

## **A união estável homoafetiva segundo o Supremo Tribunal Federal e a Constituição da República de 1988**

The homoaffective stable union according to the Supreme Court and the Constitution of the Republic of 1988

La unión estable homoafectiva según la Corte Suprema y la Constitución de la República de 1988

Recebido: 18/02/2022 | Revisado: 26/02/2022 | Aceito: 01/03/2022 | Publicado: 10/03/2022

**José Bruno Martins Leão**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5797-4303>  
Universidade Paranaense, Brasil  
E-mail: [jbmleao@gmail.com](mailto:jbmleao@gmail.com)

**Horácio Monteschio**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0360-6521>  
Universidade Paranaense, Brasil  
E-mail: [horacio@prof.unipar.br](mailto:horacio@prof.unipar.br)

**Tereza Rodrigues Vieira**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0333-7074>  
Universidade Paranaense, Brasil  
E-mail: [terezavieira@uol.com.br](mailto:terezavieira@uol.com.br)

### **Resumo**

Tão prejudicial quanto a ingerência do Estado no campo da vida privada e da intimidade é omissão do Poder Público em áreas nas quais a atuação tempestiva e efetiva é condição indispensável para a manutenção da dignidade da pessoa humana e de outras garantias fundamentais, estampadas na Constituição da República, particularmente nas esferas em que se exige do ente estatal uma obrigação de fazer. No presente artigo, com fundamento em revisão bibliográfica, apresentou-se um caso emblemático de inércia do Poder Legislativo da União, ao fazer constar, expressamente, no art. 1.723, do Código Civil, e, em parte, no art. 226, § 3º, da CF/88, a limitação da união estável, enquanto entidade familiar, somente em relação ao homem e à mulher. Diante disso, uma vez regularmente provocado, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da ADIn n.º 4.277/DF, aplicou interpretação conforme à Constituição aos mencionados dispositivos, a fim de também abarcar, na dimensão jurídica do estado de casado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo (homossexuais). Para tanto, a Corte, representada neste artigo por excertos do voto lavrado pelo então Ministro do Supremo Tribunal, Celso de Mello, notadamente pela afirmação da primazia da Constituição e dos direitos e princípios fundamentais, além de reflexões sobre a função do ativismo judicial no exercício da função contramajoritária, ante a omissão prolongada do Poder Público em relação aos grupos compostos por minorias sociais.

**Palavras-chave:** União estável; Homossexuais; Igualdade; Não discriminação; Função contramajoritária.

### **Abstract**

As harmful as the interference of the State in the field of private life and intimacy is the omission of the Public Power in areas in which timely and effective action is an indispensable condition for the maintenance of the dignity of the human person and other fundamental guarantees, stamped in the Constitution of the Republic, particularly in the spheres in which the state entity is required an obligation to do so. In this article, founded on a bibliographic review, an emblematic case of inertia of the Legislative Power of the Union was presented, by expressly including in art. 1,723 of the Civil Code, and, in part, in Art. 226, § 3, of the CF/88, the limitation of stable union, as a family entity, only in relation to man and woman. In light of this, once regularly provoked, the Supreme Federal Court (STF), through ADIn No. 4,277/DF, applied interpretation according to the Constitution to the aforementioned provisions, in order to also include, in the legal dimension of the married status, the stable union between people of the same sex (homosexuals). To this end, the Court, represented in this article by excerpts from the vote drawn up by the then Minister of the Supreme Court, Celso de Mello, notably from affirming the primacy of the Constitution and fundamental rights and principles, as well as reflections on the function of judicial activism in the exercise of the counter-majority function, in view of the prolonged omission of the public power in relation to groups composed of social minorities.

**Keywords:** Stable union; Homosexuals; Equality; Non-discrimination; Counter-majority function.

## Resumen

Tan dañina como la injerencia del Estado en el campo de la vida privada y la intimidad es la omisión del Poder Público en áreas en las que la acción oportuna y efectiva es una condición indispensable para el mantenimiento de la dignidad de la persona humana y otras garantías fundamentales, selladas en la Constitución de la República, particularmente en las esferas en las que la entidad estatal tiene la obligación de hacerlo. En este artículo, a partir de una revisión bibliográfica, se presentó un caso emblemático de inercia del Poder Legislativo de la Unión, al incluir expresamente en el art. 1.723 del Código Civil, y, en parte, en el art. 226, § 3, del CF/88, la limitación de la unión estable, como entidad familiar, sólo en relación con el hombre y la mujer. Por lo tanto, una vez provocado regularmente, el Supremo Tribunal Federal (STF), a través de la ADIn N° 4.277/DF, aplicó la interpretación conforme a la Constitución a las disposiciones antes mencionadas, a fin de incluir también, en la dimensión jurídica del Estado casado, la unión estable entre personas del mismo sexo (homosexuales). Para ello, la Corte, representada en este artículo por extractos de la votación elaborada por el entonces Ministro de la Corte Suprema, Celso de Mello, asintió con la cabeza para afirmar la primacía de la Constitución y los derechos y principios fundamentales, así como reflexiones sobre la función del activismo judicial en el ejercicio de la función de contramayoría, ante la prolongada omisión del poder público en relación con grupos compuestos por minorías sociales.

**Palabras clave:** Unión estable; Homosexuales; Igualdad; No discriminación; Función de contra-mayoría.

## 1. Introdução

No cenário técnico-científico, em que conflitam argumentações estritamente jurídicas, não resta espaço suficientemente acreditável para refutações de natureza puramente religiosa ou caldadas em qualquer outro ramo do conhecimento objetivo que não o Direito Constitucional, delineado, em especial medida, pelas (re)construções históricas e políticas dos direitos humanos, num ininterrupto processo de maturação dos regramentos sociais e das situações indissociáveis da vida e da vivência coletiva, diversificadas pela comunhão de diferentes valores, princípios e escolhas pessoais.

Destarte, merece destaque a temática das minorias sociais, que, por vezes, não se encontram somente marginalizadas pela parcela preconceituosa da sociedade, mas, também, pela própria entidade estatal, quer no grau de efetividade dos direitos vigentes e titulados por aquelas, quer na omissão legislativa, que exclui as percentagens sociais não majoritárias, deixando-as aquém da esperada proteção do Estado, de modo a intensificar, mais ainda, o estigma da exclusão e da falta de representatividade política e jurídica; mantendo-se, por conseguinte, o *status* de vulnerabilidade.

