

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITO DE SER DIFERENTE NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS^{*/**}

Antonio Dantas de Oliveira Junior

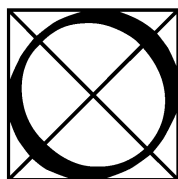
Sumário: I – Introdução; II – Esboço Histórico; III – O Princípio da Igualdade e suas Formas; III. I. A igualdade perante a lei e na forma da lei; III. II A igualdade e as funções legislativas, executiva e judicial; III. III Requisitos ofensivos e critérios diferenciadores à igualdade; III. IV A igualdade e o árbitro; III. V – Direitos Fundamentais e a igualdade; III. VI – A proporcionalidade e a igualdade; IV – A Igualdade, a Liberdade e o Direito à Diferença; V – A Evolução do Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; VI – A Concepção e a Extensão do Princípio da Igualdade; VII – Perspectiva da Igualdade e a Mutação Constitucional; VIII – O Neconstitucionalismo, os “Trunfos contra a Maioria” e a Relação

* Relatório de mestrado da disciplina de Direito Constitucional I/II (A Justiça Constitucional em Debate) no âmbito do curso de Direito Constitucional da Faculdade de Direito, da Universidade Clássica de Lisboa, no ano letivo de 2012/2014, sob regência do Professor Doutor Luís Pereira Coutinho.

** Indicações de redação e leitura: O presente relatório foi redigido consoante os padrões convencionados no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, a 16 de Dezembro de 1990, por Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Moçambique e, posteriormente, por Timor Leste. No Brasil, o Acordo em questão foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 54, de 18 de abril de 1995. Com isso procura-se justificar, por exemplo, a supressão do trema e algumas diferenças em relação ao uso do hífen, à acentuação e à ortografia de algumas palavras. Ressalta-se que o acordo é meramente ortográfico, e por isso não elimina todas as diferenças ortográficas e semânticas verificadas nos países que têm a língua portuguesa como idioma oficial. No presente trabalho foi utilizado o padrão brasileiro da língua portuguesa. Cabe ressaltar que a normalização do presente trabalho está em conformidade com as normas estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), órgão responsável pela normalização técnica no Brasil. Assim, as citações das obras e dos autores de referência foram feitas em notas de rodapé, arranjadas ao longo do texto segundo o critério numérico ascendente.

com a Dignidade da Pessoa Humana; IX – A Democracia e o Parâmetro; X – União Homoafetiva como Entidade Familiar; XI – O Princípio da Igualdade e o Paradigma de Família; XII – Aspectos Relevantes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277; XIII – Conclusão; Referências.

I – INTRODUÇÃO



ponto de partida, neste estudo, é o princípio da igualdade que, na fase liberal, preocupava-se em tratar todos igualmente perante a lei, sem qualquer tipo de diferenciação entre as várias características de pessoas e grupos sociais. No Estado Social a igualdade material veio assegurar, ainda que minimamente, uma igualdade fática.

Em relação ao princípio da igualdade, com propriedade, Celso Antonio¹ expõe: “Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”.

O destinatário do princípio da igualdade, portanto, é o legislador, daí por maior que seja a discricionariedade em matéria de política legislativa há, diante da paridade, uma limitação, por isso a lei não pode ser base de privilégios ou perseguições.

O *viés* do trabalho é discutir se a igualdade e o direito de ser diferente são expressões sinônimas, e, por consequência, se a Constituição Federal deixou ou não de reconhecer como entidade familiar as uniões homoafetivas e se há o direito entre essas pessoas de casarem.

Diante da não discussão e regulamentação acerca da temática, após 25 (vinte e cinco) anos da promulgação da

¹ BANDEIRA, Celso Antonio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3^o Ed. São Paulo:Malheiros Meditadores, 2012. p. 9.

CRFB que, como se sabe, reconheceu o pluralismo, a dignidade, a liberdade e a igualdade, outro ponto a ser considerado é se o Poder Legislativo infraconstitucional brasileiro autoriza ou não, em sede de interpretação constitucional, a interferência do judiciário para assegurar o princípio da igualdade, com o argumento da força normativa da Constituição e da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais em uma democracia contramajoritária, baseada não só em liberdades positivas, mas em liberdades negativas.

