dos membros da relação homoafetiva (Figura 5).

Para nossa surpresa, pouco se argumentou neste aspecto. Diante de um notório histórico de decisões judiciais que apontavam a proteção de crianças e de terceiros para negar direitos a pares homossexuais, nas quais se identificava fundamento preconceituoso mascarado, em uma odiosa presunção de que a homossexualidade possuía relação com a pedofilia e outros atos promíscuos, supomos que esses argumentos apareceriam na decisão. Mas a suposição não se concretizou. A decisão se ateve às discussões acerca das conjugalidades sem abordar as questões de filiação e parentalidade decorrentes.

Verificamos apenas uma menção positiva de projeção das múltiplas famílias em uma visão exógena de proteção, tendo em vista que, endogenamente, os beneficiários das formas livres de entidades familiares são aqueles mais necessitados do ambiente de afeto e acolhimento: as crianças, adolescentes e idosos, consanguíneos ou não, sem nenhuma conotação pejorativa e/ou excludente. Vejamos:

Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. (BRASIL, 2011b, p. 648-649).

Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consanguíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. (BRASIL, 2011b, p. 646).

Assim, a decisão indica a importância do respeito à pluralidade de modelos de formação de famílias, à construção de novas formas de conjugalidades e parentalidades, ampliando as discussões sobre paternidade, maternidade, casal, família e amor, tradicionalmente centradas nas normas heterocêntricas.

Ao mencionar esse aspecto, a decisão sob análise demonstra que as discussões relacionadas a essas minorias sociais extrapolaram o campo acadêmico e, finalmente, chegaram à esfera do Poder Judiciário – o poder público competente para tomar decisões com força cogente e para executar o *decisium*, realizando as transformações almejadas no cotidiano das pessoas.

No entanto, entendemos ser importante refletir sobre dois pontos. Chamou atenção, entre os dados colhidos, que a abordagem das relações de filiação e referência às crianças quase não apareça nos argumentos do Ministro Ayres Britto. Assim, ele restringe as discussões apenas a ambiência das relações entre os pares homoafetivos sem conceder muita relevância aos demais membros da suposta família. Ao que parece, qualquer descrição sobre o instituto família, no padrão heteronormativo, dirigiria grande parte das análises e considerações aos filhos, como aqueles que dependem desse coletivo para o seu bom desenvolvimento e bem-estar. No entanto, no caso em análise, as crianças/filhos são mencionadas apenas como elementos circunstanciais.

O outro ponto que provocou estranhamento é a manifesta sugestão de que os filhos de pares homoafetivos devam ser oriundos da paternidade civil, ou seja, por adoção e não a biológica. Essa presunção aponta para um resquício preconceituoso, segundo o qual as famílias homoafetivas “poderiam” constituir solução intermediária aos vulneráveis abandonados (crianças, adolescentes e idosos) e, portanto, colaborariam com um problema social grave. Há ênfase sobre a indicação de que os homossexuais possam adotar os frutos do abandono, com a aparente intenção de legitimar a parentalidade “anormal” como sendo uma saída melhor que abrigos, asilos e ruas.

Essas considerações colaboram para as conclusões finais no sentido de que a decisão do STF é um relevante avanço social no assunto, mas ainda não representa a absoluta superação dos preconceitos e exclusões sociais existentes.

### 2.3.3 Argumentos morais

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que apontam para aspectos de natureza moral, compreendidos, nesta pesquisa, como o conjunto de valores e convenções que estabelecem regras de natureza não coercitiva nem estatal, convencionados coletivamente e absorvidos pelos indivíduos por força da cultura, da tradição, da educação e do cotidiano, que de alguma forma orientam o comportamento humano.

#### 2.3.3.1 Argumentos morais relacionados a interditos

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que se referem às convenções sociais relacionadas a proibições morais, com potencial para gerar mudança/camuflagem de determinados comportamentos, por receio da rejeição social (Figura 6).

Inicialmente, vale apontar que, dentre os argumentos utilizados, o magistrado considerou a sexualidade como um elemento da humanidade estranho à ciência jurídica, salvo quando da tipificação criminal, como no estupro, incesto e pedofilia. Assim, esclarece a necessidade dos argumentos baseados em outra ordem de ideias e outras ciências para além do Direito. Confira-se:

Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em estado de alerta ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato. (BRASIL, 2011b, p. 637).

Ainda na linha da interdisciplinaridade, adotada no presente estudo, são válidas as considerações teóricas de Foucault (2001b) e suas reflexões a partir do princípio de que a norma antecede o direito, como forma de legitimação não-jurídica e criando condições estratégicas que tornam indivíduos diferentes em desiguais, já que estão aprisionados pelos processos de normalização.

Esse olhar externo à ciência do Direito garantiu a Foucault uma observação aberta, alheia à disciplina, que o permitiu teorizar essa ciência de maneira sempre transversal, com acertos atualmente reconhecidos por juristas.

As presentes reflexões perpassam pela difícil relação que se estabelece entre o campo do Direito e suas implicações com a realidade social e por como esse processo se desenvolve atrelado a técnicas específicas, que passaram a utilizar o fenômeno jurídico como suporte de aplicação para a subjetivação dos sujeitos no seu grupo social, em especial, trazendo seu olhar para a subjetivação das normas em Direito de Família e sexualidade.

Neste ponto, é imprescindível mencionar a importância da reflexão acerca dos limites entre a esfera pública e privada dos sujeitos e, ainda, os limites das intervenções do Estado no âmbito privado dos indivíduos. À vista disso, poderíamos vislumbrar intervenções de natureza normativa ou pela implementação de políticas públicas.

Com base nessa argumentação, direcionamos o olhar para entender como a normatização dos modelos familiares se enquadra no contexto social em que está inserida, não para apontar soluções, mas para problematizar teoricamente e ampliar o debate no atual panorama social e político, que tem reificado posições ultraconservadoras na sociedade brasileira. Nas palavras de França (2014, p. 2):

[...] essa interrelação entre norma e direito, de certo modo, afasta uma apreciação sobre regimes de verdade centrados especificamente nas normas jurídicas, pois essas últimas configuram-se enquanto um processo de normatização, sendo a normalização um modo de sujeição mediante relações de poder que ao invés de produzir violência, produzem subjetividades alicerçadas pelo direito normativo que, antes de garantirem a igualdade entre os indivíduos, fortalecem uma norma que produz hierarquias e segmentações.

Para Foucault, a norma não se relaciona com o conjunto de “códigos jurídicos responsáveis por regulamentar o conjunto de direitos individuais e coletivos que regem as condições de convivência social de acordo com o âmbito jurídico. Estaríamos a falar, desse modo, de uma normatização jurídica” (FRANÇA, 2014, p. 3).

Resta avaliar, então, como se organiza, na sociedade contemporânea, a relação entre poder, direito e verdade, ou seja, o domínio constituído por normas de direito, mecanismos de poder e efeitos de verdade. Avaliando as três dimensões, segundo o significado do Direito para Foucault (2001 b), verifica-se que as regras normativas do Direito, oriundas do pacto contratual estabelecido com fundamentos políticos, devem garantir a igualdade jurídica dos pactuantes, como forma de manutenção do contrato social (FRANÇA, 2014).

No entanto, quanto aos processos legiferantes de normalização, Foucault (1999) observa que nas relações entre os indivíduos nas diversas esferas do cotidiano, “especialmente nas várias instituições criadas na modernidade (escolas, prisões, quartéis, asilos, fábricas), desenvolvem-se assimetrias que fortalecem relações de poder” (FRANÇA, 2014, p. 3). E não é diferente em relação às instituições afetivas, sexuais e familiares.

Em *Vigiar e punir*, seu estudo sobre as prisões, Foucault (1999) demonstra “como o direito subsidia a norma como um processo de construção de condutas humanas esperadas como normais” (FRANÇA, 2014, p. 4), favorecendo os processos de normalização como elementos de constituição do sujeito moderno.

Ora, o reconhecimento dos direitos individuais e sociais se consolidam como a garantia promovida pelo Estado para assegurar a democracia, a cidadania e a convivência pacífica em sociedade. Mas é necessário analisar se antes de se garantir a igualdade entre os indivíduos por meio da esfera jurídica, desenvolvem-se institutos não jurídicos que estabelecem graus de desigualdade entre os mesmos sujeitos que pactuaram para viverem de forma igualitária sob as regras do contrato social.

Nessa linha de pensamento, a norma antecede a formalidade jurídica, pois nas diversas instituições disciplinares funcionam regimes punitivos que têm a função de dirimir os pretensos desvios de conduta e afastar aqueles que não se enquadram no que prescrevem essas instituições.

Foucault (1999) trata, portanto, de uma “sanção normalizadora” onde

A sanção recebida pelo sujeito almejava sua adequação ao conjunto de regras e comportamentos esperados e previstos, valorizados dentro dessa necessidade de homogeneização. Neste sentido fala-se em positividade da norma, a qual não produziria um sofrimento, uma expiação diretamente, mas se voltaria às condutas, aos comportamentos a fim de conformá-los ao padrão desejável pela coletividade. (LOURENÇO, 2008, p. 9 *apud* FRANÇA, 2014, p. 12-13).

Segundo Fonseca (2002, p. 234), “as práticas e os saberes jurídicos, ao menos em parte, funcionam como vetores e agentes da normalização efetuada sobre a vida e seus processos”. Assim, transportando as ideias da punição *strictu sensu*, inerentes ao direito penal, para os institutos do Direito de Família, parece haver uma tendência de aproximação entre as condições juridicamente postas e as formas culturalmente institucionalizadas, gerando dentro da visibilidade das instituições a sujeição do corpo e das subjetividades daqueles que provocam qualquer tipo de ruptura na ordem.

A sanção normalizadora funciona como um dos instrumentos do poder disciplinar que passam a regular a conduta dos indivíduos nas instituições. Como a disciplina vincula-se a uma técnica de ordenação dos corpos, comportamentos e atitudes, as ações e as omissões que violem regras disciplinares e culturais devem ser penalizadas. E nesse contexto, inserimos a normalização dos comportamentos sexuais e afetivos.

Na verdade, a fantasia jurídica do humanismo, baseado na sociedade contratualista, aparentou uma sociedade caracterizada por uma era de garantia de direitos. No entanto, tais prerrogativas não se estenderam para todos os indivíduos de maneira a garantir e legitimar a vida real das práticas humanas para uma vida dirigida pela liberdade e felicidade, ao contrário, estabelece os degenerados morais e os “anormais”. Foucault (2001 b, p. 7) diz que:

[...] gostaria particularmente de mostrar como se pôde formar, no século XIX, um certo saber do homem, da individualidade, do indivíduo normal ou anormal, dentro ou fora da regra, saber este que, na verdade, nasceu das práticas sociais, das práticas sociais do controle e da vigilância.

O autor busca respostas sobre a forma como os domínios de saber são formados pelas práticas sociais, capazes de fazerem surgir novos objetos, novos conceitos, novas técnicas e, ainda, formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento.

Conforme se observa, o texto *A verdade e as formas jurídicas*, de Foucault (2001b), trata do sistema de responsabilização penal. No entanto, os conceitos gerais e conclusões alcançadas foram absorvidas, no presente estudo, observando a necessidade de adaptar as ideias às formas institucionais de família. Assim, ao tratar dos sujeitos “normais” entendemos que se

enquadram aqueles que estabelecem modelos familiares heterossexuais, tradicionais e legalmente previstos: casamento e união estável entre homem e mulher, com ou sem filhos. Desse grupo, se excluiriam os sujeitos que compõem outros arranjos afetivos, ainda que duradouros e com *intuito familie*, tais como união entre dois homens, duas mulheres ou em grupo, com ou sem filhos.

Ocorre que, no que concerne ao reconhecimento das famílias homoafetivas, a normalização que Foucault (1999) menciona e as consequências disciplinadoras não se aplicam no aspecto jurídico no contexto contemporâneo de garantia de direitos fundamentais e do reconhecimento plural e baseado no afeto de novos modelos de famílias.

Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008). (BRASIL, 2011b, p. 632).

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É esta a base da leitura moral da Constituição propugnada por RONALD DWORKIN (Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. (BRASIL, 2011b, p. 672).

Assim, podemos entender que a repressão moral decorrente da suposta violação daquele modelo heterocêntrico, que parece “normal”, permanece apenas no plano do cognitivo popular e moralista da sociedade. Juridicamente, a decisão em análise afasta qualquer penalidade àqueles que formam suas famílias em par com pessoas do mesmo sexo. Vejamos os trechos:

Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários. (BRASIL, 2011b, p. 632).

30. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. (BRASIL, 2011b, p. 634).

Nas ciências sociais, Uziel (2002) trata da contradição dentro dos grupos minoritários entre reafirmar os próprios valores, independentemente dos que fossem reconhecidos na sociedade em que estavam inseridos, ou buscar o reconhecimento social, a partir da adoção de valores mais próximos aos dominantes, normalizando-os. A autora aponta para a contraposição

entre a busca de parte dos grupos em manter uma boa relação com a maioria heterossexual e a necessidade de defesa de um modo de vida alternativo, completamente dissociado do modelo heterossexual.

Parece que seria importante a inventividade de novas formas de amor e a busca por relações polimorfas e variáveis, e não o fortalecimento dos modelos familiares instituídos, considerando o universo homoerótico distante das relações hegemônicas institucionalizadas.

No Brasil, ao invés de questionar o seu próprio conceito de normalidade, os grupos mais vulneráveis, como é o caso dos homossexuais, acabam por buscar uma ampliação dos limites da normalidade, para que suas práticas sejam reconhecidas e aceitas. No entanto, parte expressiva de indivíduos permanece alheia a esta nova normalidade. É o que ocorre quanto ao reconhecimento da união estável homoafetiva, que prega o afeto e a redução do número de parceiros sexuais, que passam a defender implicitamente o padrão heterocêntrico dominante e mantem a “penalização” de muitos homossexuais que permanecem na anormalidade (GARCIA *et al.*, 2007). Ou seja, autorizou o reconhecimento, sem alterar o padrão do modelo familiar, mantendo a exclusão daqueles que ainda não se enquadram nessa nova modalidade.

A decisão aponta, ainda, para a inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos a sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Tal argumento revela o ainda atual sentimento de superioridade e impiedosa satisfação de parcela da sociedade com a subjugação das minorias em defesa dos padrões familiares e sexuais estabelecidos na norma legal arcaica. Vejamos:

Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. (BRASIL, 2011b, p. 614).

E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não- equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. (BRASIL, 2011b, p. 655).

Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º; [...]. (BRASIL, 2011b, p. 655).

Analisando o texto, observamos que o Ministro Ayres Britto elabora frases de grande efeito para demonstrar o quanto é odiosa a exclusão do reconhecimento das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, trazendo ao leitor reflexões de ordem humanitária e pluralista, com

reiteradas menções a aspectos religiosos que seriam responsáveis por definirem as interpretações preconceituosas e ortodoxas.

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença. (BRASIL, 2011b, p. 667).

Donde René Descartes emitir a célebre e corajosa proposição de que “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento”, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode errar” (The king can do no wrong”). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de Fernando Pessoa, três séculos depois da proclamação cartesiana: “O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha”. (BRASIL, 2011b, p. 633).

A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embaraçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. (BRASIL, 2011b, p. 613).

Não é por acaso a menção aos preceitos religiosos, visto que, outrora, representantes de religiões de origem cristã se colocaram oficialmente em oposição ao reconhecimento das novas famílias. Para exemplificar, apontamos a primeira manifestação oficial da Igreja Católica, no Brasil, intitulada “Pronunciamento sobre a família”, acerca da proteção legal, ocorrida em 1996, durante a 34ª Assembleia Geral da CNBB, colocando-se expressamente contrária ao Projeto de Lei 1.151/95, mencionado por Mello (2005). No tocante à Igreja Evangélica, registramos a notícia veiculada pelo jornal *O Estadão*, em 16 de abril de 2013, segundo a qual o Pastor Silas Malafaia organizava, com a ajuda de outros líderes evangélicos, uma manifestação em Brasília, em frente ao Congresso Nacional, contra o “casamento gay” e a favor da família tradicional, em evidente apoio ao Deputado e Pastor Marcos Feliciano, que se posicionava contra o Projeto de Lei 122, que criminalizava a homofobia. Pelas redes sociais convocou os fiéis a participarem do ato (PERON, 2013).

Além das questões religiosas, importante apontar como a sexualidade em geral é tratada nos grupos sociais. A respeito do notório incômodo sobre a homossexualidade alheia mencionado pelo Ministro Ayres Britto, Guimarães (2004) aponta dois problemas básicos para explicitar a questão: a “ideologia do silêncio”, que obscurece as questões da sexualidade, e a “ideologia do desvio”, que reveste o comportamento homossexual. Para a autora, no nível do senso comum, sexo é um assunto do qual não se fala. No nível da ciência, discute-se a questão como tabu que reveste qualquer abordagem sobre o tema. Vejamos a forma com que o referido tabu surge na decisão:

Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (BRASIL, 2011b, p. 627).

Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. (BRASIL, 2011b, p. 612).

Todos os limites sociais e comunitários são frutos do elemento humano, que estabelece, segundo sua conveniência ocasional, vivência, cultura, religião dentre outros fatores sociais, os modos de vida coletivamente aceitos. O exercício da sexualidade dos indivíduos é intrinsecamente afetado pelos fatores sociais e modos de vida estabelecidos pela comunidade em que está inserido.

Os valores de moralidade lançados sobre as práticas sexuais alheias na sociedade contemporânea, remetem ao controle e à observação das práticas sexuais existentes na sociedade disciplinar, descrita anteriormente. Na decisão, os questionamentos, dotados de obviedade, formulados pelo Ministro Ayres Brito induzem à conclusão da igualdade, de forma que qualquer resposta negativa apontaria para a prática do preconceito relacionado à orientação sexual dos sujeitos.

O que, então, caracteriza, do ponto de vista ontológico, uma família? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não. (BRASIL, 2011b, p. 670).

Pois bem. O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas? Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados? (BRASIL, 2011b, p. 671).

A partir da análise dos costumes e da educação que determinam os comportamentos sobre as relações sexuais na sociedade, Foucault (2001 a) aponta para mistérios encobertos que relacionam a sexualidade e o exercício do poder, tentando desmistificar o tabu. Relata que as formas de discurso sobre o tema se perpetuam pela multiplicação por meio dos pais, educadores, médicos e instituições diversas. Mais uma vez, faz-se necessária a desmistificação acerca da liberdade das práticas sexuais, como um elemento constitutivo da natureza humana nos aspectos de identidade e prazer. Vejamos como o tema surge na decisão:

Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit devida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. (BRASIL, 2011b, p. 637).

Verificamos, ainda, que o julgador tenta simplificar os argumentos, em um exercício de lógica simples, no intuito de explicitar a obviedade da questão, ou seja, as uniões homoafetivas são fatos sociais comuns, que apenas necessitam de reconhecimento e segurança jurídicos. Em outros termos: a decisão em sentido contrário não alteraria os rumos sociais no tocante às práticas homoafetivas.

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decide munir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação. (BRASIL, 2011b, p. 674).