De todo modo, tão prejudicial quanto a ingerência indevida do Estado no âmbito da intimidade e da vida privada da pessoa é a omissão desarrazoada do Poder Público no que toca à regulamentação de situações indispensáveis à manutenção da igualdade e da dignidade humanas. Eis, pois, o caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por não ser regulada expressamente, em patamar constitucional ou legal, até o ano de 2011, não havia guarida normativa ou jurisprudencial inequívoca para albergar essa dimensão da conjugalidade, a despeito de igualmente se fundamentar em laços de afeto e de responsabilidade recíprocos entre o casal homoafetivo.

Considerado o aludido marco temporal, por meio de seleta revisão bibliográfica, o presente artigo tem o objetivo de apresentar a síntese do mérito da Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 4.277/DF, assim como examinar os principais fundamentos constitucionais de que o ministro da Suprema Corte, Celso de Mello, lançou mão, para atribuir, juntamente com o restante do Tribunal Constitucional, interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, cuja redação nuclear se tornou objeto de controvérsia, da mesma forma como o art. 226, § 3º, da CF/88, reconhecendo, ambos os dispositivos, a entidade familiar, textualmente, apenas a partir da união estável entre homem e mulher.

## 2. Metodologia

Este artigo tem por base a pesquisa científica de natureza qualitativa, realizada por meio de revisão de bibliografia jurídica especializada, bem como análise legal, constitucional e jurisprudencial, a partir do que se examinou doutrinas, artigos científicos e a orientação do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n°

4.277, do Distrito Federal, no bojo da qual se reconheceu, novamente, a legitimidade do exercício da função contramajoritária pela Corte Maior, para preservar direitos pertencentes às minorias sociais, aplicando-se, *in casu*, a técnica de interpretação conforme à Constituição à redação do art. 1.723, do Código Civil, com o objetivo de salvaguardar a dignidade da comunidade homossexual, consistente na tutela jurídica da união homoafetiva à luz da diversidade significativa constitucionalmente atribuída ao conceito de família.

Por oportuno, a revisão bibliográfica é a técnica de pesquisa mais adequada para a composição desta investigação científica, uma vez que se consubstancia na análise de documentação técnico-jurídica, que se pauta na busca pelas origens bibliográficas, ou seja, “parte-se de obras, artigos ou estudos mais recentes pertinentes ao assunto; estudam-se suas bibliografias, suas fontes, os autores citados, os debates evocados, e anotam-se as referências de todas as obras, artigos, estudos que parecem interessantes” (Beaud, 2014, p. 78).

Neste artigo, pois, explicitou-se as principais fundamentações atinentes à atuação do Supremo Tribunal no contexto da pretensão de efetivação do direito à igualdade, à não discriminação e, sobretudo, à dignidade, com supedâneo nos quais as minorias sociais buscam a salvaguarda de enunciações fundamentais que embasam o Estado Constitucional de Direito. Logo, no caso em tela, enquanto instrumento científico, a revisão bibliográfica se mostrou indispensável à verificação das ideias presentes no julgado em comento, entendendo por ideias o “conjunto de pensamentos e/ou concepções de um indivíduo ou de um grupo social em qualquer domínio” (Boaventura, 1999, p. 54).

### 3. Resultados e Discussão

#### 3.1 O STF e a união estável homoafetiva (ADIn nº 4.277/DF)

Em 5 de maio de 2011, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade de votos, conheceram e julgaram, em conjunto, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Desse julgamento, a Corte Maior assentou entendimento posteriormente ementado com os seguintes termos:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 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. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. 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. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. 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”. 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. 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. 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. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. 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. 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). 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. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. 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. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. 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. 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. 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 jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. 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 iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. 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”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. 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. 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. 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. (STF, ADIn nº 4.277/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Ayres Britto, Julgamento: 05/05/2011, Publicação: 14/10/2011).

O julgamento em questão se tratou de um verdadeiro marco histórico na defesa dos direitos das minorias, componentes dos grupos social, política e juridicamente vulneráveis, na medida em que, não raro, a despeito da vigência do Estado Democrático de Direito, tais grupos se veem comumente ignorados pela política estatal no que concerne à garantia de efetividade de seus respectivos direitos, afora a concomitante e constatável prevalência das postulações atreladas aos interesses de segmentos sociais majoritariamente representados no âmbito político-legislativo nacional.

Propugna-se, pois, aqui, efetuar uma análise detida dos principais tópicos temáticos trazidos à baila no texto da ementa acima transcrita, a fim de se aclarar a extensão do significado doutrinário de determinadas expressões jurídico-

constitucionais, assim como registrar reflexões sóbrias e precisas constantes do inteiro teor do julgamento em tela, em especial do e. Ministro Celso de Mello, amplamente reconhecido pela profundidade e clareza de seus votos, decorrentes de sua notória e consolidada educação constitucional, como uma forma, inclusive, de homenagear seu legado construído na contundente defesa dos direitos fundamentais na Suprema Corte.

Além de oportuno, esse exame jurisprudencial se faz necessário neste momento, no Brasil, vez que, apesar de já completar uma década desde a data da realização do julgamento a ser analisado, os estigmas sociais - ao lado dos estigmatizados -, como o preconceito, a discriminação e a indiferença à vida e à dignidade alheias ainda são realidades presentes, e, pior, persistentes no convívio contemporâneo e na esfera das discussões públicas.

### **3.2 Direitos fundamentais frente ao moralismo jurídico**

Direito e moral são importantes estruturas de pensamento racional e organizado, que, apesar de, eventual e pontualmente, servirem um ao outro como elemento de fundamentação, nem sempre compartilham os mesmos postulados diante de situações semelhantes, particularmente no sentido de orientar o debate jurídico na construção e solidificação de direitos fundamentais a partir do que se entende por dignidade da pessoa humana.

Por didática, cumpre lembrar que há teorização acerca do tema na tentativa de diferenciar os campos de incidência do Direito e da perspectiva moral. Pode-se citar, assim, a teoria do mínimo ético, segundo a qual “o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver”, de maneira que “o Direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas” (Reale, 2002, p. 44).