Com base neste contexto, lanço a seguinte problemática: o pluralismo ideológico e o respeito pelas diferenças são o mesmo que o princípio da igualdade? A questão envolvendo a parametrização moral, quando atual e sem consenso, deverá ser deixada a cargo do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário? Estas são questões intrigantes e que pretendo discutir no decorrer do trabalho.

Na igualdade, o critério diferenciador precisa de um fundamento material, e não, simplesmente, ser deixado ao acaso por um mero capricho do legislador ou, como no início, por uma concepção sem nenhuma fundamentação lógica, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É sabido que nenhum direito fundamental é absoluto, daí pode perfeitamente sofrer restrições, por isso, em determinadas situações, um princípio constitucional deve prevalecer sobre o outro e aí sucessivamente, mas sem perder a vontade primeira do legislador.

Frise-se, contudo, que o argumento de prevalência de um princípio sobre o outro deve ser razoável, e, em tese, não ser atribuído um maior ou menor peso por convicções pessoais, morais e religiosas de grupos predominantes, a não ser que seja matéria de ideologia constitucional, o que, na prática, ocasiona um entrave entre os Poderes Legislativo e Judiciário, quando da ação ou inação do primeiro.

Como se vê, na seara do Poder Legislativo, em uma so-

cidade democrática como a brasileira, diante de parâmetros morais daqueles que integram o parlamento em determinada época, as leis promulgadas e sancionadas devem ser seguidas por todos, diante da vontade de uma maioria legitimamente eleita.

O que é preciso distinguir é se o conteúdo da lei ou a omissão dela rompe ou não com o ideário do Constituinte Originário, pois, em tendo sido observado, o Judiciário não poderá interferir, sob pena de afrontar a separação de poderes e ser ativista.

O Poder Judiciário, como no caso das emblemáticas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4277, as quais foram julgadas conjuntamente sobre a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar em uma interpretação do artigo 1.723² do CCB em conformidade com o parágrafo 3º, do artigo 226³, da CRFB, adentrou, em parte, na esfera de competência do Poder Legislativo, isso porque apenas deveria ter reconhecido a união entre pessoas do mesmo sexo como uma forma de entidade familiar *sui generis*, mas que não se enquadrasse entre aquelas previstas na CRFB.

A Norma Constitucional, no artigo 226⁴, parágrafo 3º, em momento algum, fez menção à união entre casais do mesmo sexo, daí, sob esse ângulo, não há que se falar em interpretação conforme a constituição do artigo 1723 do CCB. A mencionada interpretação deve ser com base nos princípios centrais do texto constitucional plural, já que o Código Civil Brasileiro e a CRFB não proibiram o reconhecimento das uniões homoa-

² Art. 1.723 do CCB: “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”.

³Art. 226 da CRFB: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁴ Op. cit.

fetivas como entidade familiar.

A jurisdição constitucional, no presente caso, também pode se valer da analogia como forma de integração, ou seja, aplicar, no que couber, as regras da união heterossexual à união homoafetiva.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na verdade, é à base de todos os outros princípios e direitos fundamentais, assegurando a qualquer ser humano um tratamento com igual dignidade e respeito, independentemente de raça, sexo, cor, região, etc. Não existe igualdade sem uma dignidade prévia.

II- ESBOÇO HISTÓRICO

A igualdade, há três séculos⁵, instiga ao homem na busca das transformações políticas, econômicas e sociais, mas nem sempre foi assim, pois, em outras épocas, as desigualdades, invariavelmente, eram visualizadas como decorrência natural das coisas ou da vontade divina.

Nas revoluções liberais, em especial a Francesa de 1789, a classe dos burgueses exigia os mesmos direitos de dois segmentos estatais: o clero e a nobreza, eis que não se conformavam com os privilégios que a cultura e o patrimônio impunham. Começava a surgir o ideal de igualdade jurídica ou perante a lei.

Acontece que, mesmo com a passagem da monarquia para o Estado Liberal⁶, a igualdade continuava mitigada, haja vista que as condições de vida eram demasiadamente desiguais entre os empresários e o proletariado. O ideal de uma igualdade de fato ou na lei só nasceu com o Estado Social.

Na sociedade contemporânea, vive-se o movimento do

⁵ GONÇALVES, Manoel Ferreira. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. 2º Ed. Coimbra: 2010. p. 199.

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Portugal: Coimbra editora, 2010.

igualitarismo⁷ no modo de ser, de viver, e de pensar, tendo em vista a globalização que abarca o mundo.