Vale mencionar que os valores e normas morais populares e tradicionais, embora antecedentes ao Direito, nem sempre expressam o estado atual de garantia de direitos individuais, devendo ceder espaço aos avanços normativos nas decisões judiciais e outras tomadas de decisão do Estado. Assim, é válida a transcrição de trechos do *decisium* que bem demonstram o dever do Estado de garantir o pleno exercício da individualidade de cada cidadão, independentemente da valoração moral que lhe seja concedida pelo saber popular:

Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Ilustrativamente, confirmam-se, por sua acurácia, as palavras do eminente jurista alemão ERNST BENDA (*Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad*. In BENDA, Ernst et al.. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. edição. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125):

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo. (tradução livre do espanhol). (BRASIL, 2011b, p. 674).

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. (BRASIL, 2011b, p. 612).

Observamos, por fim, uma evidente provocação do Ministro Ayres Britto aos demais membros do Poder Judiciário quanto a imperiosa imparcialidade do exercício da jurisdição, no sentido do dever individual de cada magistrado identificar seus próprios conceitos e preconceitos e os afastarem das causas que lhes são postas para conhecimento e julgamento, de forma que não lhes interdite a boa prática jurisdicional. Inferimos tratar-se de tentativa de convidar os demais juízes a despirem-se de preconceitos e interdições de cunho moral, de modo a garantir o respeito aos direitos fundamentais já mencionados:

É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar. (BRASIL, 2011b, p. 626).

Para Rios (2006), as objeções ao reconhecimento das famílias homoafetivas que possuem fundo moralista e apontam para a inexistência do Direito sob fundamento de que contrário à moral são mera deturpação valorativa. Trata-se da defesa de uma moralidade, talvez majoritária, mas que viola o espírito democrático de proteção das minorias. A única moralidade que a democracia pode acolher é a moralidade crítica, em que os argumentos de gosto, da tradição, do nojo e do sentimento de repulsa não podem ser finais, sob pena de manutenção de um integrismo, fundamentalismo das tradições, dos autoritarismos daqueles que se consideram privilegiados na sociedade.

E, por fim, é preciso refutar o argumento moralista que se expressa de modo religioso, uma vez que a regulação dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos na base dos direitos humanos coloca o debate na esfera mais ampla do Estado laico e Democrático de Direito, em absoluto alinhamento aos ideais republicanos. Assim, os direitos sexuais passam a reproduzir espaços de autonomia entre sociedade civil e Estado diante das instituições religiosas, preservando o pluralismo e o respeito à diversidade.

### 2.3.3.2 Argumentos morais relacionados aos afetos

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que se relacionam às ações de disposição dos indivíduos, positivas ou negativas, por outrem e que externamente demonstram emoções e sentimentos. Trata-se de instituto que vem ganhando muito espaço nas ciências jurídicas e na jurisprudência relacionada ao Direito de Família (Figura 7).

É sabido que, em Psicologia, os afetos constituem um processo cambiante no âmbito das vivências do sujeito, em sua qualidade de experiências agradáveis ou desagradáveis que o afetam. No entanto, na decisão em análise, verificamos a predominância das referências aos afetos positivos – em especial, o amor romântico –, capazes de alterar e/ou determinar o comportamento humano.

A decisão passa por uma demonstração quase romântica da importância do amor na vida dos indivíduos, citando, muitas vezes, inusitados autores, escritores e/ou poetas (como Jean-Paul Sartre, Chico Xavier, Caetano Veloso, Guimarães Rosa, Platão e outros) e trazendo, assim, espiritualidade e poesia para justificar as relações homoafetivas:

É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”. (BRASIL, 2011b, p. 630).

É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (BRASIL, 2011b, p. 627).

Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que “A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem: “O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”. (BRASIL, 2011b, p. 650).

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. (BRASIL, 2011b, p. 630).

É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um*; [...]. (BRASIL, 2011b, p. 642).

Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão in natura que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu na metafórica locução “bruta flor do querer”. (BRASIL, 2011b, p. 641).

Os sentimentos e afetos, outrora, foram entendidos como um elemento humano rejeitado pelas estruturas científicas de conhecimento em razão da superioridade concedida à racionalidade, levando-os a serem reprimidos e controlados. Diante da impossibilidade do

afastamento absoluto dos sentimentos, os gregos buscavam o equilíbrio pela temperança como forma de lidar com os impulsos dos afetos e com o controle das atitudes, atribuindo os sentimentos e as emoções à vontade dos Deuses, visto que estes não teriam controle de suas paixões face a sua imortalidade.

Ademais, os afetos careciam de unidade dentro da lógica aristotélica da não contradição, sendo nada científica a possibilidade de um sentimento ser bom e ruim ao mesmo tempo.

Para Jesus (2015), foi com o estoicismo e o cristianismo que a afetividade humana foi concebida como viciosa, perturbada e contrária a uma vida virtuosa e racional. Os temidos afetos ganham novos contornos na modernidade e na contemporaneidade, alcançando *status* de valor humano a ser reconhecido e protegido pelo ordenamento. Com os modernos, essa visão começa a mudar, mas é, sobretudo, com Espinosa, em *Ética*, que se introduz uma mudança na forma de pensar, com a subversão de dois conceitos fundamentais: ação e paixão (JESUS, 2015).

Com isso, segundo Jesus (2015, p. 163), “na contramão da tradição, Espinosa mostra que o fato de sermos seres afetivos não faz com que sejamos necessariamente passivos, [e que] o vínculo necessário entre afeto e paixão parece estar desfeito”. A consequência desse pensamento é que ação e paixão não seriam mais entendidos como termos reversíveis e recíprocos, ou seja, a ação não diria respeito “ao termo de onde parte uma operação, nem tampouco a paixão ao termo que recebe ou sofre essa ação” (p. 163).

Nesse sentido, o autor aponta que ao tratar da potência do sujeito de ser afetado de inúmeras maneiras, Espinosa trata da aptidão do corpo para o “múltiplo simultâneo” de afecções, isto é, para a sua capacidade de se relacionar de diversas formas com aquilo que lhe é exterior.

Uma vez que a mente é ideia do corpo, quanto maior sua aptidão para o múltiplo simultâneo de afecções, tanto maior a aptidão da mente para o múltiplo simultâneo de afetos e ideias, isto é, tanto maior é a capacidade de perceber e conhecer as coisas, [...] compreender concordâncias, diferenças e oposições (JESUS, 2015, p. 171).

Nas palavras de Espinosa:

Não posso, de resto, explicar aqui as outras espécies de afetos e, ainda que pudesse, não seria necessário. De fato, para o que nos propomos, que é determinar a força dos afetos e a potência da mente sobre eles, basta-nos ter uma definição geral de cada afeto. Basta-nos, afirmo, compreender as propriedades comuns dos afetos e da mente para que possamos determinar qual e quão grande é a potência da mente na regulação e no refreio dos afetos [...] se, agora, quisermos tomar em consideração esses três afetos primitivos e o que antes dissemos sobre a natureza da mente, podemos definir os afetos, enquanto relacionados apenas à mente, tal como se segue. (ESPINOSA, 2008, p. 231, 257 *apud* JESUS, 2015, p. 176-177).

Para refletir sobre a relação do corpo humano com os demais corpos é preciso pensar nos aspectos da necessidade e da utilidade. Em ambos pontos de vista, trata-se da conservação do ser, uma vez que o corpo humano precisa de outros corpos para conservar-se e regenerar-se continuamente. Dessa forma, inviável seria que os sujeitos não necessitassem de elementos exteriores a si ou que vivessem sem troca com as coisas externas. Assim, a imprescindibilidade do exterior implicaria no fato de ser afetado na mesma medida em que se tem a capacidade de afetá-lo. Deveria o homem, portanto, buscar diversas relações com coisas que lhe são úteis e que estejam em consonância com sua natureza. E, para Espinosa, “não há nada mais de acordo e útil ao homem, do que o próprio homem” (JESUS, 2015, p. 188). Os afetos, sobretudo nas relações familiares, são uma necessidade humana decorrente das relações estabelecidas com o mundo exterior, com respeito a toda gama de diversidade potencial existente no mundo. As emoções revelam a singularidade dos indivíduos, pois os afetos proporcionam experiências únicas.

É sabido que os afetos, na forma de amor romântico, somente passaram a integrar os vínculos familiares modernos com a introdução do aspecto da satisfação individualista às relações de conjugalidade contraídas pelo casamento.

Ainda no aspecto moralista da normalização da conduta em sociedade, cabe trazer ao debate relevante texto do escritor Oscar Wilde (1986), extraído de sua *Obra completa*. O autor, no capítulo *De profundis e outros escritos*, revela a imensa carta escrita durante seu cumprimento de pena na prisão, endereçada à Albert Douglas, “o homem por cuja causa sua vida se arruinou” (p. 1.333), porém jamais remetidas ao destinatário.

Estes escritos, datados de 1896 e anos seguintes, revelam a profunda tristeza, vergonha, arrependimento e culpa por ter se permitido viver um amor homossexual fora dos padrões sociais. Nele foi absolutamente permissivo aos caprichos do homem amado, que muito se aproveitou da entrega e renúncia provenientes deste sentimento forte e dominador vivido por Wilde. Naqueles tempos, a relação homossexual caracterizava crime punido com pena de prisão, o que arruinou sua vida familiar, financeira, profissional (de sucesso) e pessoal. A leitura atenta do texto transmite a agonia vivida pelo sujeito, reprimido pelas normas jurídicas e sociais que o impediam de exercer a liberdade do sentimento não fraterno por outro homem. Não bastasse a decepção amorosa vivida por um amor não correspondido e abusivo, Wilde sofreu o rigor da norma jurídica discriminatória e nada empática em razão dos seus comportamentos íntimos.

Todo sofrimento experimentado transborda em melancólicos escritos durante o período de cárcere, que mais se aproximam de um diário tardio a uma verdadeira carta de amor e ódio.

A vida íntima de Wilde o levou à ruína e inspirou a obra que translucida toda carga moralista que fundamentava a norma proibitiva do amor entre dois homens.

Nessa linha, prosseguindo a análise da decisão, observamos que a argumentação fundamenta o reconhecimento das uniões homoafetivas, indicando o afeto, o amor romântico, como elemento essencial, constitutivo do próprio instituto “família”. Note-se:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (BRASIL, 2011b, p. 671).

A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, caput, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. (BRASIL, 2011b, p. 660).

Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado caput do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...; [...] (BRASIL, 2011b, p. 653).

3 Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de “Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo”, a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF. (BRASIL, 2011b, p. 630).

O artigo 1.723 do Código Civil elenca os elementos legais para a caracterização da união estável (publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituição de família e, ainda, respeito, lealdade, vida em comum, coabitação, mútua assistência). O julgador, além dos referidos elementos legais, aponta o afeto (amor) como elemento presumido nas relações homoafetivas. Ocorre que o afeto não está previsto em lei.

É importante avaliar os motivos para a elevação do afeto/amor ao patamar de elemento essencial, constitutivo do próprio instituto “família” no caso das uniões homoafetivas, em oposição aos elementos legais estabelecidos para união estável heteroafetiva, superando até mesmo o domínio consanguíneo/biológico e registral.

Vislumbramos um possível estabelecimento estatal de novos padrões aceitos de afeto, em vez de garantir o pleno e democrático exercício das liberdades sexuais e afetivas. Em outros

termos, a partir do discurso do amor romântico, produziu-se um quadro atualizado e regulamentar de modelos socialmente aceitos para enquadrar as subjetividades.

O próprio termo homoafetividade, para designar as relações entre pessoas do mesmo sexo, é eminentemente brasileiro e pretende legitimar direitos através da afirmação jurídica de um sentimento positivado.

O próprio movimento LGBT luta pelo “direito de amar”, reduzindo impasses políticos ao problema de afetos específicos, idealizados, com os quais nem todos os indivíduos se identificam e que não são plenamente passíveis de validade em uma esfera pública. O termo foi cunhado pela jurista Maria Berenice Dias (2007, p. 182), que afirma que “não é possível falar em homossexualidade sem falar em afeto” e que “as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade”. Assim, a garantia de direitos é legítima, mas sua justificativa não o é. O primeiro argumento para o neologismo parece ser o da facilidade de sua aceitação com a redução do preconceito, uma vez que tal construção excluiria o desejo erótico exacerbado ou perverso colado ao estereótipo da homossexualidade.

Roger Raupp Rios chama o fenômeno de *assimilacionismo familista*, que implica em “situar o afeto como identificador dos vínculos familiares, servindo como um mecanismo de anulação de práticas sexuais heterodoxas, sob a cláusula da pureza dos sentimentos” (COSTA; NARDI, 2015, p. 142), o que também pode ser chamado de razão humanitária. O uso do termo “homoafetividade” sugere que esse tipo de relação (casamento/união estável) ainda não adquiriu plena cidadania, pois, segundo Costa e Nardi (2015), precisaria de formas eufemísticas para conduzi-la a um lugar próximo a igualdade, “endereçando o preconceito e a discriminação somente no nível do sintoma” (p. 143).

O fato é que a Constituição e a lei civil não exigiram o afeto para qualificar o casamento nem a união estável heterossexual: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. No entanto, para as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, exigira-se o amor romântico, por um esforço hermenêutico do princípio da afetividade a fim de torná-la socialmente aceitável.

Inferimos que o afeto, o amor, a parceria e outros sentimentos nobres estabelecem uma imagem eufêmica para o fato social rejeitado, anormal, desviante. É mais palatável ao público conservador aceitar relações homoafetivas amorosas do que aquelas esporádicas/casuais, superficiais e até meramente sexuais (ainda que plenamente aceitas em se tratando dos heterossexuais). Note-se que o Ministro Ayres Britto menciona apenas uma vez a hipótese de relações homossexuais sem afeto, mas utiliza o termo “pares de seres humanos”, que possui conotação menos acolhedora: “Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora

do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos” (BRASIL, 2011b, p. 630).

Mais uma vez, o judiciário justifica o óbvio aos olhos daqueles que resistem em aceitar a equiparação de tratamento jurídico e, por consequência, social daqueles que formam seus núcleos familiares com pessoas do mesmo sexo. Destacamos mais um trecho:

Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual. Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: “enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. ...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível” (Grande sertão: veredas). (BRASIL, 2011b, p. 697).

A decisão, reiteradamente, explicita a identidade dos afetos, sejam os presentes nas relações heterossexuais ou nas relações homoafetivas. Mais uma vez identificamos o princípio da igualdade como elemento imperativo da lógica utilizada pelo *decisium*:

A resposta a essas questões é uma só: Nada as distingue. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum. (BRASIL, 2011b, p. 671).

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”). (BRASIL, 2011b, p. 646).

Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando de formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. (BRASIL, 2011b, p. 612).

Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. (BRASIL, 2011b, p. 645-646).

Nas ciências jurídicas, destaca-se que a decisão consagra a tendente preponderância da afetividade sobre a biogenicidade nas relações de família, logo, sobrepondo-se o afeto ao biológico – este último entendido como realidade tão somente mecânica ou automática, porque

independe da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide. Vejamos:

Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. (BRASIL, 2011b, p. 638).

Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide. (BRASIL, 2011b, p. 638).

Nesse mesmo sentido, Dias (2007) aponta para a existência de um princípio norteador do Direito de Família contemporâneo, denominado *princípio da afetividade*, segundo o qual, a partir da constitucionalização do modelo de família eudemonista e igualitário, o afeto e a realização individual passam a habitar as relações jurídicas desta natureza. A família eudemonista é um conceito moderno que se refere àquela que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco e a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico. O afeto não é fruto da biologia, mas da convivência familiar e dos laços construídos no viver em comum.

A família é um fenômeno sociocultural institucionalizado pelo Direito, mas que revela o ambiente de realização dos aspectos psíquicos materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade dos indivíduos. O Direito vem se desenvolvendo progressivamente no intuito de reconhecer novas modalidades de família, com o foco nos aspectos existenciais das pessoas e não mais patrimoniais. Para Barroso (2011), o atual desafio dos juristas é introduzir o afeto como elemento de análise de pluralidade e reconhecimento estatal de novos formatos legítimos de arranjos familiares, que efetivamente representem as comunidades de afeto.

### 2.3.3.3 Argumentos morais relacionados às questões de sexualidade e gênero

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que de alguma forma tocam na conceituação e na importância da sexualidade para a autodeterminação dos indivíduos, bem como na relevância do gênero na colocação social e no reconhecimento dos direitos civis. Ainda foram incluídos os argumentos que demonstram a subjugação histórica de determinadas minorias sociais com referência ao gênero e à sexualidade (mulheres e homossexuais) e a relevância da proteção do Estado instrumentalizada pela atuação do Poder Judiciário (Figura 8).

É imperativo que tratemos do gênero antes de adentrarmos nas questões relativas à sexualidade. Observamos, neste ponto, que o julgador apresenta uma explicação acerca das razões da proteção constitucional sobre a mulher e sobre a inserção dos termos homem e mulher no art. 226, §3º da CRFB, remetendo às questões relativas às diferenças anátomo-fisiológicas (aspectos naturalizantes) e aos aspectos históricos de superioridade masculina e submissão feminina. Note-se:

Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas. (BRASIL, 2011b, p. 645).

O artigo, versante sobre os “objetivos fundamentais” da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra “sexo” para emprestar a ela o nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201). (BRASIL, 2011b, p. 630-631).

Trata-se, portanto, de um labor normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um labor normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral. (BRASIL, 2011b, p. 631).

A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. (BRASIL, 2011b, p. 613).

29. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de “sexo”. O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado. Mas “sexo” ou “aparelho sexual” como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênicas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindem de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. (BRASIL, 2011b, p. 633).

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. (BRASIL, 2011b, p. 613).

Ocorre que o conceito de gênero inclui sentidos históricos, sociais e culturais construídos e compartilhados para a explicação das diferenças entre homens e mulheres. O grande avanço na formulação inicial desse conceito foi o de distinguir sexo de gênero, concorrendo para a superação de explicações essencialistas e naturalizantes para tal distinção, até então reduzidas às determinações biológicas sem que se considerassem os contextos históricos e culturais.

Schwarcz (2019) apresenta as raízes do autoritarismo brasileiro contemporâneo, muitas vezes mascarado pelos mitos e naturalização das desigualdades e negação de preconceitos, descrevendo o momento atual de mudanças institucionais em curso sem permitir o esquecimento de fatores passados relevantes, como o espectro da escravidão e o sistema colonial.

Nesse contexto, a autora demonstra que toda sociedade constrói seus próprios marcadores sociais de diferença, ou seja, transforma questões físicas em estereótipos, em geral, de inferioridade, com produção de preconceito, discriminação e violência. No mundo contemporâneo, as diferenças têm sido utilizadas para justificar comportamentos, privilegiando a formação de grupos isolados, separados por seus interesses e polarizados em suas identidades: “prisioneiro cativo e afetivo da sua própria bolha” (p. 145). Schwarcz (2019) aponta ainda para a insatisfação gerada em alguns setores da sociedade com o avanço da igualdade, tal qual ocorreu com a decisão analisada neste trabalho. Essa parcela da sociedade tende a considerar os “outros” menos legítimos e, portanto, negam direito a uma cidadania plena pela diferença que ostentam.

O Núcleo de Estudos sobre Marcadores Sociais da Diferença da Universidade de São Paulo (NUMAS – USP), conceitua marcadores sociais de diferença como

[...] categorias classificatórias compreendidas como construções sociais, locais, históricas, culturais, que tanto pertencem à ordem das representações sociais [...], quanto exercem uma influência real no mundo, por meio da produção e reprodução de identidades coletivas e de hierarquias sociais (SCHWARCZ, 2019, p. 145).