Importa reproduzir essa noção doutrinária, para que não se confunda as discussões afeitas ao fenômeno estritamente jurídico com as permissões e restrições de ordem moral, igualmente mutáveis no decurso do tempo, tendo em vista a inafastável composição axiológica, que também acompanha o desenvolvimento de usos e costumes da sociedade, a ponto de inovar, incorporar, modificar e/ou excluir hábitos e práticas diversas, paulatina e comunitariamente recepcionáveis.

Nesse sentido, calha mencionar o famigerado moralismo jurídico, que “preconiza a legitimidade de limitações à autonomia pessoal não para proteger direitos de terceiros ou interesses do próprio indivíduo, mas para assegurar a observância da moral”. Adotando-se essa forma de raciocínio, infere-se que determinada perspectiva de moralidade pode, até mesmo, voltar-se “à defesa de valores socialmente compartilhados, de prescrições religiosas ou de princípios morais ‘objetivos’” (Sarmiento, 2016, p. 175).

Admite-se, a bem da verdade, que o Direito, em sua tradicional expressão, “funciona geralmente como um instrumento de salvaguarda dos valores hegemônicos da comunidade em que se aplica”. Em contraponto, há a ressalva de que “pode-se dizer que esse papel tradicional do Direito está hoje em xeque, em razão do ‘fato do pluralismo’: as sociedades modernas são ‘desencantadas’, e nelas convivem, disputando espaço, diferentes moralidades e cosmovisões” (Sarmiento, 2016, p. 176).

Há de se considerar que,

Diante da constante transformação social, novos valores surgem na sociedade pós-moderna em todos os setores, inclusive na esfera familiar, que com o passar do tempo, adquire nova roupagem diante das mudanças de atitudes de seus componentes, razão pela qual o direito deve ser dinâmico e a acompanhar para que se torne o instrumento capaz de transformar e assegurar ao indivíduo e a sociedade como um todo. (Souza & Barbuglio, 2015, p. 302).

Nota-se, pois, a fragilidade do discurso jurídico moralista, propugnador de interesses e práticas homogêneas entre determinados agrupamentos sociais de repercussão majoritária, ante a existência da salvaguarda da pluralidade de valores e concepções políticas, filosóficas, bem como acerca de outra gama de expressões da liberdade, todos abarcados expressamente

pelo teor da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 1º, V, dispõe ser a pluralidade um dos fundamentos desta República Federativa, além de outros vetores essenciais à interpretação da Lei Maior em sua dimensão protetiva unitária, reconhecidos, precipuamente, por intermédio da atuação contramajoritária da Corte Maior.

### 3.3 Função contramajoritária na Suprema Corte brasileira

Em seu voto, no bojo da ADIn nº 4.277/DF, o Ministro Celso de Mello justificou a intervenção do Poder Judiciário no caso sob exame a partir da permissão de operabilidade institucional da Suprema Corte ante a necessidade do exercício da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal num contexto de Estado Democrático de Direito, fundamentando referida atuação jurisdicional na proteção de interesses e grupos minoritários como perspectiva da concepção material da democracia constitucional.

Segundo o magistério de Barroso (2020, p. 481), o tempo em que os tribunais não interferiam em questões de potenciais reflexos políticos simplesmente ficou para trás. Segundo o autor, também ministro do STF, “Para o bem e para o mal, esse tempo ficou para trás”; isso porque “Ao longo dos últimos anos, verificou-se uma crescente judicialização da vida, rótulo que identifica o fato de que inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância final decisória no Poder Judiciário”.

Neste debate constitucional, Celso de Mello faz certa alusão ao “relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades”, *in verbis*:

[...] o de órgão investido de poder e de responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. (Brasil, 2011, p. 845).

A cargo da Corte Suprema, pois, está a exigência de empenho institucional de realçar o contraponto às pretensões eminentemente majoritárias, na medida em que, “em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis [...] e de atos do Poder Executivo [...]”. Noutros termos, isso significa dizer que “agentes públicos não eleitos, como Juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário” (Barroso, 2020, p. 481-482).

No que concerne à atuação do Poder Judiciário em defesa dos direitos das minorias sociais, apesar de também se tecer críticas à ideia do ativismo judicial, reconhece-se que “juízes são protetores do direito, podendo agir, inclusive, de forma contramajoritária para tanto. Juízes asseguram as regras do jogo e a estabilidade democrática, para assim possibilitar que a transformação da realidade opere nas instâncias adequadas” (Abboud & Mendes, 2019, p. 48).

No presente caso, essa atuação jurisdicional não tradicional se fez imperiosa, tendo em vista que, à época, reconheceu-se que “o Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira” teria se mostrado “infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar”, razão por que se enfatizou a “necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais” (Brasil, 2011, p. 846).

Nessa toada, conforme preleciona Barroso (2020, p. 484), um dos critérios a justificar a prática jurisdicional na proteção de minorias se encontra presente na situação em que “o Legislativo não atuou, porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento. Mas os problemas ocorrerão e o Judiciário terá de resolvê-los”. Um dos exemplos emblemáticos citados pelo autor é justamente o caso das relações homoafetivas. A respeito delas, consigne-se:

Elas existem. São um fato da vida, independentemente do que cada um pense sobre o ponto. Não há lei a respeito. Pois bem: o Estado tem que tomar uma posição sobre a existência ou não do direito desses casais a serem reconhecidos como uma entidade familiar, pela importância moral desse reconhecimento e por uma série de questões práticas (herança, pensão alimentícia, divisão de patrimônio comum). Quando o Congresso Nacional não fornece uma resposta, é natural que os afetados traduzam o seu pleito perante o Judiciário, buscando a afirmação jurídica daquilo que a política se negou a discutir. (Barroso, 2020, p. 484).

Nessa ótica, segundo o Ministro Celso de Mello, os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal, no exercício dessa função contramajoritária, basicamente, orientam-se na seguinte diretriz:

objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. [...] Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito da destinação institucional, de valar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. (Brasil, 2011, p. 849).

Então, verifica-se que “diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na realização das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, como expressão do Estado, deverá decidir de modo a promover os objetivos do Estado e efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos” (Aranha Filho & Aranha, 2014, p. 314).