Em relação à constituição de família por casais homossexuais, é de bom alvitre uma breve digressão histórica⁸ passando pela Cidade Palestina do Velho Testamento chamada de Sodoma, local para onde se deslocou o sobrinho de Abraão conhecido como Ló e sua família.

A peculiaridade de Sodoma encontrava-se, naquela longínqua época, em garantir a liberdade de opção sexual aos seus moradores, quer dizer: não só o heterossexualíssimo era permitido, como também os relacionamentos homossexuais e bissexuais. Por isso, a palavra sodomia possui o significado de homossexualidade ou bissexualidade, fenômenos que ainda hoje são, equivocadamente, relacionados à religião, ao pecado, à doença, etc.

Seguindo o raciocínio, entre os Séculos XV e XVII, conheceu-se as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521)⁹ e as Ordenações Filipinas, advindas do Reino de Portugal e impostas à Colônia Brasil, coibindo a prática desviante da homossexualidade, inclusive, em alguns casos, equiparado ao crime de lesa-majestade, com a pena de morte ou a perda de bens, esta última, para a Coroa.

Diante da situação, a Coroa Real Portuguesa¹⁰, com a expansão colonial, e aumento da homossexualidade entre colonizadores e colonizados, através do Rei Dom Sebastião editou

⁷ GONÇALVES, Manoel Ferreira. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.202.

⁸ STF, ADIN 4277/DF, Min. Celso de Melo. Publicada em 05/05/2011. Disponível em:

www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em: 20 out 2013.

⁹ ADPF nº 132- STF- p. 219/220. Publicada em 14/10/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁰ ADPF nº 132- STF- p. 222/223. Publicada em 14/10/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 out 2013.

a Lei sobre o Pecado de Sodomia. No mesmo sentido a igreja, nos idos de 1533, reprimiu e puniu os homossexuais e a prática da relação entre pessoas do mesmo sexo com flagelações, humilhações, e a morte na fogueira.

A Organização Mundial da Saúde¹¹(OMS), desde o ano de 1985, não considera mais o "homossexualismo" como doença, e ainda permutou da palavra acima citada o sufixo "ismo" pelo sufixo "dade" que indica a identidade e a forma de ser de uma pessoa e não mais a ideia de patologia.

No direito comparado¹² há países que punem e proíbem o comportamento homossexual, inclusive alguns deles, c. p. ex. Jamaica, Angola, Arábia Saudita, Irã, etc, com a pena de morte; outros tratam o assunto com indiferença; e alguns em um estágio mais avançado criam medidas protetivas. Países¹³ como a Holanda (2001), Bélgica (2003), África do Sul (2006) e Argentina (2011) foram os primeiros a reconhecerem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Já a Dinamarca, no ano de 1989, reconheceu a união homoafetiva por intermédio de parcerias civis, em todos os casos fruto de discussões políticas de anos.

O legislador brasileiro, com o projeto de Lei nº 1.151/1995, de autoria da então Deputada Federal, hoje Senadora da República, *Marta Suplicy*, trouxe à pauta a regulação da união entre pessoas do mesmo sexo que, passados 18(dezoito) anos, nada fora decidido.

O Estatuto das Famílias¹⁴, no artigo 68, tramitando no Congresso Nacional, reconhecia como entidade familiar a uni-

¹¹ SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo. In: Marcelo Conrado; Rosalice Fidalgo Pinheiro. (Org.). Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. v. p. 2 -4.

¹² VARGAS, Fábio de Oliveira. União Homoafetiva: Direitos sucessórios e novos direitos. Curitiba Juruá Editora, 2011. p.99.

¹³ VARGAS, Fábio de Oliveira. União Homoafetiva. Direitos sucessórios e novos direitos. Curitiba Juruá Editora, 2011. p. 101.

¹⁴ CALDEIRA, Cesar. União Bem-Vinda: Ativismo Temerário. Troca-Troca. Abril-maio- junho. 2011. p.116.

ção entre pessoas do mesmo sexo desde que houvesse publicidade, continuidade, durabilidade e com o intuito de constituição de família com a aplicabilidade, no que coubesse, das uniões estáveis entre homem e mulher, contudo a Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados extirpou do texto as menções as relações homoafetivas.