Dentre esses marcadores, apontamos sexo e gênero como frequentes produtores de violência na sociedade brasileira. Sexo é regularmente utilizado para categoria inata, relacionada à biologia dos sujeitos: masculino e feminino. Para Schwarcz (2019), gênero diz respeito aos papéis e construções sociais que homens e mulheres performam durante a vida, ultrapassando as evidências biológicas operadas pelas categorias binárias.

Para Judith Butler (2003), gênero sequer se enquadra como atributo social e cultural, mas como performance normativa reafirmada pela cultura heterossexual. Assim, as identidades

de gênero seriam concebidas na sociedade de forma pragmática, associadas às experiências sociais. Dessa forma, passamos a conviver em uma sociedade mais plural, que vai além do masculino/feminino, construída a partir dos vários arranjos familiares e das instabilidades das opções de gênero.

De acordo com Butler, o sentido das diferenças entre homens e mulheres que a categoria de gênero revela conduz à percepção de que tais diferenças foram tomadas como sinônimo de desigualdades intransponíveis e naturais. A categoria de gênero explicita que a desigualdade é construída *nas e pelas* relações de poder assimétricas, fazendo com que, em uma sociedade regida por princípios patriarcais, as mulheres sejam colocadas em posição de subalternidade, não somente nas relações domésticas e privadas, mas também nos espaços públicos.

A desigualdade de gênero é produzida no contexto sócio-histórico, ou seja, não é natural. Portanto, para compreendê-la, precisamos entender o contexto da sociedade capitalista, que instituiu uma sociedade de classes estruturalmente desigual.

A lógica da equidade de gênero foi traduzida pelo slogan do feminismo: “Somos diferentes, mas somos iguais”, ou seja, homens e mulheres iguais em direitos, em acesso aos bens materiais e simbólicos, à liberdade e à felicidade. Nessa perspectiva, a categoria de gênero é relacional, de modo que a transformação das mulheres afeta também os homens, as relações entre eles, o relacionamento familiar e a educação das crianças, por exemplo. As desigualdades são múltiplas e se cruzam na interseção da opressão de classe social, de pertencimento étnico-racial e de gênero.

Dessa forma, gênero seria uma categoria analítica que mostra como as diferenças biológicas entre homens e mulheres são utilizadas como razões explicativas naturalizadas para justificar as relações de poder desiguais e assimétricas entre ambos, concorrendo para a cristalização de posições, tais como homens-opressores e mulheres-oprimidas, sendo uma forma primeira de significar as relações de poder.

A definição de gênero cunhada por Butler (2003) já estabeleceu a perspectiva das diferenças como um processo e não mais como um elemento estático. A subordinação da mulher não poderia mais ser vista como um elemento universal e natural, mas socialmente construída pela cultura patriarcal, transferindo a análise de gênero para o campo das relações de poder. O binarismo seria uma criação de matriz artificial surgida a partir da reiteração de performances sociais (família, reprodução, estruturas sociais).

Ademais, a linearidade entre gênero, sexualidade e desejo gera estabilidade social, coerência e inteligibilidade. Mas não é real, tampouco revela ou esgota a realidade da vida em

sociedade. Por consequência, toda essa discussão em torno do papel e da agência da mulher pode ser replicada para a população LGBT.

Nessa estrutura, impõe-se a avaliação das diferenças que fazem diferença. A análise de interseccionalidades não é mera soma de fatores de diferenciação, mas sua intersecção contingente e subjetiva, garantindo a visibilidade das peculiaridades e pluralidades.

Segundo Butler (2003), a teoria feminista presume a definição da identidade da categoria “mulheres”, que deflagra os interesses e objetivos do discurso e constrói o sujeito da representação política. A representação seria o termo operacional do processo político que estende a visibilidade e a legitimidade das mulheres como sujeitos políticos, em um contexto de ausência de representatividade. Ocorre que logo se verifica que o termo “mulheres” deixa de ser compreendido em termos universais, tampouco estáveis e permanentes.

Essa visão foi embrionária nas lutas de outras minorias e é perfeitamente aplicável à categoria “homossexuais”. Em termos de representação política, existe a necessidade de uma categorização ampla e universalista, objetivando a visibilidade das lutas e discursos no sistema político de poder. A definição do sujeito é primordial para a prática da política representacional, como elemento fictício da reivindicação de direitos e estabelecimento de leis (normas gerais e abstratas). Fachini (2005) afirma que a generalização do grupo se faz presente como uma questão central de identidade para a compreensão da dinâmica interna de um movimento social, de forma a compartilhar carências a serem inseridas nas pautas de reivindicações e lutas. A homogeneidade do coletivo, então, nada mais seria do que a aliança construída de diferentes grupos com determinada finalidade política.

A decisão analisada apresenta argumentos que tocam exatamente na definição e na emergência da isonomia de gêneros diante dos avanços sociais. No aspecto isonômico, esclarece que a Constituição reconhece diferenças naturais entre o homem e a mulher, além de reconhecer o *déficit* histórico de direitos das mulheres, que impõe o tratamento protetivo a fim de garantir a isonomia material. Vejamos:

FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. (BRASIL, 2011b, p. 613).

Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). (BRASIL, 2011b, p. 642-643).

O julgador traz, em seus argumentos, elementos que remetem à discussão sobre a natureza da sexualidade na formação e na conformação dos indivíduos. Para Nasser (2010), a sexualidade é o segundo instinto que, seguindo a autoconservação, mostra-se fundamental à continuidade da espécie humana. Seria ele inclinado à psiquificação na medida em que torna possível desviar sua energia biológica para outras funções e significados. Nessa linha, há a possibilidade da relação sexual ter uma função prazerosa e proveitosa nos relacionamentos humanos, sem relação direta com a procriação. E, por essa mesma razão, as restrições de natureza moral e social fizeram com que a sexualidade se transformasse em super valor humano.

Essas observações conduzem a ideia de interação entre o corpo e a psiquê do indivíduo, demonstrando que as funções humanas, mesmo a princípio consideradas instintivas, denotam um caráter psíquico como algo complementar ao fisiológico. Nesse sentido, seguem os trechos da decisão:

Mas “sexo” ou “aparelho sexual” como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênitas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. (BRASIL, 2011b, p. 633).

É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva. (BRASIL, 2011b, p. 637).

II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação meta jurídica. (BRASIL, 2011b, p. 640).

Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. (BRASIL, 2011b, p. 642).

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. (BRASIL, 2011b, p. 642).

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano

às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. (BRASIL, 2011b, p. 641-642).

Rios (2006) desenvolve a ideia de direitos sexuais na perspectiva de direitos humanos, com a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica adequada e positiva, que supere as abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nos domínios da sexualidade. Nessa linha, apresenta três grandes eixos de debates: as questões identitárias vinculadas à sexualidade (homossexualidades); as relações sexuais propriamente ditas e suas consequências (consentimento, violência, aborto); e a busca da fundamentação dos direitos sexuais (saúde sexual). Para o autor (2006), essa abordagem exige análise da relação entre democracia, cidadania, direitos humanos e sexuais, que apontará para um modelo de compreensão democrático que ele denomina de “direito democrático da sexualidade”.

Assim, o direito da sexualidade não deve cuidar apenas de um grupo sexualmente subalterno em função de gênero e sexo; eis que outras identidades reclamam proteção. Esse direito não pode se esgotar na questão identitária, mas deve se estender às multiplicidades de condutas, preferências sexuais e erotismos não convencionais (RIOS, 2006). Destarte, Rios (2006) defende que o direito da sexualidade não deve se fixar em identidades e práticas sexuais predefinidas, evitando rótulos e imposições heterônomas, atento ao risco de classificações rígidas e fundadas em distinções sexuais monolíticas, reforçando a lógica que engendra o machismo ou heterossexismo no direito vigente.

Desse modo, o direito da sexualidade deve se fundar nos princípios da liberdade e da igualdade, promovendo um equilíbrio entre ambos e identidades e práticas em cada caso concreto.

O Ministro Ayres Brito aborda, assim, o aspecto da sexualidade e da liberdade sexual do ser humano, apontando a sua proteção pela incidência de dispositivos constitucionais, como o direito à intimidade e à privacidade (inciso X e §1º do art. 5º), e a inexistência de enunciação igualmente constitucional em sentido diverso.

[...] em segundo lugar, porque nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais. (BRASIL, 2011b, p. 641).

IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e

garantias individuais” de berço diretamente constitucional); [...] (BRASIL, 2011b, p. 641).

Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. (BRASIL, 2011b, p. 642).

Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. (BRASIL, 2011b, p. 639).

36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. (BRASIL, 2011b, p. 639).

Em seguida, expõe didática síntese da fundamentação de mérito do seu voto, em seis pontos que merecem uma breve apresentação por reunirem grande parte dos argumentos apresentados neste escrito, perpassando pelos assuntos de gênero e sexualidade. Vejamos:

I - A Constituição do Brasil proíbe o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem.

II – Há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos.

III – Constitucional proibição de preconceito, aplicação da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); e garantia da intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais, onde se mais se explicita o emprego da sexualidade humana.

IV – Liberdade para dispor da própria sexualidade está no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional).

V – Fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha), pouco importando que o parceiro adulto seja do mesmo sexo ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional.

VI – Homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade. (BRASIL, 2011b, p. 640).

A sexualidade se encontra abrigada nos espaços morais dos dispositivos constitucionais, gravados com cláusula de inviolabilidade, de intimidade e de vida privada. Conclusão idêntica

se extrai do princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226), com alicerce na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) somada à solidariedade social (art. 3º) e à igualdade substancial (art. 3º e 5º). Seguem os trechos que apontam a proteção constitucional à mencionada liberdade sexual, em suas diversas facetas:

É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expreso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas. Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente! (BRASIL, 2011b, p. 634-635).

aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a “orientação” sexual alheia. Que não tem nada a ver – repita-se à exaustão - com a maior ou menor dignidade dos seres humanos. (BRASIL, 2011b, p. 636).

31. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivizar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de direito de não ter dever). (BRASIL, 2011b, p. 634).

25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. (BRASIL, 2011b, p. 631).

**2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES.** (BRASIL, 2011b, p. 611).

Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (BRASIL, 2011b, p. 612).

Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens,

assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos; [...] (BRASIL, 2011b, p. 640-641).

33. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. (BRASIL, 2011b, p. 637).

A sós, ou em parceria, renove-se o juízo. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. (BRASIL, 2011b, p. 642).

Para além da análise de estruturas familiares e da ideia de diversidade, Mello *et al.* (2012, p. 143) vislumbram uma dogmática sexual ainda associada por três bases ideológicas: “a) da associação entre sexualidade, conjugalidade e reprodução; b) do casal exclusivo e o mais homogâmico possível em termos raciais, classistas, religiosos, educacionais, etc.; e c) de normas de gênero” heteronormativas. A construção desta dogmática tem sido sistematicamente redefinida ao longo do tempo, estando a sexualidade relacionada a “complexas lógicas de mercado, disputas políticas e embates morais” (p. 413). A definição de uma sexualidade legítima e socialmente autorizada expõe a laicidade de Estados Democráticos diante das fortes oposições de ordem moral e religiosa.

#### 2.3.3.4 Argumentos morais relacionados à homossexualidade e à homoafetividade

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que tratam diretamente da homossexualidade dos indivíduos e sua análise no contexto social e jurídico, de maneira histórica e contemporânea, e as formas de afetação no seu exercício dos direitos (Figura 9).

As referências de normalidade para a sexualidade e gênero se referem ao sexo marital, heterossexual, monogâmico, preferencialmente para fins de reprodução, com homens em posições ativas e mulheres passivas. As vivências e práticas associadas à homo-bissexualidade e às expressões de gênero trans (transexuais e travestis) são recebidas usualmente com manifestações de preconceitos, discriminações e violências de diferentes tipos.

O fato é que o termo/linguagem não define quem o sujeito é. O fato de ser homossexual não define ninguém. Assim, a sexualidade da pessoa deve ser analisada diante do seu gênero, desejo, contexto social, raça, classe social e outros fatores de diferenciação que tencionam ou estabelecem situações mais complexas de subjetividade.

Segundo Fachini (2005), a partir dos anos 90, surge a tendência à especificação e à criação de categorias classificatórias com a finalidade de nomear o “nós” do movimento homossexual. A adoção de uma autoidentidade seria essencial para o exercício da política e a identificação do público-alvo beneficiário de suas ações. Para essa finalidade, a ideia é tornar o termo o mais inclusivo possível, com base na solidariedade. No entanto, não deixa de revelar tensões e ambivalências internas, na definição das siglas (GLS, LGBT) que foram frutos de uma verdadeira guerra de classificação para definição do sujeito coletivo.

A presunção de haver uma base universal da categoria “homossexual” certamente decorre da forma singular com que gays, lésbicas, travestis, bissexuais, transexuais e outros são alvos de preconceito e exclusão na sociedade heteronormativa, binária e patriarcal. Trata-se da união política de lutas para homogeneizar a identidade coletiva, ainda que haja verdadeira diversidade de identidades em permanente tensão interna.

Ocorre que a fragmentação, no interior dos movimentos contra a homofobia, revela a necessidade de delimitações na busca pela identidade. Para Fachini (2005), a par da importância da representatividade universal política, é preciso ter em mente o risco de se estabelecer categorias de identidade que as estruturas jurídicas contemporâneas engendram, naturalizam e imobilizam, gerando o apagamento das diferenças que realmente fazem diferença. Há relevante importância no reconhecimento da pluralidade fundada nas escolhas individuais e no afastamento da noção de identidades com base em atributos essenciais.

A proposta do trabalho de Piscitelli (2008) foi oferecer, com as categorias de diferenciação, as ferramentas analíticas necessárias para apreender a articulação de múltiplas diferenças e desigualdades. Trata-se de estabelecer a diferença em sentido amplo para dar conta das interações entre possíveis distinções presentes em contextos específicos.

A autora esclarece que, assim como na história do feminismo, a história dos movimentos LGBT também já está marcada pela busca de instrumentos analíticos de compreensão das distribuições diferenciadas de poder e por reconhecimento de direitos. Eles, ainda, procuram entender como essas conclusões podem contribuir para modificar essas posições de subordinação e exclusão. Os conceitos de interseccionalidade e categorias articuladas precisam fazer parte dessa história.

Além de identificar os conceitos, verificamos que, no momento atual, certas abordagens interseccionais oferecem recursos relevantes para compreender a produção e a identificação de sujeitos na ordem global. Nos contextos de formação de famílias homoafetivas, pensar nas articulações entre gênero, sexualidade, desejo, religiosidade, contexto cultural, raça e classe

social contribui para compreender as experiências dos diversos sujeitos que integram famílias formadas por pessoas do mesmo sexo.

As análises das interseções entre essas categorias poderão gerar sentido à percepção que se tem dos sujeitos que integram as mais diversas famílias e das ações dessas pessoas na busca de liberdade de planejamento familiar, reconhecimento de direitos e garantia de não discriminação. A princípio, essas articulações devem revelar que, isoladamente, a categoria “família homoafetiva” não situa essas pessoas em posições inferiorizadas. Com efeito, a inferiorização pode decorrer de outras relações interseccionais, a serem melhor identificadas em outra etapa de análise.

Contrapondo o universalismo do grupo sob análise, Aguião (2016) se propôs a explorar a relação mutuamente constitutiva entre sujeitos e direitos, analisando dinâmicas que compõem o processo de constituição da denominada “população LGBT” no Brasil. Argumenta-se que a sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais) define uma espécie de “coletividade imaginada” em relação a três aspectos:

i) a “criação imaginativa” de um nós comum; ii) no sentido de que a essa imaginação não se opõe uma comunidade “verdadeira” e; iii) no sentido de que ao ser imaginada, inicia-se um processo de produção de fronteiras, limites e adaptações de significados que virão a conformar a aparência natural dessa imaginação. (AGUIÃO, 2016, p. 282).

Assim, além de estabelecer um processo de legitimação da identidade coletiva LGBT e dos processos e políticas que a tornam possível no cenário atual, Aguião (2016) teve por objetivo visualizar as dinâmicas de especificação interna aos segmentos que a compõem: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Analisou estratégias políticas de atores envolvidos nos debates em torno dos “direitos LGBT” ou “direitos da pessoa LGBT” (RIOS, 2006), considerando processos de criação e recriação de morfologias de Estado, mantendo como base a questão de como certos “direitos” corporificam certas “identidades” e vice-versa, recuperando a dimensão de representação no sentido performático e figurativo.

Observou-se que táticas e estratégias de organização e performances do fazer político acompanham o processo de formulação de linguagens e desempenhos específicos, tidos como mais estratégicos e eficazes, de acordo com cada momento, contexto e interlocutor. Nas palavras de Aguião (2016):

Cunhar um vocabulário próprio, que seja compreendido como legítimo para tratar as “especificidades” e dominar o seu correto manejo, cria um espaço negociado que orienta a constituição de alianças e a produção de diferenças, indicando quais são os

atores que estão mais ou menos inseridos no jogo político de disputas representacionais do campo dos direitos. (AGUIÃO, 2016, p. 283).

Os embates internos do grupo LGBT revelam disputas por legitimidade, retóricas e estratégias políticas de visibilidade e reivindicação e evidenciam a potência contida na pluralidade inserida na aparente unidade. As colocações de peculiaridades impõem a análise das “‘identidades’ que conformam ‘sujeitos inteligíveis’, não como fixas ou fundantes, mas como efeito resultante de práticas culturais e políticas configuradas por e através de regras determinadas” (AGUIÃO, 2016, p. 306).

Manter o processo de reconhecimento pelo Estado requer manter o equilíbrio das tensões que ocorrem no ambiente interno dessa coletividade, cujas contradições e instabilidades devem ser pensadas como inerentes a tal formação política.

Podemos inferir que o atual contexto social e jurídico-normativo acerca dos direitos civis de pessoas integrantes de famílias formadas por indivíduos do mesmo sexo ainda revela formas de categorização limitantes, que pouco abrem possibilidades para a agência. Parece ser indispensável trazer à luz a discussão sobre a multiplicidade de identidades e subjetividades dos sujeitos que compõe essa população formadora de famílias ‘homoafetivas’, que não podem ser estáticas e aprioristicamente identificadas por apenas um aspecto de sua singularidade.

Os estudos de sexualidade e gênero, no decorrer do século XX e em desenvolvimento no atual momento histórico, são contundentes ao reconhecer que não há patologias ou problemas morais em pessoas não heterossexuais, bem como evidenciam que as expressões de gênero associadas às masculinidades e feminilidades são condicionadas, predominantemente, por elementos da conjuntura socioeconômica e cultural, não cabendo afirmações sobre um único modelo de homem e de mulher. Inclusive desnaturalizam a relação entre diferença sexual e gênero, ou seja, a fórmula: macho=masculino e fêmea = feminino, não corresponde às evidências históricas e antropológicas.

Aproveitamos o contexto para justificar a adoção do termo “homoafetividade” no curso da presente pesquisa, cunhado pela Jurista Maria Berenice Dias (2007). Ela foi fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), entidade que transformou o entendimento tradicional do que é uma família, levando em conta os laços afetivos das relações familiares. Cunhou a palavra homoafetividade para retirar o estigma sexual que envolvia as relações de pessoas do mesmo sexo, fazendo-se reconhecer este novo modelo de família, expressão que já foi introduzida nos recentes dicionários brasileiros. É reconhecida internacionalmente por suas posturas progressistas em relação aos direitos da mulher na sociedade e demais minorias, com

ênfase nos estudos sobre direito homoafetivo. No documento sob análise, o emitente esclarece a nomenclatura utilizada e a sua origem, conforme explicitamos:

Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. (BRASIL, 2011b, p. 629).