Assim, vê-se que, segundo Santos (2019, p. 116), “a função desempenhada pelo Tribunal Constitucional na defesa e proteção da Constituição Federal é de suma importância para manter hígido o ordenamento jurídico de determinado país”. Aliás, continua o autor, “quando desempenha esse papel, trabalha na limpeza do ordenamento infraconstitucional para com o constitucional, bem como no plano constitucional derivado para com o constitucional originário”.

Sendo assim, conforme anota Corbo (2014, p. 189), com embasamento na missão constitucional da República brasileira, “é legítima a atuação do Poder Judiciário para intervir no jogo democrático em favor das minorias historicamente estigmatizadas ou invisibilizadas, reduzindo as desigualdades econômicas e culturais havidas na sociedade visando a garantir o desenvolvimento regular da democracia e a tutela dos direitos fundamentais que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Abboud (2012, p. 197) frisa que “o STF tem a obrigação de preservar a atuação contramajoritária de sua jurisdição a fim de assegurar a preservação dos direitos fundamentais e das minorias, mesmo quando tal atuação possa contrariar a aparente vontade da maioria da população”.

Assentada está, pois, a razão de intervenção direta do Poder Judiciário, por meio do órgão de cúpula, posto que referida atuação técnico-jurídica se justifica, de per si, no objetivo de conferir maior efetividade aos direitos das minorias, mais especificamente, os interesses da comunidade LGBT, face a omissão do Texto Maior no que toca à previsão de casais homoafetivos igualmente reconhecidos como uma das distintas modalidades de entidade familiar, mantendo-se, por conseguinte, em patamar de necessária igualdade jurídica perante os pares heterossexuais.

### **3.4 Proibição da discriminação, pluralismo e igualdade**

A Lei Fundamental, em seu art. 3º, estatui os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são considerados “os fins eleitos pela sociedade política brasileira para a forma gênese constitucional”. Por isso, diz-se que esses objetivos, em verdade, são valores que “condicionam toda a estrutura e dinâmica do Estado brasileiro, suas vicissitudes,

diversidades e peculiaridades”. Demais disso, “Estabelecem uma direção a ser seguida por todas as diferentes ideologias que travam batalhas eleitorais, que devem respeitar esses objetivos, porquanto significam o consenso da sociedade brasileira” (Ferraz Filho, 2018, p. 7).

No elenco dos objetivos fundamentais, destacam-se dois valores estruturais da República, a saber, (I) “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e (IV) “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988).

A respeito do objetivo de promover o bem de todos, evitando-se qualquer espécie de discriminação constatável no ambiente democrático, “Trata-se do bem comum, de todos os seres humanos, princípio certamente agasalhado em todas as Constituições do mundo civilizado, e fim último da democracia constitucional brasileira”. Assim, “O bem comum não é um ideal irrealizável”. Nesse sentido, refere-se ao “bem de todos naquilo que todos têm em comum, abarcando tudo o que constitua o bem da comunidade política, de maneira generalizada”, motivo pelo qual “O bem comum não pode conter discriminação, não pode conter desigualdade” (Ferraz Filho, 2018, p. 8).

Ademais, em face da diversidade característica da sociedade brasileira, condição real a partir da qual se repudia qualquer forma de discriminação, assentada no ideal da concreção do bem comum, deve-se anotar que o pluralismo vai ao encontro dessa perspectiva de convivência solidária, recepcionando diferentes valores, princípios e percepções de vida e de liberdade individual, de modo a confirmar a essência do Estado Democrático de Direito, especialmente no que toca à preservação dos direitos fundamentais, titularizados por grupos majoritários e minoritários, cada qual em sua respectiva esfera de efetividade e representação política e social.

Uma vez consagrado como fundamento da República brasileira, convém anotar que

O pluralismo político (que é também econômico e cultural) permite e assegura a livre (mas respeitosa e regulada) **convivência e interação entre convicções, ideais e projetos de vida individuais** e compartilhados por grupos mais ou menos representativos de segmentos da sociedade [...]. (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2018, p. 292-293, grifo nosso).

Consiste o pluralismo, pois, na recepção, convivência e contínuo respeito a diferentes percepções pessoais, decisões individuais e projetos de vida, de maneira que, no caso em comento, não haja qualquer espécie de discriminação entre pessoas em razão da orientação sexual adotada por cada ser humano, no legítimo e irrestringível exercício de sua liberdade fundamental, bem como se pretende afastar a mácula social imposta pelo preconceito, afirmando-se, por conseguinte, a premissa constitucional da ordem fraternal e a preservação da autonomia na condução da privacidade e da intimidade enquanto manifestação da dignidade humana.

### 3.5 A união homoafetiva enquanto entidade familiar à luz da Constituição

A Constituição Cidadã alberga a instituição familiar e lhe confere salvaguarda estatal específica. Vê-se, da leitura do art. 226, *caput*, que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”; e, mais à frente, no § 3º, regulamentou-se, também, que, “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).

Importa considerar que, “com a Constituição vigente, com as leis extravagantes e o Código Civil de 2002, profundas alterações advieram, inclusive no campo do direito de família, que abrange, indiscutivelmente, o estudo do grupo familiar, neste considerada a união estável”. Desse modo, percebe-se que, atualmente, “As condutas se adaptaram perfeitamente a uma nova compreensão de conjunto familiar, não restrito ao grupo constituído de pai, mãe e filhos”. Por conseguinte, “A

preocupação do Estado passou a se dirigir para esse grupo, desimportando aquele conceito de família constituída solenemente na forma legal” (Rizzardo, 2019, p. 39-40).

Em tempos contemporâneos, o Direito há de se adaptar à realidade social, na medida em que as problemáticas da vida igualmente assumem formatações diferentes. Ante tal constatação, na seara do direito familiar, em especial das uniões, verifica-se que

Alastrou-se o âmbito de proteção para o campo afetivo, que passa a predominar sobre o ato oficial. Com efeito, ninguém pode fugir à realidade que hoje se assiste, que é o aumento dos casos de uniões informais, com a proporcional diminuição dos matrimônios celebrados segundo as solenidades rituais previstas em lei. Há uma crescente descrença nas instituições públicas, levando as pessoas a abolirem as situações que demandam maiores compromissos e formalidades, mesmo porque, na prática, de pouco adiantam na eficiência e perenidade das celebrações. (Rizzardo, 2019, p. 41).