O Conselho Nacional de Justiça, diante do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas seguirem as regras da união estável heterossexual, editou e publicou a Resolução nº 175, datada de 14 de maio de 2013, na qual proíbe as autoridades competentes (cartórios) de se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Por tudo isso, não há dúvida, segundo a Constituição Federal de 1988, de que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma forma de família, contudo quem deve definir o modelo dessa família é o Poder Legislativo, e não, como destrinchado, pelo Poder Judiciário.

III – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUAS FORMAS

III. I – A IGUALDADE PERANTE A LEI E NA FORMA DA LEI

A Constituição Federal Brasileira de 1988, desde o preâmbulo, com passagens pelos objetivos fundamentais (art. 3º¹⁵) e direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, *caput*¹⁶),

¹⁵ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁶ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

dentre outros comandos normativos, assegura a proteção da igualdade, refutando, como regra geral, qualquer forma de discriminação e preconceito.

O artigo 5º da CRFB consagra o princípio da igualdade com a afirmação de que “todos são iguais perante a lei e sem distinção de qualquer natureza”. O citado princípio tem por fim impedir privilégios arbitrários e discriminações odiosas e sem justificativa alguma.

No instante em que a Carta de Outubro, no artigo aventado, cita a expressão “sem distinção de qualquer natureza” está clarividente a possibilidade da lei criar situações de *discrimén*, devidamente fundamentada, sem ofender e conflitar o princípio da igualdade com a palavra homogeneidade¹⁷.

O princípio da igualdade veio a conjugar as dimensões liberais, democráticas e sociais relacionadas ao conceito de Estado de Direito Democrático e Social. Assim, na fase liberal, a igualdade perante a lei deveria atingir todas as pessoas indistintamente e universalmente, pois os homens são iguais em direitos, porém, como ensina Canotilho¹⁸, é uma igualdade na aplicação do direito, na idêntica aplicação da lei pelo executivo e judiciário.

No plano da igualdade formal ou jurídica ou perante a lei, o tratamento igualitário deve ser concedido a todos aqueles que estejam na mesma categoria essência.

Em sentido oposto é a igualdade material ou real, mormente por visar igualar os desiguais através de atuação positiva do Estado na rota de proporcionar às minorias e aos menos favorecidos uma igualdade real de condições com as demais pessoas. A CRFB adotou os dois tipos de igualdade, a primeira no artigo 5º, *caput*, e a segunda no artigo 3º, Inciso III, e artigo 6º e seguintes.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método. 2010. p. 392.

¹⁸ CANOTILHO, Gomes, JJ. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Portugal: Almedina, 2000. p. 426.

Na fase do Estado Liberal, na qual imperava a abstenção estatal e a liberdade entre os membros da sociedade, o princípio da igualdade nada mais era, do que a aplicação da lei, isto é, a própria legalidade na expressão “todos são iguais perante a lei”. Ocorre que, essa igualdade pautada na lei se fazia valer para as pessoas de posses, com oportunidade de estudos, etc, deixando ao relento bastardos, negros, homossexuais, mulheres, etc.

Como se depreende, independentemente do legislador precisar a igualdade total perante a lei, esta, na prática, nem sempre acontecia, como já dito, diante da individualidade de cada ser humano e da exclusão de certas categorias. A generalidade¹⁹ da lei era um manto para avalizar inúmeras injustiças por não permitir que a igualdade pudesse abarcar as diferenças materiais, isto é, as minorias ficavam a mercê, quase sempre, da maioria preconceituosa e arbitrária, acarretando abusos por parte do legislador.

No advento do Estado Social, portanto, surgiu a ideia de que não bastava somente ser igual à lei, mas que a forma de criação e as entranhas da legislação fossem ancoradas na igualdade, com a expressão que, em momento oportuno desse trabalho será melhor debatido, “tratar o igual com igualdade e o desigual na medida de sua desigualdade”. Nas desigualdades fáticas, materiais ou de oportunidade a efetiva igualdade deve ser aplicada.

Percebo que a igualdade não é causa excludente da diferenciação, mas de entrelaçamento e de compensação em sociedades que possuem, com o passar dos tempos, déficits com grupos minoritários.

III.II- A IGUALDADE E AS FUNÇÕES LEGISLATIVA, EXECUTIVA E JUDICIAL

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República. Portugal: Coimbra editora, 2004. p. 103.