O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo)”. (BRASIL, 2011b, p. 629).

2 “Homoafetividade. 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo. 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantêm relação conjugal, ou pretendem fazê-lo: direito homoafetivo.” (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1.105). (BRASIL, 2011b, p. 629-630).

Segundo Gustavo Tepedino (2004), citado pelo Ministro Ayres Brito, a homossexualidade é elemento integrante da personalidade do indivíduo, que se identifica com o conceito de capacidade jurídica – autonomia, portanto – e serve de fundamento aos direitos da personalidade, dentre os quais está o direito à própria identidade, a sua identificação.

De acordo com Mello (2005), nos fins do século XIX, a construção do homossexual estava localizada na categoria médico-psicológica, sendo certo que, nos dias de hoje, assumiu uma dimensão claramente política. Dessa forma, gays e lésbicas vem redefinindo suas identidades e se encontram engajados a fim de obter o reconhecimento de sua cidadania e atributos humanos.

Não é demais informar que categorizar o desejo e comportamento homossexuais como doença significou, no final do século XIX, um avanço político por proteger as pessoas das perseguições religiosas e policiais. Essa condição patológica funcionou como uma estratégia política de descriminalização das práticas afetivo-sexuais heterodoxas. A partir dos anos 60, os homossexuais passam a ser responsáveis pela reivindicação de uma nova identidade homossexual, relacionada ao conjunto de desejos e distante dos diagnósticos e sintomas.

Segundo Mello (2005), ainda não está ultrapassada a noção de que homossexuais são sujeitos que não se enquadram em um padrão de exercício saudável da sexualidade, firmado no tripé privação-opressão-discriminação. A intolerância ainda exclui a legitimidade de práticas

sexuais não convencionais, mesmo que exercidas em um contexto de consentimento mútuo, entre adultos, sem constrangimentos físicos, morais ou psicológicos, como ocorre na maioria das relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Por contrariar parâmetros definidos como naturais e divinos, as práticas amorosas e sexuais entre iguais biológicos são sistematicamente consideradas pecado, crime ou doença, passíveis, respectivamente, de arrependimento, punição ou cura.

Importante ressaltar que as pessoas não são homo ou heterossexuais, mas apenas suas relações o são, sob pena dos avanços materializarem-se em vivências afetivo-sexuais que constituem uma identidade homossexual padronizada, alcançando uma homogeneização típica do modelo heterocêntrico em contraposição à identidade heterossexual (MELLO, 2005).

A decisão em análise aborda a homossexualidade como elemento da personalidade dos sujeitos, relacionada a sua identidade e, portanto, distante de qualquer exercício de opção ou liberalidade, acarretando a incidência das proteções legais que o ordenamento jurídico prevê:

A homossexualidade, como antes sustentado, é elemento integrante da personalidade do indivíduo, que, nas lições do já referido GUSTAVO TEPEDINO (A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In Temas de Direito Civil. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48), identifica-se com o conceito de capacidade jurídica – autonomia, portanto – e serve de raiz aos direitos da personalidade, dentre os quais está o direito à própria identidade, à sua identificação. (BRASIL, 2011b, p. 675).

Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é. Na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (BRASIL, 2011b, p. 667).

(Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades. (BRASIL, 2011b, p. 667).

O julgador apresenta algumas premissas relevantes que devem ser destacadas, tais como: a homossexualidade é um fato da vida; é uma orientação e não uma opção sexual; não é uma ideologia ou uma crença; as famílias homoafetivas simplesmente existem (cerca de 60.000 na época da decisão); e inexistente ilegalidade no fato. Vale o realce, na íntegra, de todas as premissas na ordem em que aparecem no texto:

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos *amici curiae*, é a seguinte: a homossexualidade é um fato da vida. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e

duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população. (BRASIL, 2011b, p. 666).

A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo. (BRASIL, 2011b, p. 666).

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença. (BRASIL, 2011b, p. 667).

A quarta das premissas: os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE (disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br>>; consulta em 30.04.2011), atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país. (BRASIL, 2011b, p. 667).

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. (BRASIL, 2011b, p. 667).

Donde ponderar que a homossexualidade constitui “fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros”. Cabendo lembrar que o “papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos”. (BRASIL, 2011b, p. 618).

Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o enquadramento jurídico – e, com isso, o oferecimento de segurança jurídica às uniões homoafetivas – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção. (BRASIL, 2011b, p. 680).

Barroso (2011), com semelhante linha de fundamentos, trata do tema com enfoque constitucional, destacando as seguintes premissas:

- a) a homossexualidade é um fato da vida;
- b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos a esfera privada de cada um;
- c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;
- d) o dever do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância. (BARROSO, 2011, p. 111).

Importante reiterar a relevância política dos movimentos sociais nos avanços de ordem social e jurídica de reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo, que representam a ocorrência em massa do fato social que necessita de proteção jurídica, sob pena de permanecer à margem da sociedade e da regulamentação jurídica do Estado. Nesse sentido, a decisão apresenta os seguintes trechos:

A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença. (BRASIL, 2011b, p. 677).

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. (BRASIL, 2011b, p. 675).

2. Nessa linha de clara irrisignação quanto ao modo juridicamente reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos, argui o autor que têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). (BRASIL, 2011b, p. 618).

Mello (2005), em sua obra *Novas Famílias – Conjugalidade homossexual no Brasil Contemporâneo*, apresenta o resultado de sua extensa e cuidadosa pesquisa acerca da polêmica conjugalidade homossexual, a partir dos debates parlamentares sobre o Projeto de Lei nº 1.151/1995, de iniciativa da então Deputada Marta Suplicy, que tratava da regulamentação e do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo. A proposta trouxe à ordem do dia as reflexões sobre a legitimidade das relações amorosas homossexuais e, em última análise, sobre os direitos humanos e de cidadania de gays e lésbicas na sociedade brasileira.

Os embates observados por Mello (2005) revelam que os discursos de apoio ou rejeição à proposta legislativa não possuíam cunho político de partidos de direita ou esquerda, como se poderia imaginar. Na verdade, revelam-se as concepções de cidadania segundo os paradigmas e discursos religiosos. Assim, a partir da voz da sociedade civil, demonstra importante parte da recente história nacional no que tange a emergência das novas formas de família, em atenção aos discursos familistas acionados por grupos homossexuais que desafiam o heterocentrismo familiar e as recorrentes formas de intolerância religiosa.

Assente também que as lutas por tal reconhecimento social e jurídico da dimensão familiar das relações amorosas entre pessoas do mesmo sexo estão diretamente associadas ao modelo familiar padronizado, fundado no ideário de complementariedade entre os sexos, dos gêneros e nas funções atribuídas à instituição familiar, em especial a parentalidade e a

socialização das crianças. Tal interdição está relacionada aos restritos limites da norma heterocêntrica.

O fato é que a minoria homossexual é uma invenção das sociedades capitalistas (MELLO, 2005), que dirige a repressão a um grupo de pessoas específicas ao passo que as práticas sexuais entre iguais biológicos devem ser entendidas como um conjunto de atos que são passíveis de serem executados por todos, indistintamente.

#### 2.3.4 Espectros culturais e simbólicos

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que apontam para aspectos relacionados às questões histórico-culturais, gerados pelos modos de vida da sociedade brasileira, influenciados pela colonização, religião e grupos ideológico-políticos, que conduziram às impressões sociais acerca dos indivíduos homossexuais na contemporaneidade.

##### 2.3.4.1 Espectros culturais e simbólicos relacionados às características socioculturais brasileiras

Nesta parte foram incluídos os trechos da decisão que mencionam características da sociedade brasileira, na conformação das denominadas famílias tradicionais e dos aspectos da sexualidade a ela inerentes. Incluímos as referências às conjugalidades e parentalidades fundadas na cultura (Figura 10).

A questão tem origem na ideia de universalidade do modelo de família, de formalismo heterocêntrico, que restringe ao casal formado por indivíduos de sexos diferentes a legitimidade para relações amorosas, matrimoniais e familiares. Há uma explicação histórico-cultural do prestígio das famílias formadas pelo casamento, entre homem e mulher, com intuito de procriação biológica, fundada em padrões morais e especialmente religiosos e que foram institucionalizadas pela configuração prevista nas normas civis.

A formação familiar pelo casamento foi contemplada no ordenamento brasileiro desde as primeiras normas relativas ao Direito de Família, conforme demonstramos anteriormente. Mesmo a Constituição Cidadã, de 1988, optou pelo tratamento privilegiado das uniões formalizadas pelo casamento, indicando expressamente a vontade do legislador de converter as uniões informais para o modelo “eleito” pelo constituinte como o mais privilegiado. Observe:

48. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual

dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

I – “O casamento é civil e gratuita a celebração”. Dando-se que “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a última pá de cal. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de papel passado traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio socio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, com pompa e circunstância e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio<sup>9</sup> e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, ao fim e ao cabo, esse tipo de prestígio constitucional redundava em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil; [...]. (BRASIL, 2011b, p. 650-651).

II.1. - que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio- cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”; [...]. (BRASIL, 2011b, p. 652).

O julgador dedica-se a justificar a importância dos núcleos familiares não apenas para o indivíduo, mas para a organização social como um todo, descrevendo as relações jurídicas estabelecidas entre Estado, indivíduo e famílias – família como base da sociedade e ambiente adequado para o pleno exercício de direitos fundamentais do indivíduo e, para tanto, deve, preferencialmente, ser formalizada de maneira pública e registral pelo casamento. Desta importância destaca a especial proteção do Estado, concedida pela Constituição Federal, ao instituto “família”.

Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”.

Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). (BRASIL, 2011b, p. 647).

Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. (BRASIL, 2011b, p. 648).

Nesse contexto, vale reiterar os fundamentos da família nuclear burguesa, que se estendeu para outras classes sociais e se instalou na cultura social brasileira. Mello (2005) descreve o modelo ideal de família, que, até recentemente, normatizou a vivência familiar, como sendo aquele:

[...] formado por um homem provedor e uma mulher afetuosa que se amam, que são casados civil e religiosamente, em primeiras e indissolúveis núpcias, que são fiéis afetivo-sexualmente, que têm pelo menos dois filhos, de preferência um casal, e que coabitam. Tal modelo tende a atuar como referência de família feliz e de utopia de ordenação da vida doméstica para todos (Romanelli, 1995) e como parâmetro a partir do qual as outras formas de vivência familiar são definidas como desviantes, incompletas, desordenadas ou mesmo ilegítimas (MELLO, 2011, p. 35).

Ademais, estabelece conceitos e características que parecem adequar os modelos não tradicionais, que são fatos sociais contemporâneos evidentes, afastando a exclusividade do padrão de união familiar estabelecido culturalmente entre homem e mulher e instituído pelo casamento indissolúvel.

É nesse contexto que se faz presente a imperiosidade da discussão acerca da pluralidade presente na sociedade e que clama pelo respeito à diversidade. O pluralismo é um conceito que tem aplicações em diversos âmbitos e que está associado à diversidade e à convivência harmônica das diferenças. Um sistema plural é aquele que aceita, reconhece e tolera a existência de diferentes posições, opiniões ou pensamentos. Logo, por meio da ideia de pluralismo político consegue-se que haja liberdade de expressão e, assim, a participação do povo na criação e desenvolvimento de leis e outras formas de reconhecimento de cidadania para todos. A heterogeneidade social, cultural, ideológica, religiosa e étnica é protegida pelo pluralismo, valor que foi expressamente mencionado na decisão em análise:

*HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE.* (BRASIL, 2011b, p. 612).

Um Estado pluralista possui base de poder ampliada e, por isso, não exerce a representação monopólica de um só setor social, pois constrói antes o seu poder em torno do diálogo e do debate. E é nessa linha de argumentação que a decisão apresenta argumentos que comprovam que o eficaz reconhecimento das famílias homoafetivas (com o concreto respeito em sociedade) pressupõe a transformação sociocultural, para que o pluralismo seja incorporado como fator real de poder e como elemento formador da base normativa democrática. Vejamos:

Quando o certo – data vênua 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. (BRASIL, 2011b, p. 649).

O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado pedaço de chão no mundo. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar. (BRASIL, 2011b, p. 646).

Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. (BRASIL, 2011b, p. 648).

A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. (BRASIL, 2011b, p. 612).

Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. (BRASIL, 2011b, p. 613).

41. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). (BRASIL, 2011b, p. 644).

União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. (BRASIL, 2011b, p. 630).

Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando de formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. (BRASIL, 2011b, p. 644).

Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“entre homem e mulher”). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil. (BRASIL, 2011b, p. 681).

Destacamos, ainda, a evidenciação revelada pelo julgador sobre a fase histórica ora vivenciada, em que assistimos muitos movimentos sociais e, conseqüentemente, normativos acerca dos modos de vida e das alterações culturais, acompanhadas de seus conflitos sociais de ideias e de resistência conservadora.

Paredes e Jodelet (2009), na obra que trata do *Pensamento mítico nas representações sociais*, apontam que, nos conflitos sociais, os grupos que defendem posições antagônicas se valem de ideias e imagens que sejam capazes de desvalorizar e deslegitimar os adversários e, ao mesmo tempo, exaltar seu grupo e sua posição. O uso de simbolismos, que apoiam o imaginário social, assegura efetiva contribuição na formação das representações sociais e, por conseguinte, nas práticas coletivas.

O Ministro Ayres Britto precisou ser enfático sobre a realidade dos fatos e sobre a imperiosidade de inserção do pluralismo na convivência harmônica atual – o que poderia ser desnecessário caso se ancorasse em questão cultural pacífica.

Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. (BRASIL, 2011b, p. 613).

A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. (BRASIL, 2011b, p. 612).

A consagração da garantia institucional da família serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de realização dos direitos fundamentais. Com efeito, a ordem constitucional instituída em 5 de outubro de 1988 funcionalizou o conceito jurídico de família, como se vê na lição de GUSTAVO TEPEDINO (A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In *Temas de Direito Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397-398), *verbis*:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. [...]

Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes. (BRASIL, 2011b, p. 669-670).

A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. (BRASIL, 2011b, p. 678).

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros. (BRASIL, 2011b, p. 670).

Poderia dizer-se, com algum cinismo, que se trata de “ato jurídico inexistente”, vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada. (É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de “ato jurídico inexistente”, o casamento entre pessoas do mesmo sexo...) Como já se sabia em Roma, *ubi societates, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito. (BRASIL, 2011b, p. 667-668).

Quando se pensa a conjugalidade a partir de projetos identitários plurais e de uma concepção mais flexível de sexo e gênero, observa-se que um homem e uma mulher, dois homens ou duas mulheres podem, igualmente, dividir investimentos afetivos e materiais, construir planejamentos de gratificação afetivo-sexuais, de segurança existencial e de realização de projetos individuais e coletivos, seja como casal romântico seja como casal confluyente. A socialização de todos esses atos é realizada sob o mesmo conjunto de valores.

A decisão do STF passou a garantir os direitos civis, igualando o tratamento normativo do ponto de vista jurídico. O que ainda os diferencia são as concepções socioculturais atrasadas que permeiam os atos de preconceito e discriminação que persistem em muitas esferas da sociedade.

### 2.3.4.2 Espectros culturais e simbólicos relacionados às práticas de preconceito e discriminação

Nesta classificação foram incluídos os trechos da decisão que se referem à vedação ao preconceito e à proibição do tratamento discriminatório em relação às pessoas integrantes de famílias homoafetivas e às pessoas homossexuais de forma geral (Figura 11).

O julgador apresentou sua própria conceituação, dentro do contexto da causa que estava sendo analisada. Vejamos:

Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade.” Logo, juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, a ferro e fogo de u’a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. (BRASIL, 2011b, p. 632-633).

27. Mas é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, preconceito é um conceito prévio. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, a ferro e fogo de u’a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. (BRASIL, 2011b, p. 632).

A palavra preconceito aparece 73 vezes no acórdão (ADI 4.277 e ADPF 132), reafirmando a vedação pelo ordenamento vigente, sendo certo que a proibição ao preconceito já está expressa no inciso III, do art. 3º da Constituição da República desde 1988, o que deveria garantir a aplicabilidade imediata sem muitos questionamentos ou argumentações.

A aparição da palavra preconceito por tantas vezes nos faz inferir que o Tribunal Constitucional ainda precisa afirmar e reafirmar direitos constitucionais previstos na CRFB de 1988, já vigentes há décadas. O tempo de vigência da norma constitucional proibitória da prática social odiosa não foi suficiente para garantir eficácia social do dispositivo. Neste ponto, verificamos reiterada citação de dispositivos constitucionais que rechaçam qualquer forma de preconceito, tais como: 1) Preâmbulo: “[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]”; 2) Inciso IV do art. 3º: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; e

3) Art. 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]” (BRASIL, 1988).

Vejamos alguns dos trechos que abordam os dispositivos constitucionais em destaque:

Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXY (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo (“[. .]a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [. .]”) e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” ) e, ainda, no art. 5º, caput (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [. .]”). (BRASIL, 2011b, p. 672).

A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. (BRASIL, 2011b, p. 611-612).

Além do que, por ser a lei em causa anterior a Carta de 1988, “trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo dessa natureza será capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais”.

Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (BRASIL, 2011b, p. 618).

Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. (BRASIL, 2011b, p. 612).

“Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. (BRASIL, 2011b, p. 631).

Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. (BRASIL, 2011b, p. 637).

O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados. (BRASIL, 2011b, p. 643).

Isto para ajuizar, de pronto, que a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu art. 3º (Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação). (BRASIL, 2011b, p. 630).

É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. (BRASIL, 2011b, p. 631).

Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. (BRASIL, 2011b, p. 612).

Importante destacar que visualizamos a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, tanto no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), quanto no plano da orientação sexual de cada um, reconhecendo que somente com o respeito ao concreto uso da sexualidade será viável a ocorrência do constitucionalismo fraternal:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. (BRASIL, 2011b, p. 611-612).

28. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas. (BRASIL, 2011b, p. 633).

I - a Constituição do Brasil proíbe, por modo expreso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na aceção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja; [...]. (BRASIL, 2011b, p. 640).

Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. (BRASIL, 2011b, p. 640).

Também se mostra relevante o fato de que a decisão assenta, dentre outros argumentos, que a discriminação gera o ódio, capaz de se materializar em violência física, psicológica e moral contra os sujeitos. Trata-se, em verdade, do reconhecimento da “homofobia” como sendo

a reação de ódio e medo decorrente do imaginário heterocêntrico acerca dos desejos e práticas homossexuais, sempre com o intuito de manter hígidos os papéis sexuais tradicionais, pautados no machismo e no fundamentalismo religioso. Segue abaixo trecho da decisão que revela a importância do Judiciário em evitar tal tipo de violência:

8. Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen. (BRASIL, 2011b, p. 623).

Observamos e destacamos pertinente argumento de ordem lógica que aponta para a contradição do termo “opção sexual”, largamente utilizado pela sociedade para conceituar a homossexualidade. Ora, diante de todas as formas de rejeição social sofridas pelas pessoas que se relacionam com outras do mesmo sexo, por questão de proteção individual, jamais exerceriam esta discricionariedade se lhe fosse dada alguma alternativa. Assim, o texto identifica a homossexualidade como uma orientação sexual e, como tal, fator determinante da identidade, a par de qualquer esfera de escolha dos indivíduos.

Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, sponte própria, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência. (BRASIL, 2011b, p. 666-667).

Por fim, vale mencionar que o Ministro Ayres Brito se valeu da oportunidade de relatar um processo de tamanha magnitude e relevância social, exaltando a função do STF como guardião dos valores constitucionais mais caros à sociedade. A referida exaltação certamente teve o condão de antever toda repercussão que a movimentação normativa consequente seria capaz de produzir nos mais diversos ambientes sociais. Em última análise, aponta para o dever de todo o Poder Judiciário de agir em combate a qualquer forma de preconceito, em absoluta observância ao comando constitucional. Observe-se:

Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (BRASIL, 2011b, p. 613).

Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas. (BRASIL, 2011b, p. 669).

Mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais. (BRASIL, 2011b, p. 668).

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. (BRASIL, 2011b, p. 668).

47. 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. (BRASIL, 2011b, p. 649).

E nessa linha de argumentação, concluo a análise do item apresentando relevante trecho do documento que descreve com clareza a política de reconhecimento do Direito que se faz necessária, em exaltação a vedação ao preconceito:

O problema, contudo, não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração. É necessário enfrentar a questão sob o prisma do que a professora norte-americana NANCY FRASER (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e direitos Humanos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167) denomina “*política do reconhecimento*”, em que “[...] o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito [...]”. Especificamente sobre a injustiça perpetrada contra os homossexuais, a autora expõe, *verbis*:

[...] Um exemplo que parece aproximar-se deste tipo ideal é o de uma sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de status. Nessa concepção, a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento. [...] (ob. cit., p. 173). (BRASIL, 2011b, p. 675-676).

### 2.3.4.3 Espectros culturais e simbólicos decorrentes do modelo patriarcal

Nesta última classificação foram incluídos os trechos da decisão que demonstram que o modelo patriarcal da sociedade brasileira ainda se mostra presente nas relações sociais, refletindo em muitas ações discriminatórias contra mulheres e homossexuais, com a supremacia do homem provedor e definidor dos rumos políticos da sociedade, a começar pela microsociedade que a família representa (Figura12).

Vale dizer que a necessidade de incluir esta subcategoria de argumentos no presente texto foi verificada no curso da análise da decisão, ocasião em que esta ordem de ideias foi identificada com importância reveladora.

Ora, a formação da sociedade brasileira, segundo Berquó (1998), foi influenciada pelas características do processo de colonização de caráter exploratório e violento, em uma convivência marcada por inúmeros conflitos e desigualdades. Ressaltamos que a base das famílias coloniais era o patriarca, que não só exercia poder sobre os seus subordinados, mas também definia o destino de todos os outros entes: determinava com quem as filhas iam se casar; preparavam os filhos para assumir as suas funções no futuro, como herdeiros legítimos, ou lhes indicava a profissão (cargo público ou o bacharelado); e submetiam as esposas, que não tinham nenhum tipo de direito, apenas aos afazeres domésticos e à procriação, não lhes permitindo nenhuma participação sobre as decisões representativas da família.

Assim, o sistema patriarcal se estabelece na ordem em que os homens adultos exercem poder primário, com predominância nas lideranças políticas, na autoridade moral, nos privilégios sociais e na concentração das propriedades. No âmbito familiar, o pai/marido possui autoridade sobre as crianças e sobre as mulheres. Para a teoria sociológica, o patriarcado é produto de construções sociológicas transmitidas de geração a geração. O patriarcalismo seria, assim, uma estrutura caracterizada pela autoridade imposta, institucionalmente, do homem sobre a mulher e filhos no âmbito familiar, em outros termos, família nuclear onde o poder paterno impera (BERQUÓ, 1998).

Para Schwarcz (2019) a misoginia, responsável pela exclusão social e violência de gênero, é retratada na formação patriarcal da sociedade brasileira, que carrega três características determinantes para as raízes do autoritarismo nacional: a certeza do privilégio masculino, a banalização da violência contra mulher e a tentativa de objetificação sexual da mulher. Assim, a mulher performaria o papel de “princesa” obediente e subordinada ao marido e o homem o papel de “príncipe” ciente de seu domínio e autoridade. Vejamos a forma com que o patriarcalismo surge na decisão:

que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou sem papel passado ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Preceito, este último, que também relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. (BRASIL, 2011b, p. 652).

Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. (BRASIL, 2011b, p. 613).

Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade. (BRASIL, 2011b, p. 652-653).

A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiro. (BRASIL, 2011b, p. 613).

Assim, a decisão aponta para a necessária superação do modelo patriarcal, que ainda promove diferenciações sociais decorrentes do gênero tanto nas relações familiares, quanto naquelas estabelecidas com a rede de proteção social, identificando as alternativas de superação dessa desigualdade ao promover a transformação das relações e a emancipação das mulheres e de outras minorias, cujo fator de diferenciação decorrem, além do gênero, também da sexualidade.

### 3 REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS JURÍDICOS E SOCIAIS

Diante do fato social exposto, sem proteção jurídica, o STF exarou a decisão judicial que, em última análise, equivale a um dispositivo normativo eivado de características determinantes de atos legislativos: gerais, abstratos e cogentes.

Assim, a decisão em análise passou a ser o paradigma de reconhecimento das famílias homoafetivas no ordenamento brasileiro, desde a sua divulgação ocorrida em 14 de outubro de 2011, constante do Ementário do STF nº 26607-1 e publicada no Diário Oficial eletrônico nº 198, veiculado na mesma data. Estabelecido o marco legal do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidades familiares, passamos à análise da absorção social desta nova orientação normativa.

Reconhecidos os direitos, era preciso que as políticas estivessem referenciadas pela diversidade sexual e equidade de gênero, de acordo com as diretrizes fundamentais previstas a partir da Constituição de 1988, com mais de duas décadas de vigência. Apesar deste fio condutor se ramificar em várias legislações específicas para a ampliação do acesso aos direitos e para o enfrentamento da violência e discriminação de gênero, assistimos quadro atual de aparente retrocesso nas políticas públicas, ou seja, nas ações do governo que deveriam estar voltadas para atender as necessidades da população vulnerável.

A sociedade civil tem papel fundamental na resolução dos problemas sociais e na influência da criação de determinadas políticas públicas. A via judicial deve ser a *ultima ratio* de solução de conflitos. Ademais, a presente pesquisa demonstra que esse caminho de pacificação não altera automaticamente os valores morais arraigados na cultura e no pensamento social.

Na verdade, as ações devem ser avaliadas levando em consideração as condições potenciais de vulnerabilidade existentes em determinados contextos e as realidades sociais e individuais dos sujeitos e grupos em que estão inseridos, evitando a naturalização das vulnerabilidades que omite a dialética indivíduo-sociedade.

As inquietações que envolvem as práticas sexuais e as questões de gênero nas sociedades ocidentais, amplamente discutidas por Foucault, Butler e outros autores, como temas apensados aos problemas políticos, morais, religiosos, jurídicos e científicos, indicam que sexualidade e gênero são assuntos em evidência, que sinalizam disputas por modos de viver e valores que organizam as coletividades.

Há um destaque na sociedade para algumas concepções, ainda hegemônicas, que naturalizam e hierarquizam as práticas sexuais – elegendo a prática ou desejo heterossexual

como padrão de normalidade (heteronormatividade) – e que também essencializam e aprisionam homens e mulheres em rígidos papéis sexuais e de performances de gênero a partir de suas características biológicas.

São incontáveis as instituições contemporâneas que ainda constroem a sexualidade no modelo heterossexual. Família, escola, mídia, igreja, leis e diversas outras instâncias forçam todos os limites para a criação de indivíduos heterossexuais e heteronormativos.

O texto analisado possui natureza de decisão judicial, capaz de acarretar consequências normativas semelhantes a um dispositivo de lei, e, como tal, caracterizada por abstração e generalidade, com o intuito de gerar efetividade e concreção aos princípios constitucionais mencionados: dignidade da pessoa humana, não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual. Mas o fato é que a generalidade da decisão/norma tem como consequência inevitável a produção do apagamento das diferenças, ou seja, legitima o (fictício) universalismo da categoria “homossexuais”.

Butler (2003) já problematizou a questão do casamento gay perante a insistente heteronormatividade da sociedade contemporânea. Ao que parece, homossexuais só poderiam entrar nesta sociedade quando comprovado que também são capazes de criar uma família no modelo tradicional e com base no afeto. Portanto, a entrada da homossexualidade no ordenamento jurídico pressupõe um processo de polimento moral.

É importante lembrar que as lutas contra formas de subjugação podem produzir outras formas de subjugação. A heteronormatividade se mantém operante a partir da criação de uma norma ancorada no modelo de casamento tradicional, designando as formas socialmente mais legítimas de exercício da sexualidade não heterossexual.

Mesmo reconhecendo a essencialidade da generalidade e da abstração para a caracterização de qualquer norma social, entendemos ser importante a formulação da crítica à mencionada decisão do STF. Trata-se de formulação evidentemente universalista na análise e na conclusão, que não garante proteção plena a toda população que pretende atingir. Neste ponto, referimo-nos a proteção legal (abrangência de direitos civis) e, simultaneamente, a proteção moral, em contraposição a toda homofobia perpetrada na sociedade, que permanece latente e viva.

A partir da decisão paradigmática, a homofobia se sustenta em estratégias que os grupos subjugadores encontraram para driblar as normas e os novos paradigmas normativos de igualdade. Trata-se, pois, de discursos ideológicos que justificam a sua situação dominante sem, aparentemente, violar essas normas. Mais grave ainda, e de forma paradoxal, esses grupos têm

conseguido implantar processos discriminatórios em nome da defesa da justiça e da igualdade universais – adotando argumentos de cunho fundamentalista e religioso.

E nessa linha, durante a análise das decisões eleitas para a presente pesquisa, foram observados fenômenos relevantes, com os seguintes destaques:

1. Extensão do Acórdão: Verificamos inicialmente que o Acórdão analisado é muito mais longo (cerca de 300 laudas) do que o normal (cerca de 10) para uma lide de família. O fato revela o notável esforço argumentativo do Ministro Ayres Brito, Relator da decisão, para, legitimamente, justificar o reconhecimento de direitos civis relativos às relações de família, fundamentais aos indivíduos homossexuais, em evidente tentativa de evitar a reação social conservadora.
2. Grande esforço argumentativo: A leitura do texto revela o grande esforço argumentativo do Ministro Ayres Brito, prolator da decisão, para justificar o reconhecimento dos direitos fundamentais aos indivíduos homossexuais, de forma a transitar por diversas ciências sociais, além das ciências jurídicas, perpassando até mesmo por textos poéticos. A estranheza decorre do fato de que os fundamentos que sustentam esses direitos estão previstos no texto constitucional desde 1988.
3. Juridicização dos argumentos: Vale destacar que o julgador atribuiu contorno jurídico a quase todos os argumentos não jurídicos (decorrentes de outras ciências e outras práticas), apresentando uma aparência de normatividade, tipificando-os em padrões constitucionais de regras expressas e princípios. Assim, parece-nos que o julgador procurou dar aparência jurídica para os argumentos, “juridicizando” os fundamentos oriundos de outras fontes de conhecimento, tais como de ordem psicológica, antropológica, sociológica, humanitária e até mesmo poética. Inferimos, assim, que a aparência de caráter jurídico dos argumentos visou garantir o padrão de formalidade inerente à base positiva do ordenamento brasileiro e, por consequência, pretendeu conceder perenidade à decisão.

Dessa forma, após profundas reflexões e análises, podemos afirmar que as consequências da decisão se dividem em duas concepções: naturais e adversas.

Denomino consequências naturais aqueles efeitos jurídicos individuais imediatos da decisão, que se refletiram nas relações dos sujeitos que dela dependiam para terem seus direitos assegurados (de família, sucessórios, previdenciários, dentre outros). Como exemplo, podemos apontar o sujeito que passou a receber pensão por morte do companheiro ou que obteve direito

a meação na partilha de bens após a extinção da união, o casal que formalizou a união estável em cartório de notas, dentre tantos outros.

Ainda como consequência natural da decisão, podemos indicar a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Resolução nº 175, que passou a proibir as autoridades competentes – Tabelionato de Registro Civil de pessoas naturais – de se recusarem a habilitar e celebrar casamento civil ou converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo (CNJ, 2013). Em outras palavras, a resolução passou a autorizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, representando grande avanço social e normativo.

Por outro lado, denomino como consequências adversas os efeitos sociais perversos, contrários à causa, que fatalmente foram gerados pela decisão emanada. Parcela da sociedade civil, líderes religiosos, líderes partidários conservadores e outros grupos passaram a adotar posição de confronto e resistência às conquistas normativas alcançadas pelos membros efetivos e potenciais das famílias homoafetivas, por meio da decisão exarada.

Mas observe-se que, pela análise acurada do texto, o Ministro relator Ayres Brito pareceu antever a resistência/críticas a que estaria submetido e transpareceu sua tensão em diversos momentos. Verifica-se que as proposições acima apontadas conduzem a uma única ideia: a sociedade não compartilha de forma integral das mesmas opiniões e justificativas expostas pelo STF no que concerne à equiparação jurídica das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo.

O fato é que, apesar do esforço argumentativo do Ministro Relator Ayres Brito, a decisão do STF não foi capaz de transformar os conceitos de senso comum e os preconceitos instalados no cotidiano da sociedade brasileira contemporânea acerca das famílias e das relações entre pessoas do mesmo sexo. Ousaríamos sugerir que acarretou efeito reverso.

Schwarcz (2019) atenta para o quadro paradoxal em curso na sociedade atual, no qual novos governos autoritários têm se apresentado com a nostalgia do retorno aos “bons tempos” de valorização da família tradicional e patriarcal, porém com a seguinte contradição: em vez de afetos, distribui ódios segregativos.

No tocante à população LGBT, paralelamente aos altos índices de violência contra tal grupo, marcado pela rejeição e preconceito, assistimos a significativos avanços da participação desses atores sociais na agenda pública, com a criação de políticas públicas, de mecanismos de combate aos crimes de ódio e de programas de enfrentamento ao preconceito (SCHWARCZ, 2019). Ao mesmo tempo em que o país promove a maior Parada do Orgulho LGBT do mundo (SCHWARCZ, 2019, p. 198), demonstrando orgulho social por nossa diversidade em várias

experiências sexuais, afetivas e identitárias, a sociedade permite (e fomenta) a disseminação de crimes contra aqueles que não se enquadram no modelo heteronormativo.

Para demonstrar o paradoxo, aponto dois fatos sociais concretos, praticados por representantes do poder público, que tiveram repercussão judicial por práticas de preconceito e discriminação em face de pessoas que se relacionam com iguais biológicos. Ambos ocorreram no ano de 2019 e foram amplamente noticiados em todos os meios de comunicação. Tais fatos sinalizam a eleição de líderes nos governos que abertamente fazem associação direta entre política e conduta moral e sexual.

O primeiro fato: durante a realização da Bienal do Livro de 2019, o prefeito da cidade do Rio de Janeiro, Senhor Marcelo Crivella, determinou o recolhimento de exemplares do romance gráfico *Vingadores – A Cruzada das Crianças* (Salvat), que tem a imagem de um beijo entre dois personagens masculinos. A determinação teve como fundamento a proteção das crianças por revelar conteúdo impróprio para menores, o que atingiria as famílias: “A decisão de recolher os gibis teve apenas um objetivo: cumprir a lei e defender a família”, disse o prefeito do Rio (MARTINELLI, 2019). Em quase 40 anos de existência do evento literário, pela primeira vez houve uma ação de censura.

Com o anúncio do recolhimento dos livros, em 39 minutos, todos os exemplares foram vendidos. Os fiscais da prefeitura que foram à Bienal não identificaram os livros denominados "impróprios". O Sindicato Nacional dos Editores de Livros e a GL Events Exhibitions Ltda, empresa organizadora da Bienal do Livro, interpuseram Mandado de Segurança preventivo junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Processo nº 0056683-91.2019.8.19.0000) “a fim de garantir o pleno funcionamento do evento e o direito dos expositores de comercializar obras literárias sobre as mais diversas temáticas – como prevê a legislação brasileira” (MARTINELLI, 2019), sendo certo que o desembargador, Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes, da Quinta Câmara Cível, concedeu liminar em favor da feira, impedindo as autoridades municipais de buscar e apreender obras em função de seu conteúdo, notadamente aquelas que tratassem da temática LGBT. Segue a transcrição do dispositivo da decisão emanada:

Desta forma, concede-se a medida liminar para compelir as autoridades impetradas a se absterem de buscar e apreender obras em função do seu conteúdo, notadamente aquelas que tratam do homotranssexualismo. Concede-se a liminar, igualmente, para compelir as autoridades impetradas a se absterem de cassar a licença para a Bienal, em decorrência dos fatos veiculados neste *mandamus*. (RIO DE JANEIRO, 2019b, p. 2).

No mesmo dia, nova decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de Suspensão de Liminar (Processo nº 0056881-31.2019.8.19.0000), cassou a liminar anterior e permitiu o recolhimento de livros com temática LGBT para o público jovem e infantil que não estivessem lacrados, conforme decisão do Des. Cláudio de Mello Tavares, que transcrevemos:

Tal solução está, assinala-se, prevista em regra específica constante no diploma legal (art. 78 do ECA), sendo de direta aplicabilidade, sem necessidade de discussões calcadas em princípios, dotados de alto grau de abstração. Assim, é possível vislumbrar a plausibilidade das alegações daquele que pleiteia a suspensão - o risco de lesão à ordem pública. Configurados o manifesto interesse público e a grave lesão à ordem pública que a decisão judicial impugnada está a causar, há de ser deferido o pedido de suspensão, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/92. Frise-se, uma vez mais, que não está a Presidência antecipando entendimento a ser adotado no julgamento do recurso que porventura venha a ser interposto, nem emitindo juízo de valor a respeito da solução encontrada para o conflito. Os contornos da medida já foram delineados nas linhas acima. O que se pretende, nesta restrita via, é tão somente evitar riscos de lesão à ordem pública, o que ficou suficientemente demonstrado. Ante o exposto, DEFIRO o pedido de suspensão, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, para sustar, de imediato, os efeitos da decisão proferida pelo Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes (5ª Câmara Cível), nos autos do mandado de segurança. (RIO DE JANEIRO, 2019a, p. 3).

Assim, os Fiscais do Município retornaram aos pavilhões do evento literário para uma fiscalização à paisana, sendo certo que nada encontraram de irregular. À noite, o público da Bienal promoveu um 'beijaço' contra a ordem do Poder Executivo Municipal, de apreender livros, sob o som de gritos de palavras de ordem contra o prefeito.

Na manhã seguinte, domingo, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, requereu uma Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.248/2019, ao STF, para que a Bienal do Livro funcionasse sem o risco de “censura genérica” do governo local. Desta vez, o Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, suspendeu a decisão judicial que permitia a apreensão de livros no evento.

Em sua decisão, Toffoli acatou pedido afirmando que o “regime democrático pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias” (MARTINELLI, 2019) e adicionou que a imagem do beijo entre dois super-heróis, em *Vingadores - A Cruzada das Crianças*, não afronta o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e não justifica que as obras sejam lacradas e recolhidas. E afirmou: “De fato, a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo” (STF, 2019, não paginado).