Outrossim, dentre as alterações decorrentes da diversidade presente no arranjo social, tem-se o aumento da importância dessa temática das uniões, razão por que a doutrina a trata como “a união entre si homem e da mulher para a convivência em um mesmo local, no recesso de uma moradia”, com vistas a “partilhar das responsabilidades da vida em comum e dos momentos de encontros, um devotando-se ao outro, entregando os corpos para o mútuo prazer ou satisfação” (Rizzardo, 2019, p. 1439).

Nesse ínterim, ao se tratar da união estável, também chamada de união livre ou estado de casado, deve-se elencar como premissa o significado real dessa instituição, porque envolve “a convivência, a participação de esforços, a vida em comum, a recíproca entrega de um para o outro, ou seja, a exclusividade não oficializada nas relações entre o homem e a mulher”. Com efeito, é em face disso que se traduz em “uma união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio” (Rizzardo, 2019, p. 1439).

Tem-se a instituição de uniões informais entre as pessoas, sem as solenidades características do Estado, em virtude da margem de liberdade individual garantida a todos que se encontram sob os mandamentos fundamentais estampados no corpo da Constituição Federal. Nesse compasso, ao se reconhecer as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivas), além do devido respeito ao primado da liberdade, resguarda-se, de igual modo e por idêntica razão, a diretriz da igualdade. Assim, como fora reconhecido no próprio julgado, a instituição pública de união estável entre homossexuais, chancelada pelo Estado, expressa o ressoar da liberdade e da igualdade no Estado brasileiro.

Para fins de didática, cumpre registrar que “Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito”, além, por evidente, de “vértice do sistema dos direitos fundamentais”. No mais, sabe-se que “As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades” (Mendes & Branco, 2018, p. 388).

Nesse contexto, em que se traz à baila a fruição da liberdade e da igualdade enquanto direitos e expectativas existenciais, pode-se destacar o direito à busca da felicidade. Conforme anotou Celso de Mello, em seu voto, na ADIn nº 4.277/DF, um dos alicerces constitucionais a embasar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é justamente a consagração de princípios fundantes do regime democrático, pertencentes também ao histórico legado do Estado de Direito, especialmente em sua acepção de igualdade e vedação ao tratamento discriminatório.

No voto, Celso de Mello leciona que “a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais”; nesse passo, o Ministro elenca os diretrizes “da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade”, sendo que tais princípios “configuram [...]

fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar” (Brasil, 2011, p. 845).

Com isso, registre-se que “o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana”, em verdade, “assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização da práticas ou de omissões lesivas, cuja ocorrência possa”, dentre outras consequências, “comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais” (Brasil, 2011, p. 859).

Ante tais postulados constitucionais, vê-se que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de orientação sexual”. Assim, infere-se que “os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República”, de modo a se perceber “arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual” (Brasil, 2011, p. 833).

Ainda assim, “o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional” (Brasil, 2011, p. 834). Por isso, ao se tratar de atuação estatal, especialmente no que diz respeito ao pronunciamento da Suprema Corte, que faz valer os postulados da não discriminação, da liberdade e da igualdade, todos aplicados ao reconhecimento da união estável homoafetiva, o Ministro Celso de Mello frisa o que se segue:

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns. (Brasil, 2011, p. 835).

Nessa esteira, afirma-se que “o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso país”, acolhendo novos valores e consagrando “uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas”, de modo a viabilizar, como uma política oficial de Estado, “a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva” (Brasil, 2011, p. 835-836).

A propósito, é por meio da hermenêutica jurídica eminentemente construtiva e integradora que se sopesa princípios fundamentais, tais como, os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da autonomia individual, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da vida privada, da não discriminação e da busca da felicidade. Essa interpretação do Direito vigente, orientado ao reconhecimento de novas realidades e distintos segmentos da vida individual e coletiva,

[...] tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. (Brasil, 2011, p. 836).

No que toca ao julgado consubstanciado na histórica ADIn nº 4.277/DF, tão importante quanto enunciar o resultado do respectivo pronunciamento jurisdicional, em sua manifestação constitucional por excelência, é enfatizar os fundamentos valorativos que embasaram e orientaram referido *decisum*, de modo a aclarar as disposições basilares do Texto Maior, bem como anunciar a concreção da expectativa garantidora de franquias de ordem fundamental ao grupo social, política e

juridicamente vulnerável denominado de comunidade LGBT, reconhecendo, pois, a possibilidade de real união afetiva, que há de ser amparada pelo Estado com dignidade e igualdade.

### 3.6 Novo paradigma de família e a colmatação de omissão inconstitucional

Não há como se falar em rompimento de paradigma sem antes elucidar quais são os contornos do referido padrão social que se busca superar num determinado momento da história da ação desenvolvida do homem em seu meio de interação, responsável, inclusive, pelo gradativo surgimento de novos valores e pelo enfraquecimento de tantos outros orientadores de conduta por meio do desuso comunitário flagrantemente perceptível, não acarretando, por óbvio, num rompimento abrupto de perspectivas, mas, sim, numa cadeia intermediária de eventos capazes de redirecionar a percepção social acerca do comportamento individual e, até mesmo, grupal.

Sobre a compreensão do conceito de família, remonta-se, por necessário, às estruturas socialmente delineadas pelo direito romano. Para tanto, convém lembrar que, para o direito romanístico, o termo família “exprimiu a reunião de pessoas colocadas sob o poder familiar ou o mando de um único chefe – o *pater familias* –, que era o chefe sob cujas ordens se encontravam os descendentes e a mulher, [...] considerada em condição análoga a uma filha”. Nessa espécie de hierarquia familiar desenvolvida ao entorno do *pater familias*, “Submetiam-se a ele todos os integrantes daquele organismo social: mulher, filhos, netos, bisnetos e respectivos bens” (Rizzardo, 2019, p. 51).