O legislador tem o dever, em constituições plurais como a brasileira, quando da elaboração de uma lei, de criar saídas ou mesmo diferenciações para setores da sociedade que passaram ou continuam a viver um processo brutal de discriminações, intolerâncias e falta de aceitação, com o escopo de assegurar a igualdade material.

Diante do expositado, no que tange ao princípio da igualdade, o legislador também deve observar o caráter de inserção, no ato da elaboração das leis, de direitos iguais. Não sendo suficiente a execução da lei a toda e qualquer cidadão, eis que, diante da universalidade, o princípio da igualdade permite discriminações em relação ao conteúdo.

É o que *Canotilho*²⁰ chama de igualdade na própria lei, e não tão-somente, a igualdade perante a lei em virtude das diferenciações inerentes ao princípio em análise.

Atualmente não se tem mais dúvidas sobre as expressões igualdade perante a lei e igualdade na lei, eis que o princípio da igualdade deve ser observado pelas funções legislativa, executiva e judicial, e não apenas à Administração Pública e ao Poder Judiciário como se interpretava o termo “igualdade perante a lei”.

Embora todos sejam iguais perante a lei, na prática, alguns segmentos como: negros e portadores de deficiência, integrantes de algumas religiões, mesmo em um Estado não confessional, e pessoas do mesmo sexo ainda são discriminadas, tolhidas de oportunidades ou simplesmente excluídos.

Assim, é preciso que o conteúdo das leis, mesmo sendo genéricas e abstratas, em casos específicos, não deixe de assegurar os direitos daqueles que são “diferentes”, sob pena de violação a direitos fundamentais, *verbis gratia*, a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, etc, mas nada impede

²⁰ CANOTILHO, Gomes, JJ. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7º ed. Portugal: Almedina, 2000. p. 427.

que, excepcionalmente, e com a devida justificativa também possa restringir direitos fundamentais de minorias.

De outra banda, em algumas situações, o próprio legislador, disfarçadamente, pode criar leis com caráter geral e abstrato, mas que na verdade tem o nítido propósito de favorecer ou prejudicar determinados grupos, daí, ao mesmo tempo em que legislou, estará, em tese, vinculando os Poderes Executivo e Judiciário, indo de encontro à separação de poderes.

Questão intrincada do princípio da igualdade é saber até onde o juiz constitucional poderá efetuar um controle diante da atuação de entidades públicas. No Estado Liberal não havia interferência alguma acerca da igualdade, pois a mesma era perante a lei, expressão mais simples do princípio da legalidade²¹.

A igualdade fática, como todo e qualquer princípio, não é algo definitivo, mas *prima facie*²², eis que em um caso concreto pode ceder em face de outros princípios contrapostos, como por exemplo, no sopesamento com a igualdade jurídica, ou com o princípio da separação de poderes entre o legislativo e o judiciário.

No que tange ao legislador, refere-se à possibilidade, na perspectiva de uma racionalidade, de ser conferido um tratamento jurídico desigual para atingir uma igualdade fática.

Por sua vez, o judiciário está relacionado com a possibilidade de um Tribunal Constitucional criar uma situação de igualdade fática, desde que haja observância da liberdade democrática de conformação do legislador. Nada impede, ao mesmo tempo, que o judiciário contenha a discricionariedade legislativa quando haja limitação injustificada de direitos fundamentais.

A diferenciação entre a igualdade jurídica e a igualdade

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Portugal: Coimbra editora, 2004. p. 102.

²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Silva, Virgílio Afonso. 2ªed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 422/423.

fática *prima facie* é que aquela implica a realização de um tratamento sem desigualdade; e essa objetiva uma ação positiva do Estado.

A igualdade perante a lei, nos tempos atuais, é aplicável, mas não isoladamente, tendo em vista que a generalidade das leis pode encobrir injustiças legislativas, em face de uma parcela menor da sociedade. O desigual para que seja considerado um igual precisa, via de regra, de um tratamento faticamente diferenciado, daí o porquê de o conteúdo da lei observar a igualdade. Com diz Novais²³: “tratando da mesma forma o milionário e o mendigo, encobria e criava desigualdade e injustiça”.