Toffoli mencionou a jurisprudência da Corte<sup>16</sup> que confere à união civil de casais formados por pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos dos casais heterossexuais, com base

---

<sup>16</sup> Referindo-se a decisão exarada na ADI 4.277 e ADPF 132, objeto da presente pesquisa.

no princípio constitucional que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça ou cor. Vejamos o dispositivo:

Forte nestes fundamentos, tenho que a decisão de origem viola a ordem jurídica, e, no mesmo passo, a ordem pública, razão pela qual compreendo ser o caso de sua suspensão. Pelo exposto, defiro a liminar, para conceder a suspensão da decisão da Presidência do TJRJ, nos autos da Suspensão de Segurança nº 0056881-31.2019.8.19.0000, a qual havia suspenso a decisão do Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes, nos autos do mandado de segurança de mesmo número. (STF, 2019a, não paginado).

Em sede de Medida Cautelar na Reclamação nº 36.742/2019, ajuizada pela empresa organizadora, o Ministro Gilmar Mendes, em sua decisão, afirmou que a ordem da administração municipal “consubstanciou-se em verdadeiro ato de censura prévia, com o nítido objetivo de promover a patrulha do conteúdo de publicação artística” (STF, 2019b, p. 5). Além de violar a proibição constitucional a qualquer ato de censura, destacou o Ministro, a decisão do desembargador também contraria posicionamento da Corte Suprema que, nos últimos anos, tem reconhecido o direito fundamental à liberdade das múltiplas opções de orientação sexual e identidade de gênero. Ele também citou a decisão da Corte que considerou que são crimes todas as formas de homofobia e transfobia. Vejamos a decisão final:

Por todos os motivos, defiro a liminar para que seja determinada a suspensão os efeitos da decisão proferida pela autoridade coatora, impedindo-se a administração municipal de exercer qualquer tipo de fiscalização de conteúdo, ostensivamente ou à paisana, determinando ainda que: (i) abstenha-se de apreender qualquer livro exposto na Feira Bienal do Livro, e em especial a publicação “Vingadores: A Cruzada das Crianças” e (ii) abstenha-se de cassar o alvará de funcionamento da Bienal do Livro. Comunique-se com urgência a autoridade reclamada. (STF, 2019b, p. 8).

O fato repercutiu entre artistas, intelectuais e outras instituições essenciais como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Defensoria Pública, todos em oposição ao ato de censura do prefeito, que discriminou frontalmente pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero ao determinar o uso de embalagem lacrada somente para obras que tratem do tema do homossexualidade.

O segundo fato: foi editada uma Lei Distrital nº 6.160/2018, estabelecendo as diretrizes para implantação da Política Pública de Valorização da Família no Distrito Federal. Em seu artigo 2º, a norma definia como entidade familiar o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher por meio de casamento ou união estável. A expressão "entidade familiar" é repetida em diversos outros dispositivos. Vale destacar que a Lei é posterior à deliberação do STF, objeto da presente pesquisa, que reconheceu como entidade familiar as uniões homoafetivas. A decisão do STF possui a qualidade da abstração e com efeito *erga omnes*,

ou seja, se aplica genericamente a todos os sujeitos, e não poderia ser contrariada nem mesmo por ato de outro poder público.

Sendo assim, o Partido dos Trabalhadores (PT) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5.971) em face da norma distrital. Em seu voto, o Relator da ação, Ministro Alexandre de Moraes, assinalou que o artigo 2º, "ao conceituar entidade familiar, apenas reproduz, em linhas gerais, o artigo 1.723, caput, do Código Civil" (BRASIL, 2019, não paginado), e ressaltou que "o dispositivo, se interpretado no sentido de restringir o conceito de entidade familiar exclusivamente à união entre homem e mulher violará os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia" (BRASIL, 2019, não paginado).

O Ministro Alexandre de Moraes explicou que o STF, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, excluiu do dispositivo do Código Civil "qualquer interpretação que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva" (BRASIL, 2011a, 2011b). Assim, quando a norma institui diretrizes para a implantação de política pública de valorização da família no Distrito Federal, deveria levar em consideração também aquelas entidades familiares formadas por união homoafetiva. Assim, julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade e aplicou a técnica da interpretação conforme a Constituição ao dispositivo da lei do Distrito Federal.

Ora, os dois fatos descritos demonstram que o preconceito e as ortodoxias religiosas e fundamentalistas ainda permeiam a sociedade e se colocam em posições político-administrativas que ameaçam a própria democracia estabelecida na Constituição da República Federativa do país. Quando um membro do Poder Executivo municipal estabelece censura a um evento cultural que ocorre no território que executa a gestão, com fundamento odioso e preconceituoso, pautado em convicções de cunho religioso, constatamos que, embora a decisão do STF, ora apresentada, já esteja bem estabelecida no Judiciário como um todo, não teve o condão de provocar os efeitos sociais e políticos de aceitação e respeito pretendidos.

Fatalmente, discutir conjugalidades LGBT não cria nem garante exercício de direitos. Pelos fatos recentes acima expostos, verificamos que, mesmo após anos de vigência da decisão paradigmática, ainda há a ocorrência de fatos públicos e notórios, oriundos das mais diversificadas esferas de poder (*in casu*, executivo municipal e legislativo distrital), que revelam que o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas que compõem as famílias/casais homoafetivos ainda não foi absorvido pela sociedade de forma plena.

Ao contrário, estamos assistindo tomadas de decisão e atos de implantação de políticas públicas em movimento de retrocesso e cassação de conquistas de direitos individuais e sociais,

em evidentes manifestações de ignorância acerca de fatos sociais postos, oriundos do exercício de liberdades individuais, pelos afetos, desejos e relacionamentos humanos desde sempre existentes nas sociedades.

O que causa perplexidade ao estudioso social, em especial aquele que possui conhecimentos na área do Direito Constitucional, é o caminho de regresso que se tem despontado na contemporaneidade no que tange ao reconhecimento de direitos e liberdades individuais. Explico: alcançadas conquistas por determinados grupos sociais minoritários, poder-se-ia imaginar que a projeção é de estabilização ou mais avanços no reconhecimento e na eficácia dos direitos. Não!

Segundo Lenza (2009), em uma realidade de Estado Social de Direito, estabelece-se um comportamento positivo para a implantação de direitos sociais, cuja orientação deve gerar reflexos na condução de políticas públicas, na criação de normas e na solução de conflitos pelo Judiciário. Nesse contexto, deve ser observado o princípio (implícito) da vedação ao retrocesso, segundo o qual, uma vez concretizado um direito, é vedado ao Poder Público reduzi-lo ou esvaziá-lo. Assim, nem mesmo uma alteração na lei ou uma emenda à Constituição poderia acarretar prejuízos aos direitos já consagrados. Neste mesmo sentido, Canotilho (2013) esclarece:

o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo (CANOTILHO, 2013, p. 468).

Pela mesma razão e lógica, o direito à liberdade sexual e o direito a ter sua família reconhecida juridicamente é uma conquista social que proporcionou aos indivíduos uma garantia institucional e um direito subjetivo com todos os instrumentos judiciais inerentes. Dessa forma, do ponto de vista jurídico, a referida conquista é irreversível.

Ocorre que é contemporâneo e concreto o movimento de (tentativa de) exclusão de reconhecimento de direitos conquistados, além de perseguições, discursos preconceituosos e de ódio, dentre outras práticas oriundas de interlocutores, privados e públicos, sem nenhuma fundamentação legítima.

É como se todo o esforço argumentativo do Relator da ADI 4.277 e da ADPF 132 tivesse sido capaz de antever os possíveis retrocessos e, por esta razão, houvesse investido toda

dedicação nas extensas 270 páginas de fundamentação do *decisium*, a fim de garantir sua perenidade na sociedade contemporânea, que silenciosamente mostrava trações de retrocesso.

Assim, considerando que a decisão do STF foi exarada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cujos limites subjetivos são *erga omnes*, é dever de todo juiz aplicar a decisão, a fim de evitar práticas discriminatórias fundadas no silêncio da lei, garantindo o exercício do direito personalíssimo à orientação sexual. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas entidades familiares, conduziram a imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que se forma por vias distintas do Casamento Civil – ADI 4.277 (BRASIL, 2011b). O regramento se fortaleceu com o aval do CNJ e sua Resolução nº 175, que, como já dito, passou a proibir as autoridades competentes de se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Reitere-se que discutir conjugalidades LGBT não cria realidades por si só, mas põe em pauta situações que precisam ser vistas em sua particularidade e serem reconhecidas como fenômeno social típico das sociedades contemporâneas. A discussão a partir do lugar de fala do Tribunal Constitucional eleva o debate a outro patamar de circulação de ideias, torna a questão publicamente visível, legitima a produção de resultados concretos na vida das pessoas e impõe a mudança das práticas sociais.

Na verdade, a questão que interessa às ciências sociais como um todo refere-se à dúvida se essas decisões tem o condão de contribuir para a diminuição do preconceito e da exclusão social. Talvez, diante de normas que proíbem a discriminação, os grupos majoritários desenvolvam estratégias ideológicas que perpetuem as práticas discriminatórias de uma forma mais encoberta.

O ideal seria que o combate ao preconceito fosse elemento pacífico da sociedade, com plena aceitação dos fatos sociais de diferenciação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Mas não é simples. Por isso a necessidade de trazer à reflexão a noção de agência.

Mahmood (2006), ao dissertar sobre tema eminentemente relacionado à teoria feminista, inaugurou compreensão particular sobre a noção de agência humana, segundo o qual trata-se “de entendimento que procura situar a autonomia moral e política do sujeito em relação ao ‘poder’” (p. 138). A autora sugere a reflexão de agência, não reduzida a ideia de resistência em relações de dominação, mas como uma capacidade de agir “criada e propiciada pelas relações concretas de subordinação historicamente configuradas” (p. 139). Tal conceito foi embasado na teoria pós-estruturalista da formação do sujeito; apesar disso, ambas não se fundem

especificamente nas ideias de subversão e ressignificação de normas hegemônicas, em função dos seus interesses e agendas.

Em verdade, entendemos a agência como a potencial capacidade de ação do sujeito subjugado que, ultrapassando com êxito a fase de resistência, estabelece o fortalecimento da sua autodeterminação, exercitando com eficácia a sua liberdade e autonomia plenas.

Não é demais lembrar que desde os anos 1960 e 1970, com a revolução sexual, a vida de heterossexuais tornou-se mais próxima aos modos de vida usualmente atribuídos a homossexuais. Ser heterossexual já não significa engajar-se, ainda jovem, em um relacionamento monogâmico sancionado pelo Estado e caracterizado pela presença de filhos, nitidamente delimitado pelo amor romântico e com duração para toda vida. Em vez disso, há uma série de relações íntimas que podem ou não acompanhar a retórica do amor: do sexo casual anônimo, passando pelo poliamor.

O próprio conceito de família utilizado na Psicologia contemporânea é mais abrangente, afastando-se do modelo baseado apenas em parentesco, consanguinidade, coabitação ou afetividade: “família é um sistema que opera através de padrões transacionais, isto é, de regras oriundas das interações repetidas entre os indivíduos” (MINUCHIN, 1982 apud MELO *et al.*, 2005). Então, como é que o amor romântico, uma ideia que o movimento LGBT no passado ajudou a desmitificar, torna-se apelo desse grupo ao Estado?

Na verdade, a luta em torno da formalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo não é um ponto pacífico no movimento LGBT. Ela contrapõe dois lados de um movimento: o que busca modificar a estrutura da sociedade a partir de suas experiências e o que luta para aceitação a qualquer custo. O primeiro segmento opõe-se à ideia de casamento em moldes heterossexuais como uma solução, lutando pela institucionalização de outras formas de relação. Já o segundo, almeja o reconhecimento dos direitos já garantidos a heterossexuais, como o do casamento.

Reitere-se que o emprego do neologismo homoafetividade tem relação com a facilidade de sua aceitação e conseguinte redução do preconceito, uma vez que tal construção excluiria caracteres vinculados ao estereótipo da homossexualidade. A retórica das desigualdades de direitos apresenta os afetos como motor da ação social. O fato é que discursos de formas eufemísticas, revestidas de um senso de politicamente correto, são adotados para nos referirmos a fenômenos que disparam preconceitos. O uso da expressão homoafetividade sugere que esse tipo de relação ainda não adquiriu plena cidadania. De nada adianta a mudança terminológica se não é acompanhada de transformação na estrutura que não permite que certas coisas sejam ditas. Pensar que a ação política (a que rearranja as estruturas sociais) é um mero manejo de

palavras é, no mínimo, ingênuo. Tomamos como exemplo a escassez de referências à noção de heteroafetividade. O contraponto à homoafetividade, no senso comum, é a heterossexualidade e não a heteroafetividade.

Neste ponto, parece pertinente a ideia dos processos de ancoragem e objetivação, descritos por Moscovici (2003), como geradores de representações sociais. O primeiro mecanismo busca ancorar ideias novas e, portanto, estranhas, à categorias comuns, gerando certo grau de familiaridade. A objetivação transforma uma ideia inicialmente abstrata em um elemento mais tangível, concreto, de modo que o pensamento exista no mundo físico.

Assim, para o autor, esses mecanismos transformam algo não familiar em familiar, localizando-o na esfera particular do sujeito, que poderia compreender, interpretar e, ainda, reproduzir a ideia no mundo dos fatos, tornando-a palpável.

Os valores que permeiam as relações de família constituem representações sociais cuja solidez é manifesta. É natural que a sociedade resista aos movimentos de alteração desses saberes de senso comum, que foram intrinsecamente influenciados pelos processos históricos e culturais, conforme já apresentado anteriormente.

O processo de ancoragem pressupõe a existência de um objeto de natureza estranha, não familiar, que gere um incômodo, um sentimento perturbador à sociedade. Assim, de forma espontânea, o pensamento busca nas categorias particulares um paradigma conhecido para adequar a ideia. Nas palavras de Moscovici (2003, p. 61), “é quase como que ancorar o bote perdido em um dos boxes (pontos sinalizadores) de nosso espaço social”. Ainda que permaneçam diferenças entre a ideia inicialmente desconhecida e o paradigma utilizado, o sujeito fixa a transferência de compreensão de forma a garantir o mínimo de coerência para afastar o sentimento de desconforto e de ameaça.

Este parece ter sido o processo de ancoragem utilizado, instintivamente, pelo Ministro Ayres Brito, ao buscar um paradigma de família (união estável prevista no Código civil para casais heterossexuais) para gerar coerência e conforto às práticas relacionais entre pessoas do mesmo sexo. Essa adequação tende a reduzir a resistência e o distanciamento gerado pelo desconhecido, afastando a incapacidade de compreensão coerente.

Mantenho a análise crítica: estabelecer um box de ancoragem para as denominadas famílias homoafetivas não garante a legitimidade da liberdade sexual de todos os membros das minorias sexuais. Apenas encaixa o desconhecido em um modelo concebido e assimilado pela cultura e pelo saber social.

Por essa razão, as lutas dos movimentos sociais permanecem ativas. Tal qual ocorreu nos movimentos feministas, a agência de integrantes de famílias formadas por pessoas do

mesmo sexo deve passar pela inevitável complexificação e ampliação dos debates que envolvem as famílias homoafetivas, no contexto dessa sociedade patriarcal, heteronormativa e que vem revelando ser de grande maioria conservadora. Não basta a submissão à heteronormatividade. Ou seja, o estabelecimento de mais uma categoria de família socialmente aceita sem, contudo, estabelecer a plena liberdade no exercício do direito constitucional ao planejamento familiar (corolário da intimidade e da dignidade da pessoa humana).

Tal agência terá o condão de transformar a nova ordem posta, que, apesar dos avanços, ainda não retrata todas as hipóteses dos sujeitos afetados, mantendo em si as estruturas de poder patriarcal e heteronormativo, fundado na reprodução e nos modelos de família ditos tradicionais.

Ainda segundo os ensinamentos de Mahmood (2006), neste ponto, a agência deve ser compreendida como a capacidade de cada pessoa para realizar seus próprios interesses individuais em oposição ao peso da cultura, do costume, da tradição, dos obstáculos de ordem individual e coletiva. O substrato do sujeito é formado pelo objetivo humano de exercer sua autonomia de vontade e expressar suas potencialidades e capacidades individuais, que se revelam em atos de resistência quando as condições externas exigem ou apenas permitem.

Outra questão que também pode ser trazida à discussão é a universalidade humana no desejo de ser livre das relações de subordinação, que ousamos transportar para o desejo de ser livre das relações de preconceito e exclusão social.

Assim, a agência funcionaria como um diagnóstico da condição social (leia-se representações sociais, homofobia, preconceitos, exclusões) atual das famílias homoafetivas e, simultaneamente, uma diretiva para a mudança de situação daqueles que ainda se encontram à margem da aceitação social (MAHMOOD, 2006). Nesse contexto, os avanços normativos (*lato sensu*) no âmbito de Direito de Família representam condições de relativa liberdade aos integrantes da fictícia categoria “homossexuais”, possibilitando colocar em prática objetivos e interesses autodefinidos.

O liberalismo estabelece duas facetas da liberdade: a negativa, relacionada à ausência de obstáculos para o exercício da opção desejada, seja pelo Estado ou por particulares; e a positiva, relacionada à capacidade de exercer uma vontade autônoma em contraposição à vontade dos outros, calcada nos costumes e na tradição.

Enfim, se a capacidade de provocar a mudança no mundo e em si próprio é historicamente definida, o significado de agência não pode ser definido de antemão, uma vez que depende da análise dos modos de ser concretos, dos papéis sociais e contextos históricos.

Parece-nos relevante trazer à baila as discussões cunhadas por Moutinho (2014) no que concerne à implementação de políticas públicas, diante do fato de que muitas reflexões acerca da produção da diferença e da análise da desigualdade social vêm investindo na articulação entre os chamados “marcadores sociais da diferença”.

No cenário de debates sobre direitos diferenciados, políticas de reconhecimento, da produção de sensibilidades e da resignificação de formas de exclusão, a autora destaca a interseção entre raça, nação, sexualidade e gênero. E assim, bem elabora a forma como um certo conjunto de marcadores da diferença vem sendo agenciado em políticas públicas.

Dessa forma, Moutinho (2014, p. 203) questiona: “Como nos tornamos ‘nós’? Como nos tornamos ‘eles’? Como alguns se tornam ‘nós’ e outros ‘eles’? Ou, talvez a melhor maneira de formular essa pergunta seja: de que modo os dispositivos de poder produzem a diferença entre o ‘nós’ e ‘eles’?”. A reflexão é ampla e parece não ter conclusão fechada. Mas alguns de seus elementos se destacam: a sobreposição de exclusões sem uma hipótese que articule os diferentes marcadores; o desconforto na inclusão dos diferenciais de gênero e de sexualidade e de seus entrecruzamentos nas discussões; e a inserção da categoria tempo na construção da desigualdade social.

Não se pode destacar a umbilical relação entre agência e a formulação/execução de políticas públicas. Os movimentos de transformação social se iniciam na percepção individual da diferença, mas se desenvolvem na autodeterminação de atos, na agregação de ideias, na resistência, na complexificação dos discursos e na busca por liberdade. Mas, se a capacidade de agir é apenas potencial e se a sociedade não se autorregula, cabe ao Estado planejar e implementar políticas públicas que garantam o pleno exercício da dignidade humana por todos os membros da sociedade.