Em visto disso, ainda segundo o magistério de Rizzardo (2019, p. 51-52), “Estava a família *jure proprio*, ou o grupo de pessoas submetidas a uma única autoridade”. Conhecia-se, noutro lado, “a família *communi jure*, uma união de pessoas pelo laço do parentesco civil do pai, ou *agnatio*, sem importar se eram ou não descendentes”. Para tais fins, essa ordenação familiar era sustentada “Não se considerando o parentesco pelo laço da mulher, o filho era estranho à família de origem da mãe. Considerava-se a família patriarcal propriamente dita”.

Num sentido mais atual, analisa-se a família sob duas dimensões, uma estrita e outra mais ampla. Destarte, por um significado estrito, a família é constituída por “pais e filhos, apresentando certa unidade de relações jurídicas, com idêntico nome e o mesmo domicílio e residência”, de modo a preponderar uma “identidade de interesses materiais e morais, sem expressar, evidentemente, uma pessoa jurídica”. Por sua vez, numa dimensão mais ampla, pode a família ser entendida pelos “membros unidos pelo laço sanguíneo, constituída pelos pais e filhos [...]”, além dos “parentes colaterais até determinado grau, como tios, sobrinhos, primos; e os parentes por afinidade – sogros, genro, nora e cunhados” (Rizzardo, 2019, p. 53).

Ao se passar pelos conceitos mais rudimentares da família, e, em certa medida, até pelos significados mais atualizados, ainda se pode notar que a estrutura familiar é alicerçada pelas figuras dos pais, dos cônjuges, que, mediante vínculos de responsabilidade e zelo mutuamente assumidos, comprometeram-se a proporcionar condições dignas para a manutenção da prole e a conservação dos bens disponíveis, de maneira que se mantenha a base de vida sobre a qual se apoia todo o arranjo familiar, desde seu tronco maior – genitores – até as ramificações sanguíneas e de afetividade, desdobrando-se em laços mais longínquos de parentesco legalmente reconhecido.

Indagou-se, então, a respeito das palavras expressas, e aparentemente estanques, constantes da redação da Constituição brasileira, em seu art. 226, § 3º, admitindo-se como entes componentes do instituto da união estável apenas homem e mulher, os quais, caso estiverem em convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, hão de ser legalmente considerados em plena união de fato, com a aplicação de todo o respectivo arcabouço legal em razão de constatada situação fática.

No entanto, eis o irretocável papel desempenhado pelo Supremo Tribunal: o reconhecimento da união estável a casais homoafetivos, a partir da abertura do texto constitucional aos demais princípios informadores da unidade do Texto Maior, de modo a estender o âmbito de configuração das conjugalidades, a fim de se impedir qualquer forma de discriminação em razão

de orientação sexual e/ou identidade de gênero, dando maior efetividade aos postulados da liberdade individual, da igualdade, da dignidade, da autodeterminação e vedação a toda espécie de discriminação destrutiva ao desenvolvimento da personalidade.

Não é de se esperar o contrário num Estado de Direito, que reconhece a relevância histórico-social dos direitos fundamentais exercíveis num regime democrático, do que se extrai a própria noção não discriminatória de família democrática, que, em síntese, “nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada. Em viés racional, é cogente perceber que quanto mais famílias democráticas existirem, maior será o fortalecimento da democracia no espaço público e vice-versa” (Oliveira, 2017, p. 101).

Essa valoração com fundamento eminentemente constitucional e democrático ocorreu porque, dentre outros motivos, “a Constituição da República traduziu a nova tábua de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundantes do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família” (Tepedino, 2011, p. 20).

Aliás, para Medeiros e Nelson (2013, p. 281), “é imprescindível enxergar o direito de família com base numa nova hermenêutica, ou seja, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, que exige a concretização dos direitos fundamentais e o reconhecimento da eficácia da força normativa da Constituição”.

Atualmente, tal proteção hermenêutica não se restringe somente a valores e princípios instituídos na Lei Fundamental, sendo que, também, “a legislação pátria proíbe qualquer tipo de discriminação contra o ser humano, sendo vedado o tratamento humilhante e vexatório em relação aos homossexuais, o que constitui, inclusive, violação à sua intimidade” (Santiago, 2011, p. 1283).

Particularmente no voto no Ministro Celso de Mello, numa das anotações tópicas, reconhece-se a existência do afeto como valor jurídico, impregnado de natureza constitucional, conformando-se em pedra fundamental da arquitetura conceitual da instituição familiar. Nessa ótica, “a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento das conjugalidades homoafetivas” (Brasil, 2011, p. 861).

A instituição desse novo paradigma de família, assentado na proclamação da dignidade das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, atualmente ganha robustez jurídico-constitucional justamente pelo fato de “repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum”, porque “hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais”, tornando-se indiscutível “que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para efeito de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar”, em verdade, “consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto” (Brasil, 2011, p. 861-862).

O próprio Ministro Celso de Mello, entretanto, anotou que esse ato de reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, conformando o texto constitucional, não se trata, em verdade, de puro ativismo judicial, mas, sim, de uma atividade praticada pela Corte Suprema no intuito de colmatar omissão inconstitucional, velando-se, pois, pelo absoluto respeito à autoridade histórica e fundamental que emana da interpretação unitária das disposições da Constituição Federal de 1988, particularmente na tarefa de amparar as minorias e efetivar os direitos fundamentais.

Nesse contexto, não há espaço para alegação de suposto prejuízo ao Direito posto, decorrente de ativismo judicial, menos ainda de interferência indevida em esferas de poderes outros da República, visto que

[...] a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, inclui-se a necessidade de

fazer valer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. (Brasil, 2011, p. 867).

No caso, pois, a Corte Maior, com efeito, “ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado”, tão somente elucidou as normativas constitucionais de inclusão social, particularmente ao “cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República” (Brasil, 2011, p. 867).

O e. Ministro da Suprema Corte, Celso de Mello, frisou que, adotadas em circunstâncias patentemente excepcionais, as práticas de ativismo judicial se transformam numa “necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos”, sobretudo quando se fizer presente “o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição”, não se podendo “reduzir a uma posição de pura passividade” (Brasil, 2011, p. 868).