Apesar de as relações entre pessoas do mesmo sexo não ser crime no Brasil e de a Constituição Federal garantir a igualdade de gênero e normas protetivas à mulher, Schwarcz (2019) reconhece que existe uma verdadeira lacuna temporal entre as práticas sociais e as mudanças culturais, o que significa que ainda houve capacidade de produzir legislações capazes de proteger essa parte da população brasileira.

Para a Schwarcz (2019), somente a soma de educação, proteção, inclusão e autonomia podem garantir a essa parcela da população a cidadania plena. As minorias sociais que não se enquadram nas normas e padrões da família tradicional são as mais atingidas pelos discursos que transformam as realidades de gênero em simples ideologia a ser combatida. A regra normativa e moral tem naturalizado e tornado invisível as violências contra a população LGBT, atentando contra a democracia e o direito à diferença. E conclui autora:

Mostra a história que, quanto mais autoritários são os regimes políticos, maiores são as tendências para que se intensifiquem as tentativas de controle das sexualidades, dos corpos e da própria diversidade. [...]

Não obstante, a seletividade dos casos que merecem justiça, o silêncio público diante da criminalidade de grupos de identidade específicos, representam uma mostra de como a violência no Brasil e o combate a ela têm não só cor, geração e classe social mas também sexo e gênero. (SCHWARCZ, 2019, p.104).

Jovchelovith (2000), ao tratar de representações sociais e esfera pública, afirma que a realidade imediata desta última no Brasil revela corrupção, violência, nepotismo, clientelismo e desigualdade e ainda demonstra uma lacuna entre os direitos constitucionais e o cotidiano, tornando a cidadania um objeto de retórica vazia. A autora apresenta o campo representacional acerca da identidade nacional (ser brasileiro), expondo a relação causal entre as misturas de etnias e os problemas da vida social brasileira. Tais explicações permanecem no imaginário popular, em especial quanto aos saberes ligados à esfera pública, de modo que a avaliação dos limites e possibilidades da vida pública sejam viáveis por meio dos saberes sociais produzidos pela nossa cultura e para entender que o senso comum é revelador dos modos de vida da sociedade.

Para Jovchelovith (2000), o Brasil ainda não desenvolveu completamente uma esfera pública, visto que o autoritarismo conduz ao fato que o direito de alguns constitui a carência de muitos e a lei não é capaz de proteger os cidadãos, sendo a cidadania uma noção apenas abstrata no discurso de políticos. A esfera pública brasileira é uma aspiração, um projeto:

Isso, para ser exato, não significa que a esfera pública no Brasil seja simplesmente um espaço vazio. Mas, dada a disjunção entre um código constitucional explícito e escrito, e um código de práticas implícito, não escrito e largamente aceito em relação à esfera pública, a representação simbólica desta disjunção se torna crucial. No Brasil, o público torna-se uma questão pessoal como resultado de uma rede de relações pessoais que terminam por construir a ordem pública, mas também como um meio que a comunidade encontra para proteger-se de sua própria liminaridade. (JOVCHELOVITH, 2000, p. 185).

Assim, as representações sociais sobre a esfera pública se constroem sobre imperativos culturais e históricos, revelando grandes atravessamentos na definição do público e do privado, na dimensão de rua e casa. A vida pública, controlada por forças impessoais, governo e destino, e a vida privada, que demanda espaços singulares para acomodação de necessidades pessoais, não são domínios separados, mas interseccionados.

E é este vínculo entre pessoal e público que tem gerado muitos debates no Brasil contemporâneo, uma vez que limita de forma severa a qualidade da vida pública brasileira. Para a maioria das pessoas sem acesso a extensas redes de relações pessoais, esta realidade significa

a existência de uma lei impessoal, produzidas por pessoas a quem a mesma lei nunca se aplica. No ditado popular: “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”.

Nesse cenário, as minorias sexuais no Brasil permanecem em luta pela sobrevivência, conscientes da ambivalência das leis. Segundo Jovchelovith (2000), as tentativas de estabelecer vínculos entre os males da sociedade atual e os males de um povo híbrido acarretam a conclusão lógica dos discursos de purificação, de separação e de exclusão para solução dos problemas sociais, em permanente reforço de modelos branqueadores, heteronormativos e patriarcais.

## CONCLUSÃO

Com o presente trabalho procuramos contribuir para as discussões envolvendo a dimensão social e jurídica das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. Em uma complexa avaliação interdisciplinar, pudemos demonstrar que as implicações sociais da questão transbordam os limites das ciências jurídicas.

Assim, depois de tratar a família sob a ótica das ciências humanas e sociais, apresentamos a abordagem como um instituto também jurídico, sem descuidar da visão crítica sobre as tensões sociais estabelecidas entre a pluralidade dos fatos que envolvem as formações familiares na sociedade contemporânea e a rigidez das normas jurídicas de Direito de Família, necessária para garantir a segurança jurídica.

Realizamos um verdadeiro mergulho interdisciplinar no curso da análise de conteúdo do Acórdão exarado pelo STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, que reconheceram a igualdade de direitos civis a membros de famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. Apresentamos as nuances do STF no sistema jurídico brasileiro, destacando sua função típica jurisdicional, além do exercício extraordinário de atividade atípica legislativa nas hipóteses de omissão legislativa do Congresso Nacional. E depois de esclarecer a metodologia adotada, expomos a análise das categorias de classificação do texto e as respectivas impressões interdisciplinares, com ênfase nos aspectos psicossociais.

Ao final, apresentamos conclusões sobre os efeitos jurídicos e sociais decorrentes da decisão analisada, trazendo abordagem reflexiva e crítica, além de fatos contemporâneos que comprovam a hipótese.

Concluimos, portanto, que a decisão analisada reconheceu que a igualdade pressupõe o direito a ser diferente, à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana, sob o enfoque que a isonomia entre casais heteroafetivos e homoafetivos só tem sentido se alcançar igual direito subjetivo à formação de uma família autonomizada.

Com efeito, a sexualidade não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, restando rechaçado do ordenamento práticas de preconceito e discriminação, por ser um dos objetivos fundamentais da República, motivo da própria existência do Estado, que é promover o bem de todos.

Assim, a pesquisa pretendeu colaborar com o mapeamento de avanços e retrocessos, permanências e transformações e das contradições produzidas nesse campo da sexualidade e gênero, nas formações familiares, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, apontando para o fato que a força normativa da decisão analisada parece não ter efetivado a alteração das representações sociais da sociedade brasileira acerca das famílias homoafetivas e suas implicações jurídicas e sociais de forma suficiente.

Concluimos que qualquer distinção que se pretenda estabelecer entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia, uma vez que demonstrado que não há qualquer argumento legítimo ou razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente proibidos pela Constituição.

Ora, o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito.

Pensar a família no contexto das relações amorosas estáveis entre iguais biológicos talvez seja a oportunidade singular para compreensão dos limites e possibilidades da construção de uma família plural, dessencializada de qualquer determinação “naturalizante”, em que a diversidade de formas possíveis de estruturação dos vínculos tenha como substrato comum a criação de condições que assegurem o bem-estar físico e emocional dos seres humanos em interação, independentemente da reprodução biológica.

Lamentavelmente, apesar de todos os fundamentos jurídicos, conforme se demonstrou, o reconhecimento jurídico não permeou com força suficiente no tecido social a fim da plena conquista moral e social, que ainda são passíveis de polêmicas e questionamentos.

## REFERÊNCIAS

- AGUIÃO, S. “Não somos um simples conjunto de letrinhas”: disputas internas e (re)arranjos da política “LGBT”. *Cadernos Pagu*, n. 46, p. 279-310, jan./abr. 2016.
- AGUIAR, R. P. Noção de Subjetividade na Perspectiva da Psicologia Social. *Psicologado*, ed. 2, fev. 2015. Disponível em: <https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-social/nocao-de-subjetividade-na-perspectiva-da-psicologia-social>. Acesso em: 7 mar. 2020.
- ALEXY, R. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. São Paulo : Landy, 2005.
- ARIÈS, P. *A história social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro : LTC, 1981.
- ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios*. 16. ed. São Paulo : Malheiros, 2015.
- AVRITZER, L. *A moralidade da Democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo : Perspectiva, 2012.
- BARDIN, L. *Análise de Conteúdo*. Tradução de Luiz Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo : Ed. 70, 2016.
- BARROSO, L. R. Diferentes mais iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 17, jan./jun. 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso\\_\(Diferentes\\_mas\\_iguais\\_o\\_reconhecimento\\_juridico\\_das\\_relacoes\\_homoafetivas\\_no\\_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf). Acesso em: 24 fev. 2020.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776>. Acesso em: 8 mar. 2020.
- \_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Ed. 70, 2017.
- BAUMAN, Z. (1925). *O mal-estar da Pós-Modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Vida para consumo : a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERQUÓ, E. A família no século XXI : um enfoque demográfico. *RBEP*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 1-16, jul./dez. 1989. Disponível em: [https://www.rebep.org.br/revista/article/view/554/pdf\\_528](https://www.rebep.org.br/revista/article/view/554/pdf_528). Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Arranjos familiares no Brasil : uma visão demográfica. In: NOVAIS, F. (Org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo : Cia. das Letras, 1998. V. 4.

BOCK, A. M. B. A Psicologia sócio-histórica : uma perspectiva crítica em Psicologia. In: BOCK, A. M. B. ; GONÇALVES, M. G. G. ; FURTADO, O. (Orgs.). *Psicologia sócio-histórica : uma perspectiva crítica em Psicologia*. São Paulo : Cortez, 2001. p. 15-35.

BRAH, A. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, n. 26, p. 329-365, jan./jun. 2006.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 3 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 1977a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm). Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 3 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 3 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 3 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 3 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 3 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890. *Coleção de Leis do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1890a. V. 1, fasc. VI. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-504276-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. *Coleção de Leis do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1890b. V. 1, fasc. I, p. 168. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861. *Coleção de Leis do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1861. V. 1, pt. I, p. 21. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>. Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 dez. 1977b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm). Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 198, p. 611-880, 14 out. 2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.971/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de setembro de 2019. *Supremo Tribunal Federal*, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 198, p. 611-880, 14 out. 2011b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 22 fev. 2020.

BUTLER, J. *Problemas de Gênero : feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico/CNJ*, n. 89, 15 maio 2013. p. 2. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_175\\_14052013\\_16052013105518.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf). Acesso em: 18 mar. 2020.

CNS – CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 510, de 7 de abril de 2016. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 98, 24 maio 2016. p. 44-46. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 12, 13 jun. 2013. p. 59. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

COSTA, A. B.; NARDI, H. C. O casamento “homoafetivo” e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 137-150, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v23n1/0104-026X-ref-23-01-00137.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

COSTA, J. F. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro : Graal, 1989.

\_\_\_\_\_. *A Inocência e o vício : ensaios sobre homoerotismo*. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1992.

COSTA, M. H.; CARNEIRO, G. Do corpo disciplinado ao corpo da hodiernidade : pistas e indícios para o debate. In: NOVAES, J. V.; VILHENA, J. *O que pode um Corpo?* Rio de Janeiro : Appris, 2019. p. 2-20.

CRENSHAW, K. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, p. 171-188, jan./jun. 2002.

- DEBORD, G. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro : Contraponto, 2016.
- DELEUZE, G. *Conversações*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1998.
- DIAS, M. B. *Manual de direitos das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro : direito de família*. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. V. 5.
- ECO, U. *Cinco escritos morais*. Tradução de Eliana Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro : Record, 1998.
- ESPINOSA, B. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte : Autêntica, 2008.
- FACHINI, R. *Sopa de Letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro : Garamond, 2005.
- FOUCAULT, M. *Nascimento da Biopolítica : curso dado no Collège de France (1978/1979)*. São Paulo : Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A história da Sexualidade I : a vontade de saber*. Rio de Janeiro : Graal, 2001a.
- \_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Meio Machado e Eduardo Jardim Moraes. 2. ed. Rio de Janeiro : Pontifícia Universidade Católica, 2001b.
- \_\_\_\_\_. *Vigiar e punir : a história da violência nas prisões*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro : Graal, 1979.
- FRANÇA, F. G. Foucault, o Direito e a norma: apontamentos para uma reflexão sobre o saber jurídico. *Revista Publius*, v. 1, n. 1, p. 1-18, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rpublius/article/view/3283/4309>. Acesso em: 13 jan. 2020.
- FREYRE, G. *Casa-grande & senzala*. 42. ed. Rio de Janeiro : Record, 2001.
- FONSECA, M. A. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo : Max Limonade, 2002.
- GARCIA, M. R. V. *et al.* “Não podemos falhar” : a busca pela normalidade em famílias homoparentais. In: GROSSI, M.; UZIEL, A. P.; MELLO, L. (Org.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007. p. 277-299. (Coleção: sexualidade, gênero e sociedade.).
- GEMAA. Desenvolvido pelo Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Apresenta informações gerais sobre o grupo. Disponível em: <http://gema.iesp.uerj.br/>. Acesso em: 7 mar. 2020.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2006. V. VI: Direito de família.

GUIMARÃES, C. D. *O homossexual visto por entendidos*. Rio de Janeiro : Garamond, 2004.

GUIMARÃES, F. B. *Feminismo e lideranças populares : a formação identitária de conselheiras nacionais dos direitos da mulher*. 2018. 116 f. Dissertação (Mestrado em Processos de Desenvolvimento Humano e Saúde) – Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, 2018. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/32492/1/2018\\_FernandaBaldoGuimar%C3%A3es.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/32492/1/2018_FernandaBaldoGuimar%C3%A3es.pdf). Acesso em: 14 mar. 2020.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição* (Die normative Kraft der Verfassung). Porto Alegre : Fabris, 1991.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas do Registro Civil*. SIDRA, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=div%C3%B3rcio>. Acesso em: 10 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Taxa de Fecundidade Total – 2000 a 2015*. Projeção da População do Brasil, 2013. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>. Acesso em: 10 mar. 2020.

JACQUES, M. G. C. Identidade. In: STREY, M. N. *et al. Psicologia social contemporânea*. Petrópolis, RJ : Vozes, 1998. p. 159-167.

JESUS, P. B. Considerações acerca da noção de afeto em Espinosa. *Cadernos Espinosanos*, n. 33, p. 161-190, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2447-9012.espinosa.2015.105572>. Acesso em: 8 mar. 2020.

JOVCHELOVITH, S. *Representações Sociais e Esfera Pública : a construção simbólica dos espaços públicos no Brasil*. Petrópolis, RJ : Vozes, 2000.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1991.

LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009.

LAURENTI, C.; BARROS, M. N. F. Identidade : questões conceituais e contextuais. *Rev. Psicol. Soc. Instituc.*, v. 2, n. 1, não paginado, jun. 2000. Disponível em: <http://www.robertexto.com/archivo7/identidade.htm>. Acesso em: 7 mar. 2020.

LEITE, E. O. *Famílias monoparentais : a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

LENZA, P. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

MADALENO, R. H. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre : Livr. do Advogado, 2000.

MAHMOOD, S. Teoria feminista, agência e sujeito liberatório : algumas reflexões sobre o revivalismo islâmico no Egito. *Etnográfica*, Lisboa, v. 10, n. 1, p. 121-158, maio 2006. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0873-65612006000100007](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65612006000100007). Acesso em: 13 mar. 2020.

MARTINELLI, A. 16 pontos para entender ação de Crivella contra livros LGBT na Bienal do Rio. *Huffpost*, 9 abr. 2019. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/entry/crivella-livro-lgbt-bienal\\_br\\_5d76afcb4b0752102312e3a](https://www.huffpostbrasil.com/entry/crivella-livro-lgbt-bienal_br_5d76afcb4b0752102312e3a). Acesso em: 20 mar. 2020.

MARTINS, S. M. Ativismo judicial: tudo o que você precisa saber. *Blog da Aurum*. Aurum, 26 ago. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

MELLO FILHO, J. C. *Notas sobre o Supremo Tribunal* (Império e República). 4. ed. Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2014.

MELLO, L. *et al.* Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. *Cadernos de Pagu*, Campinas, n. 39, p. 403-429, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332012000200014>. Acesso em: 25 fev. 2020.

MELLO, L. *Novas Famílias : conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro : Garamond, 2005.

MELO, M. C. *et al.* A família e o processo de adoecer de câncer bucal. *Psicol. Estud.*, Maringá, v. 10, n. 3, set./dez. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-73722005000300009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722005000300009). Acesso em: 20 mar. 2020.

MENDES, G. F.; MARTINS, I. G. S. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

MORAES, G. P. *Direito Constitucional : teoria da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 2006.

MORIN, E. *A cabeça bem-feita : repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 23. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2017.

MOSCOVICI, S. *Psicologia das minorias ativas*. Petrópolis, RJ : Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Representações Sociais: investigações em Psicologia Social*. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis, RJ : Vozes, 2003.

MOUTINHO, L. Diferenças e desigualdades negociadas: raça, sexualidade e gênero em produções acadêmicas recentes. *Cadernos Pagu*, n. 42, p. 201-248, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n42/0104-8333-cpa-42-00201.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

NASSER, Y. B. D' A. N. A identidade corpo-psique na psicologia analítica. *Estud. pesqui. psicol.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 325-338, maio/ago. 2010. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-42812010000200003](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812010000200003). Acesso em: 23 fev. 2020.

NOGUEIRA, M. B. A Família: conceito e evolução histórica e sua importância. *BuscaLegis*, UFSC, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

PAIVA, A. C. S. Reserva e invisibilidade : a construção da homoconjugalidade numa perspectiva micropolítica. In: GROSSI, M.; UZIEL, A. P.; MELLO, L. (Org.). *Conjugalidades, Parentalidades e Identidades Lésbicas, Gays e Travestis*. Rio de Janeiro : Garamond Universitária, 2007. p. 23-46. (Coleção: sexualidade, gênero e sociedade).

PAREDES, E. C.; JODELET, D. (Org.). *Pensamento Mítico e Representações Sociais*. Cuiabá : EdUFMT/FAPEMAT/EdIUNI, 2009. (Educação e Psicologia, v. 13).

PEIXINHO, M. M. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2003.

PEREIRA, R. C. *Direito de Família : uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

PERON, I. Silas Malafaia organiza manifestação contra o casamento gay em Brasília. *Estadão*, São Paulo, 16 abr. 2013. Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,silas-malafaia-organiza-manifestacao-contrao-casamento-gay-em-brasilia,1021737>. Acesso em: 13 mar. 2020.

PISCITELLI, A. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e cultura*, Goiânia, v. 11, n. 2, p. 263-274, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistas.ufg.br/index.php/fchf/article/view/5247/4295>. Acesso em: 13 mar. 2020.

RAMOS FILHA, I. G. S. *Paternidade socioafetiva e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. 2008. 55 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Centro de Ensino Superior do Amapá, Macapá, 2008. Disponível em: <https://www.mpam.mp.br/attachments/article/2613/Paternidade%20socioafetiva%20e%20a%20impossibilidade%20de%20sua%20desconstitui%C3%A7%C3%A3o%20posterior.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

REALE, M. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

RIO DE JANEIRO (Estado). Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Suspensão n° n° 0056881-31.2019.8.19.0000. Presidência do Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro, 7 de setembro de 2019a. *PJERJ*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6669228>. Acesso em: 18 mar. 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança n ° 0056683-91.2019.8.19.0000. Quinta Câmara Cível. Rio de Janeiro, 6 de setembro de 2019b. *PJERJ*. Disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190907-01.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

RIOS, R. R. Para um direito democrático da sexualidade. *Horiz. antropol.*, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-71832006000200004>. Acesso em: 23 fev. 2020.

SÁ, C. P. *Estudos de Psicologia Social: história, comportamento, representações e memória*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre : Livr. do Advogado, 2012.

SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

SCHWARCZ, L. M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo : Cia das Letras, 2019.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sobre o STF. *Histórico*. Secretaria de Documentação, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 7 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar: MC SL 1248 RJ – Rio de Janeiro. Requerente: Ministério Público Federal. Brasília, 8 de setembro de 2019. Supremo Tribunal Federal. *Jusbrasil*. 2019a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/755469657/medida-cautelar-na-suspensao-de-liminar-mc-sl-1248-rj-rio-de-janeiro>. Acesso em: 18 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Reclamação 36.742 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 8 de setembro de 2019. *Supremo Tribunal Federal*, 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl36742.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

TEPEDINO, G. *A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil : constitucional brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004. (Temas de Direito Civil).

UZIEL, A. P. *Família e homossexualidade : velhas questões, novos problemas*. 2002. 264 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – IFCH, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002. Disponível em: [http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/280718/1/Uziel\\_AnnaPaula\\_D.pdf](http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/280718/1/Uziel_AnnaPaula_D.pdf). Acesso em: 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Homossexualidades e formação familiar no Brasil contemporâneo. *Rev. latinoam. estud. fam.*, v. 1, p. 104-115, jan./dez. 2009. Disponível em: [http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef1\\_6.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef1_6.pdf). Acesso em: 22 fev. 2020.

VENOSA, S. S. *Direito civil : direito de família*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2003. v. 6.

VIANA, M. A. S. *Direito Civil, Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998.

WALD, A. *O novo direito de família*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

WILDE, O. *Obra Completa*. Organizada, traduzida e anotada por Oscar Mendes. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986.

APA – AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual de Diagnóstico e Estatística de Doenças Mentais: DSM 5*. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento *et al.* Porto Alegre : Artmed, 2014.

SIBÍLIA, P. *O homem pós-orgânico : a alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais*. Rio de Janeiro : Contraponto, 2015.

## APÊNDICE A – Cartazes produzidos durante a pesquisa

Figura 1 – Classificação de argumentos

**Supremo Tribunal Federal**

**ADI n. 4.277/DF**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 Distrito Federal**

RELATOR: **Min. Ayres Britto**  
REPTA: **Procuradora-Geral da República**

**ACÓRDÃO**

Visos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da única hipótese heterolegativa, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas tapigráficas. Votos o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

**ADPF n. 132/RJ**

**AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 Rio de Janeiro**

RELATOR: **Min. Ayres Britto**  
REPTA: **Governador do Estado do Rio de Janeiro**

**ACÓRDÃO**

Visos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da única hipótese heterolegativa, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas tapigráficas. Votos o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

**CATEGORIAS DE ARGUMENTOS**

1. Argumentos jurídicos
  - 1.1 Direito Constitucional
  - 1.2 Legislação Infraconstitucional (Direito Civil, eleitoral, previdenciário, outros)
  - 1.3 Ação afirmativa/inclusão social
2. Argumentos psicológicos
  - 2.1. Das partes
  - 2.2 De terceiros (filhos, parentes, outros)
3. Argumentos morais
  - 3.1 Interditos
  - 3.2 Afetos
  - 3.3 Sexualidade/gênero
  - 3.4 Homossexualidade/homoafetividade
4. Espectros culturais/simbólicos
  - 4.1 Características socioculturais brasileiras
  - 4.2 Preconceito/discriminação
  - 4.3 Reflexos do modelo patriarcal







Figura 8 – Argumentos morais/Sexualidade e gênero

### 3. Argumentos morais

#### 3.3 Sexualidade/gênero

**3.3 Sexualidade/gênero**

For a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por associação. Até porque, recomendar, nesse momento terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Oliveira

33. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie humana da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural.

**4. UNIÃO ESTÁVEL, NORMATIVA CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA.**

embarço de, num só artigo parágrafo 8º do art. 183, refere-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim, adota forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo lar masculino e feminino, como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração os valores que já obedecem a um único tipo de servidão a valores que não se hierarquizam em função da heterossexualidade ou da homossexualidade das pessoas.

O artigo versante sobre os "objetivos fundamentais" da nossa República Federativa do Brasil, a incorporar a palavra "sexo" para exprimir a clara e nítida significação de conformação anatômico-fisiológica disjunctiva entre o homem e a mulher. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 2º do art. 203).

24. Trata-se, portanto, de um labor normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um labor normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina. Dicotomia culturalmente mais abstrata que a do macho e da fêmea, contudo ambas as modalidades dignas respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

29. Ora, como essa diferente conformação anatômico-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, inicialmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passiva a também se chamar, coloquialmente, de "sexo". O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incidem. Mas "sexo" ou "aparato sexual" como empregado em situações ou caput do art. 5º, da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Desde ponderar que a homossexualidade constitui "fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de gerar a vida de terceiros". Cabevidar lembrar que o "Título de Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar a determinação da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos".

A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homossexuais é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homossexual, por si só, não tem o condão de gerar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença.

A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos amici curiae – de que a homossexualidade não constitui doença, devendo o distribuir mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo.

vocabulo foi cunhado pela vez primeira na obra "União Homossexual", a "Procuradoria e a Justiça" do autor da desembargadora aposentada a Justiça Maria Berenice Dias, tratando a seguinte passagem: "Há palavras em português ou estrangeiras de preconceito. Assim, o ato de pessoa de mesmo sexo chamamos de "homossexualismo". Reconhece a inconstitucionalidade do termo "sexo" que está ligado à doença, porque se a falar em "homossexualidade", que resulta em um determinado tipo de ser. Já mudança no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao respeito social ao amor entre iguais" (Homossexualidade: um novo substantivo)[7].

**3.3 Sexualidade/gênero**

Falar a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não uso puro e simples do seu aparelho genital (heterossexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo) ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparrado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, sob o silêncio normativo, aqui, ana como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas. Também nesse modo instintivo de se "preferência" ou "orientação" de cada qual das pessoas naturais. Evidente!

aqui mesmo em nosso País que também por modo textual vedam o preconceito contra a "orientação" sexual alheia. Que não vem nada e ver – repita-se à exaustão – com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

31. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjugação carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o que a lei penaliza norma geral negativa, segundo a qual "tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido" (regra da clausura ou fechamento hermetico do Direito, que a doutrina de aliteração ou bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da expressão fórmula verbal de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sob o pretexto de lei") e que se refere concretamente ao que se poderia chamar de direito de não ter dever.

25. Prossegue para ajudar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como base de desigualdade jurídica.

FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEÇER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO.

Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo das indivíduos como raque da lei penaliza norma geral do "negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido".

**2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA SEXUAL DE CADA QUAL DELES.**

**4. UNIÃO ESTÁVEL, NORMATIVA CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEÇER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO.**

IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e está sempre "cláusula pétrea", nos termos do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange "os direitos e garantias individuais" de forma diretamente constitucional).

Por consequência, homens e mulheres a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que fazem a usar da própria sexualidade; c) mas que isso, sob o aspecto feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, faz-se como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca e demais repeti).

II – Não se pretendo como fator de merecimento inato ou de mínimo discernimento do ser humano, o pertencimento ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do impessoal. É o desconhecido da química da própria natureza. Quem sabe algo que se possa nas secretíssimas contações do órgão feminino e do espermatozoário masculino que o fecunda, pois o tema se esgota em sua fertilidade, mesmo, a todo tipo de reprodução metafísica.

Entendo que, de tão natural e tão predominantemente natural e instintivo mesmo, repetida e mencionada liberdade de concreto uso da sexualidade alheia. Salvo se a nossa Constituição faz-se no campo de explícita proibição de que seria tão obscuro quanto factalmente inatual, ou do levantamento de dígitos para o fim da sexualidade imaginária das pessoas (o que também seria tão empíricamente ineficaz quanto ingenuas até, pra não dizer ridículas). Despeçando a que não se permite a nosa Lei da Lei.

36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a própria da sua própria sexualidade. Para os indivíduos do que a própria da sua própria sexualidade. Para os indivíduos do que a própria da sua própria sexualidade. Para os indivíduos do que a própria da sua própria sexualidade.

**2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA SEXUAL DE CADA QUAL DELES.**

**4. UNIÃO ESTÁVEL, NORMATIVA CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEÇER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO.**

Salvo normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte do autônomo da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

Salvo normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte do autônomo da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

Salvo normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte do autônomo da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

Numa frase há um direito constitucional líquido e certo à intimidade entre homens e mulheres não sob outras discriminações pelo fato de um de e contra o outro, de fazer uso da respectiva sexualidade; d) de, nas situações de uso emparrado da sexualidade, fazer uso com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não, quer dizer, assim como não existe ao espécime masculino o direito de não ser como não existe ao espécime feminino – tratando-se de diferenças biológicas – também não existe ao espécime heterossexual o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homossexuais. O que estado de pretensão a continência o direito da mulher e tratamento igualitário em os homens, assim como o direito dos homossexuais a tratamento isonômico em os heterossexuais.

II – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes atribui a autonomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e a vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu âmbito existencial.

em segundo lugar, porque nada é de maior intimidade ou de mais estreitada privacidade da que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, par ditores respeito à personalidade ou ao modo íntimo de ser das pessoas naturais.

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os pontos da própria sexualidade tanto é exercível no plano da intimidade (heterossexual ou oneroso) quanto da privacidade (heterossexual ou coisa que valha). Passa importante, esta última suposição, que o parêntese aludido seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portante) e de espectro funcional que só pode correr parva com a livre imaginação personalista alegre amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou equívocos ontosofísticos. A ou, ou em presença, renove-se o hábit.

(Ora por efeito de uma "norma geral negativa" (Hans Kelsen), ora por efeito de uma "norma geral positiva" (André Kelsen), para culhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Previamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas.

Figura 9 – Argumentos morais/Homossexualidade/Homoafetividade

### 3. Argumentos morais

#### 3.4 Homossexualidade/homoafetividade

**3.4 Homossexualidade/homoafetividade**

2. Nessa linha de clara irrisignação quanto ao modo juridicamente reducionista com que são tratados os argumentos sociais dos propositores, argui o autor que têm sido inintencionalmente violados os objetivos fundamentais da igualdade da segurança jurídica (ambos hipoteticamente situados no caput do art. 5º, da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Desde ponderar que a homossexualidade constitui "fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de gerar a vida de terceiros". Cabevidar lembrar que o "Título de Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar a determinação da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos".

A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homossexuais é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homossexual, por si só, não tem o condão de gerar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença.

A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos amici curiae – de que a homossexualidade não constitui doença, devendo o distribuir mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo.

vocabulo foi cunhado pela vez primeira na obra "União Homossexual", a "Procuradoria e a Justiça" do autor da desembargadora aposentada a Justiça Maria Berenice Dias, tratando a seguinte passagem: "Há palavras em português ou estrangeiras de preconceito. Assim, o ato de pessoa de mesmo sexo chamamos de "homossexualismo". Reconhece a inconstitucionalidade do termo "sexo" que está ligado à doença, porque se a falar em "homossexualidade", que resulta em um determinado tipo de ser. Já mudança no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao respeito social ao amor entre iguais" (Homossexualidade: um novo substantivo)[7].

**3.4 Homossexualidade/homoafetividade**

Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é. Na verdade, a linha opõe que o homossexual faz o fato de publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expor-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-se sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente aliando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.

Resta claro por conseguinte que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, regando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, subentendendo-se, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos amici curiae, é a seguinte: a homossexualidade é um fato da vida. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de loro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A homossexualidade, como amor sustentado, é elemento integrante da personalidade do indivíduo, que, nas lições do Jf referido Cassiano Torresani (A Teoria da Personalidade do Ordenamento Jurídico-Constitucional Brasileiro. In: Temas de Direito Civil. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48). Identifica-se como o convívio de orientação jurídica – autônoma, portanto – e serve de raiz aos direitos da personalidade, dentre os quais está o direito à própria identidade, à sua identificação.

A quarta das premissas os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (talvez que em muitos casos, secretamente) e devoto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE (disponíveis em <http://www.ibge.gov.br>; consulta em 30.04.2011), atualmente há mais de 60.000 famílias mil unidos homossexuais declarados no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

No caso em apreço, trata-se de questão concernente a violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária, sob o risco a autorizar o município da Governadria.

Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o inequivocamente jurídico – e, com isso, o obediência de segurança às uniões heterossexuais – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção.

[21] Ainda nesse ponto de partida da análise preliminar da questão, cabe anotar que o termo "homossexualidade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa.

**3.4 Homossexualidade/homoafetividade**

Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é. Na verdade, a linha opõe que o homossexual faz o fato de publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expor-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-se sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente aliando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.

Resta claro por conseguinte que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, regando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, subentendendo-se, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos amici curiae, é a seguinte: a homossexualidade é um fato da vida. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de loro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A homossexualidade, como amor sustentado, é elemento integrante da personalidade do indivíduo, que, nas lições do Jf referido Cassiano Torresani (A Teoria da Personalidade do Ordenamento Jurídico-Constitucional Brasileiro. In: Temas de Direito Civil. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48). Identifica-se como o convívio de orientação jurídica – autônoma, portanto – e serve de raiz aos direitos da personalidade, dentre os quais está o direito à própria identidade, à sua identificação.

A quarta das premissas os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (talvez que em muitos casos, secretamente) e devoto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE (disponíveis em <http://www.ibge.gov.br>; consulta em 30.04.2011), atualmente há mais de 60.000 famílias mil unidos homossexuais declarados no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

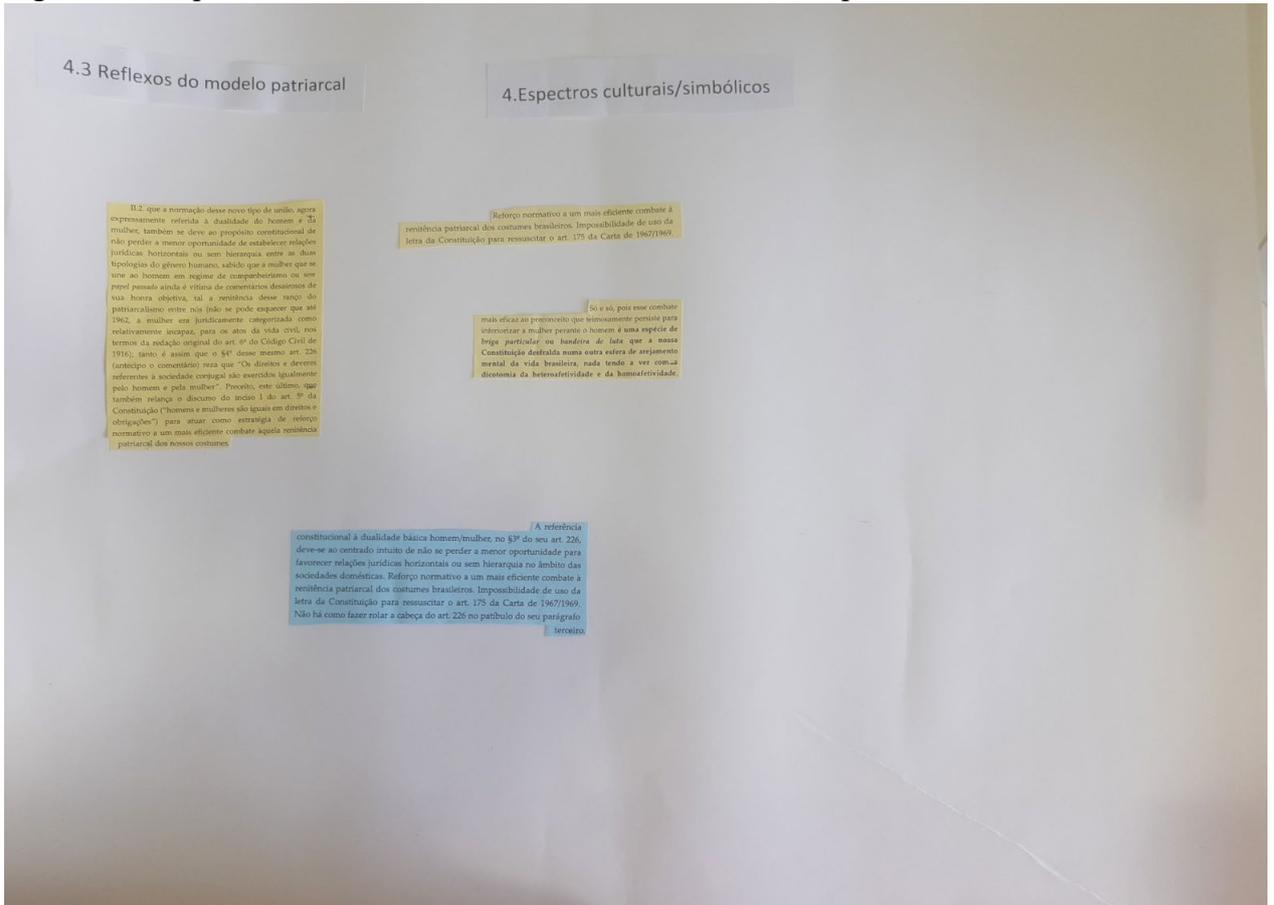
No caso em apreço, trata-se de questão concernente a violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária, sob o risco a autorizar o município da Governadria.

Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o inequivocamente jurídico – e, com isso, o obediência de segurança às uniões heterossexuais – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção.

[21] Ainda nesse ponto de partida da análise preliminar da questão, cabe anotar que o termo "homossexualidade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa.



Figura 12 – Espectros culturais/Simbólicos/ Reflexos do modelo patriarcal



ANEXO A – Comprovante de submissão à Plataforma Brasil

26/09/2019

Plataforma Brasil

Saúde



FERNANDA POLO LOUREDO - Pesquisador | V3.3

Cadastrou Sua sessão expira em: 35min 44

Você está em: Pesquisador > Cadastro de Projeto de Pesquisa > Informações Preliminares

- 1 Informações Preliminares
- 2 Área de Estudo
- 3 Desenho de Estudo/Apoio Financeiro
- 4 Detalhamento do Estudo
- 5 Outras informações
- 6 Finalizar

Salvar/Sair

Próxima

\* A pesquisa envolve seres humanos, na qualidade de participante da pesquisa, individual ou coletivamente de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou partes dela, incluindo o manejo de informações ou materiais? Maiores informações ver [Resolução 466](#), [Resolução 510](#)

Sim  Não

\* Informe o Modelo que deseja preencher

(O Modelo completo ainda não está disponível para o público. Utilize o Modelo simplificado)

Simplificado  Completo

\* Pesquisador Principal:

CPF/Documento	Nome Social
083.907.397-63	FERNANDA POLO LOUREDO
Telefone	E-mail
(21)98886-1134	femandapololouredo@yahoo.com.br

\* Deseja delegar a autorização de preenchimento deste projeto a outras pessoas já cadastradas no sistema?

Sim  Não

ASSISTENTES:

CPF/Documento	Nome Social	Telefone	E-mail	Ação

[Adicionar Assistente](#)

EQUIPE DE PESQUISA:

CPF/Documento	Nome Social	Ação

[Adicionar membro à equipe](#)

\* Instituição Proponente: ⓘ

Selecione   Sem Proponente

\* É um estudo Internacional?

Sim  Não

Salvar/Sair



Próxima