Sendo assim, não é diante de qualquer hipótese que o Poder Judiciário pode, ativamente, imiscuir-se em extensões de poder comumente ocupadas por diferentes facetas do Estado soberano, por meio de funções típicas outras que não a jurisdicional. Noutros termos, como acima elucidado, o Judiciário – no caso, a Suprema Corte – somente poderá agir em situação de flagrante omissão dos poderes públicos, caracterizadora de negligência estatal suficiente a causar indevidas discriminações e tantas outras violações aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Isso porque, conforme Brasil (2011, p. 868), “mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental”. Nessa toada, na vigência de um Estado de Direito, democraticamente edificado e regido, “O desprestígio da Constituição [...] representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional”, o que “reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários” (Brasil, 2011, p. 870).

Em arremate pontual, ratifique-se que o Supremo Tribunal Federal “não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada,

a integridade do sistema político, o amparo das liberdades públicas (com a conseqüente proteção dos direitos das minorias), a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. (Brasil, 2011, p. 871).

Alicerçada está, portanto, a atuação do Supremo Tribunal por ocasião da justa equiparação, valorativa e normativa, da união estável entre pares que ostentam o mesmo sexo, admitindo-se, da precisa verificação fática, a titularidade superveniente de toda a gama de direitos a que tais pessoas fazem jus, em igual medida concedida àqueles pares heteroafetivos, que também se encontram em estado de casado, já amparados expressamente pela redação de dispositivo constitucional acima narrado (CF, art. 226, § 3º).

### **3.7 Exegese do art. 1.723 do Código Civil de 2002**

Em teor jurisprudencial, rememore-se que o Ministro Celso de Mello, por conclusão, julgou procedente a ADIn nº 4.277DF, com efeito vinculante, a fim de “declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo”, desde que constatados “os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher”, reconhecendo, também, com idêntica eficácia vinculante, “que os mesmos direitos e deveres dos

companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo” (Brasil, 2011, p. 871-872).

A Corte Suprema, então, utilizando-se da técnica hermenêutica de interpretação conforme à Constituição, elucidou o teor da redação do art. 1.723, do Código Civil, de 2002, além de situá-lo junto aos demais vetores interpretativos do Texto Maior, alocando-o, ainda, ao ideal conjunto de normas de ordem inclusiva, de modo a não mais admitir, em tal dispositivo, a existência de qualquer lacuna que possa ensejar interpretações preconceituosas e discriminatórias, notadamente ante a impossibilidade de subsistir lastros normativos infraconstitucionais ostentadores de flagrante violação ao disposto na Lei Fundamental.

Semelhantemente ao art. 226, § 3º, da CF/88, o art. 1.723, do Diploma Civilista, também propugnou a proteção estatal da entidade familiar constituída apenas por homem e mulher, contato que presentes os requisitos de convivência pública, contínua e duradoura, tendo em mira a constituição regular de família. A par disso, a interpretação conforme à Constituição, tempestivamente aplicada ao mencionado dispositivo de direito privado, alargou a percepção do Direito, aproximando-o um pouco mais das conjugalidades sustentadas pelo afeto e pela responsabilidade de projetos comuns de vida, compartilhados pelas pessoas dispostas a empreender o compromisso da união, sejam heterossexuais ou homossexuais.

Extraí-se do julgado que essa interpretação fora implementada “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”, tratando-se de “reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (Brasil, 2011, p. 615). Dessa forma, assentou-se entendimento cristalino no sentido de repudiar toda forma de preconceito e discriminação por ocasião do reconhecimento da condição de titular e da respectiva efetividade dos direitos referentes às conjugalidades existentes, que não de ser regularmente amparadas pelo Estado, pelo Direito e pela sociedade.

Conforme assinalado, o estabelecimento prático dessa relação de igualdade entre uniões homoafetivas e heteroafetivas se deu por intermédio da técnica de interpretação conforme à Constituição. Nessa linha, e por força da didática, insta registrar o magistério de Barroso (2020, p. 298), para quem referida técnica hermenêutica assume melhor roupagem teórica sob a apresentação de princípio da interpretação conforme a constituição, que “abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade”.

Tal técnica de interpretação, usada para os legítimos fins deduzidos na ADIn nº 4.277/DF, em suma, comumente é destinada à “preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais” (Barroso, 2020, p. 298). No caso, atribuiu-se melhor sentido tanto à norma constitucional (art. 266, § 3º) quanto à norma infraconstitucional (art. 1.723, CC), reconhecendo-se a higidez da união homoafetiva perante as leis, com base na igualdade, não discriminação e na liberdade.

Como bem sintetizou Nery Junior e Nery (2018, p. 3499), “O STF reescreveu a Constituição e nela inseriu a união homoafetiva como uma nova forma de entidade familiar, não prevista expressamente pela CF 226”, notadamente por se tratar de uma criação essencialmente “baseada na interpretação sistemática da CF, principalmente na dignidade da pessoa humana, na igualdade, na liberdade e na não discriminação”. Contudo, os autores ressaltaram que, “Embora alterar a Constituição seja tarefa que cabe ao Poder Legislativo [...], a decisão da Suprema Corte supriu omissão do Poder Legislativo, que não cuidou de dar tratamento jurídico de segurança para as pessoas que vivem essa experiência de vida”.

Nesse sentido, Lima e Leão (2018, p. 56) inferem que “existe sim (ainda que de forma implícita e buscando captar o espírito das normas constitucionais) a proteção constitucional às famílias homoafetivas, sejam elas formadas a partir da união estável ou do casamento”, amparadas, como já citado, “nos princípios basilares constitucionais da dignidade humana, da igualdade substancial, da não discriminação, inclusive por orientação sexual e do pluralismo familiar”.

#### 4. Conclusão

Do exposto, depreende-se que, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, não havendo justificativa que admita preconceitos relativos a origem, raça, cor, idade, sexo, ou qualquer outra forma de discriminação. No mais, tem-se assentado que a diversidade cultural é um dos principais traços identitários da nação brasileira, razão por que há de se preservar ainda mais a pluralidade de concepções políticas, filosóficas, religiosas, de expressão individual ou coletiva, particularmente no que toca a convicções pessoais de vida e de comunhão com as demais pessoas integrantes do arranjo social plurívoco.

Consolidadas as enunciações valorativas e normativas concernentes à vedação da discriminação e ao repúdio à prática de preconceitos, maior razão ainda assiste à pretensão deduzida em juízo por grupos sociais minoritários, compostos por pessoas social, econômica, política e juridicamente vulneráveis, tendo em vista a não salvaguarda de seus direitos perante os direitos, interesses e postulações ostentados por grupos majoritários, de maior expressão representativa em determinados setores sociais, especialmente nos campos político e jurídico, em que se fazem presentes justamente pela presença do elemento quantitativo de maioria numérica.

Nesse contexto, torna-se necessária a conformação da legislação brasileira, para melhor albergar e proteger os interesses e direitos dos grupos minoritários, ante as novas diretrizes e situação fáticas que a realidade contemporaneamente impõe a todos, ou seja, à sociedade e ao próprio Estado. Nessa linha, os direitos fundamentais são oponíveis a todos os que se confrontarem com suas disposições, razão por que não se permite à sociedade, particularmente por seus segmentos majoritários, lesar e/ou obstruir a concreção dos direitos das minorias, assim como, ao ente estatal, intermediado pelo Poder Legislativo, não cabe a estruturação lacunosa do ordenamento jurídico, a partir da qual se pode extrair interpretações ilegítimas.

Todavia, havia uma redação lacunosa constante do art. 226, § 3º, da CF/88, e do art. 1.723, do CC/2002, potencialmente ensejadora de interpretações inconstitucionais. Referidos dispositivos – constitucional e infraconstitucional, respectivamente – preconizam, em literalidade textual, ser reconhecida como entidade familiar a união estável composta por homem e mulher. Dessa forma, por interpretação literal e, via de consequência, deveras limitada, presumir-se-ia (equivocadamente) que tanto a Constituição Cidadã quanto o Código Civil excluíram a possibilidade de reconhecimento de união de fato entre pessoas do mesmo sexo (homossexuais).

Porém, o Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 4.277/DF, com efeito, reconheceu a entidade familiar da união estável constituída por casais homossexuais, tendo por base princípios fundamentais estampados na própria Lei Magna, tais como, a liberdade, a igualdade, o pluralismo, o livre desenvolvimento da personalidade, a não discriminação, a repulsa ao preconceito, o direito à busca da felicidade, a autonomia individual e os direitos à intimidade e à vida privada. Com isso, a Corte Suprema não praticou mero ato de ativismo judicial, mas, sim, solidificou a primazia e a autoridade da Constituição da República, conferindo-lhe efetividade na aplicabilidade a situações da vida semelhantes e merecedoras de idêntica tutela constitucional.

Ademais, como sugestão para pesquisas futuras, sugere-se a análise de semelhantes situações de não efetivação imediata de direitos fundamentais pertencentes a minorias sociais, igualmente violadoras de direitos humanos consagrados nacional e internacional, tais como, a dignidade, a liberdade pessoal, a não discriminação e a igualdade material. Diante disso, importa a realização de investigações referentes a eventuais pronunciamentos jurisprudenciais sobre tais questões, a partir dos quais se possa estabelecer uma orientação social e jurídica, a fim de se robustecer ainda mais o arcabouço de fundamentação jurídico-constitucional aplicável à proteção de grupos vulneráveis, bem como se registrar um histórico de julgados em que se legitimou a prática do ativismo judicial por intermédio do exercício da função contramajoritária no âmbito dos tribunais

nacionais.

## Referências

- Abboud, G., & Mendes, G. F. (2019). Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*, 1008, 43-54.
- Abboud, G. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, 921, 191-211.
- Aranha Filho, A. J. Q. T. de C. & Aranha, M. D. de C. C. (2014). A legitimidade constitucional do ativismo judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 86, 307-325.
- Barroso, L. R. (2020). *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. (9a ed.), Saraiva Educação.
- Beaud, M. (2014). *A arte da tese: como elaborar trabalhos de pós-graduação, mestrado e doutorado*. BestBolso.
- Boaventura, E. M. (1999). *Como ordenar as ideias*. (7a ed.), Ática.
- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). ADIn nº 4.277/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Ayres Britto, Julgamento: 05/05/2011, Publicação: 14/10/2011. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>
- Corbo, W. (2014). Reflexões acerca da função contramajoritária do STF na proteção de direitos de minorias. *Revista dos Tribunais*, 5, 181-212.
- Ferraz Filho, J. F. C. (2018). Arts. 1º a 5º. In: Machado, C. *Constituição Federal comentada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. (9a ed.), Manole.
- Lima, A. M. M. de. & Leão L. N. (2018). Casamento homoafetivo no Brasil: uma análise a partir do art. 226 da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 108, 43-69.
- Medeiros, A. P. A. de. & Nelson, R. A. R. R. (2013). A redefinição do conceito de família na perspectiva do neoconstitucionalismo. *Revista de Direito Privado*, 55, 265-310.
- Mendes, G. F. & Branco, P. G. G. (2018). *Curso de direito constitucional*. (13a ed.), Saraiva Educação.
- Nery Junior, N. & Nery, R. M. de A. (2018). *Código de processo civil comentado*. (3a ed.), Thomson Reuters Brasil.
- Oliveira, L. de. (2017). A construção das famílias homoafetivas no paradigma democrático. *Revista de Direito Privado*, 84, 99-120.
- Reale, M. (2002). *Lições preliminares de direito*. (27a ed.), Saraiva.
- Rizzardo, A. (2019). *Direitos de família*. (10a ed.), Forense.
- Santiago, M. R. (2011). A união homoafetiva na legislação brasileira: natureza jurídica. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, 2, 1283-1290.
- Santos, J. P. M. dos. (2019). Justiça constitucional e a sua função contramajoritária: da limitação à sua legitimação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 116, 107-132.
- Sarlet, I. W., Marinoni, L. G. & Mitidiero, D. (2018). *Curso de direito constitucional*. (7a ed.), Saraiva Educação.
- Sarmento, D. (2016). *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Fórum.
- Souza, L. D. F. de. & Barbuglio, D. (2015). O ativismo judicial e a efetividade dos direitos fundamentais na união homoafetiva. *Revista de Direito Privado*, 64, 301-319.
- Tepedino, G. (2011). A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. *Soluções Práticas*, 1, 19-39.