III. III- REQUISITOS OFENSIVOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADORES À IGUALDADE

O professor Reis Novais²⁴, em relação ao princípio da igualdade, afirma ser imprescindível analisar alguns aspectos para se saber se há ofensa ou não, são eles: “Quais os critérios admissíveis da diferenciação e qual a densidade do controlo a que as diferenciações feitas em seu nome podem ser sujeitas por parte do juiz que garante a observância do princípio constitucional da igualdade”.

Voltando ao critério Aristotélico²⁵, com a máxima “tratar os iguais com igualdade e desigualmente os desiguais” não chega a ponto algum, eis que se deve fazer a seguinte pergunta: quem são os iguais e quem são os desiguais? Qual o liame entre ser igual ou ser desigual em um tratamento diferenciado?

Será igual, em regra, todo aquele, ou toda e qualquer si-

²³ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Portugal: Coimbra editora, 2004. p.104.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Portugal: Coimbra editora. 2004. p. 109.

²⁵ BANDEIRA, Antônio Celso. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3^o Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 10-11.

tuação quando uma desigualdade seja irrelevante para ser levada em consideração. Em tese, há necessidade de um texto normativo para definir a qualidade de coisas, pessoas ou fatos que possam acarretar uma diferenciação.

Acontece que no mundo atual, muitas vezes, não há norma acerca da garantia de direitos do diferente ou quando há, prevalece, muitas vezes, um critério de distinção pautado em valores pessoais e não constitucionais e, por isso, a discriminação deverá guardar compatibilidade com a essência do princípio, tomando por base uma razão adequada e compreensível.

Por isso, não é qualquer tipo de diferenciação entre pessoas e coisa que pode acarretar um fator de discriminação em prol da igualdade, ou seja, a cor dos olhos de um indivíduo não pode ser motivo para permitir ou não, por exemplo, um enlace matrimonial, eis que não haveria idoneidade jurídica como critério de desequiparação²⁶.

Por essa forma, em algumas leis haverá sempre um fator de *discrimen*, isto é, estará presente um elemento diferencial, todavia o essencial é encontrar o limite necessário e normal da diferenciação. O ser igual ou desigual vai depender do caso concreto e dos interesses em questão, não sendo, também, um rol taxativo ou universal. *Reis Novais*²⁷, citando *Dworkin*, menciona:

[...] a cláusula da igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito, ou seja, o princípio da igualdade não lhe garante o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual.

No sentido de perseguir o princípio da igualdade, diante

²⁶ BANDEIRA, Antônio Celso. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 12.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Constitucionais Estruturantes da República portuguesa. 3º Ed. São Paulo: Coimbra, 2004. p.109.

de décadas de discriminações a determinadas raças ou segmentos, e de não existir uma perspectiva nas áreas sociais, em um futuro próximo, surgiu a figura das ações afirmativas que consiste, em um prazo determinado, no desenvolvimento de políticas públicas ou programas privados de combate às discriminações, como por exemplo, o sistema de quotas para negros.

Os critérios das ações afirmativas devem ser estudados e bem definidos com antecedência, evitando a discriminação reversa, ou seja, daquelas pessoas que não sejam beneficiadas pelas ações afirmativas. São medidas de compensação em relação aos indivíduos que não passaram por esse processo de limitação.

É preciso definir qual será o referencial escolhido para uma diferenciação ou não, quando da divergência acerca da norma ou da sua ausência entre grupos destinatários diversos.

O nº 2, do artigo 13²⁸, da Constituição Federal Portuguesa, traz casos que não podem ser discriminados, em rol exemplificativo, sob pena de violação à igualdade, entre eles, orientação sexual, desde que se observe, a meu ver, as ressalvas já citadas, isto é, em havendo um fundamento material razoável é possível a discriminação para que haja uma igualação.

O princípio da igualdade, em sede de jurisdição constitucional brasileira e a portuguesa²⁹, em regra, abrangem três parâmetros: a proibição do arbítrio; a proibição de discriminação; e a obrigação de diferenciação. A primeira tem por escopo, em uma concepção não só jurídica, mas fática, conferir um tratamento igual para situações iguais, e a proibição de um tratamento de paridade em casos manifestamente desiguais. A

²⁸ Art. 13, Item 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

²⁹ BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira. A <<igualdade proporcional>> Novo modelo do controle do princípio da igualdade? Comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional Nº 187/2013.

segunda proíbe, terminantemente, uma diferenciação baseada em critérios subjetivos (ascendência, ideologia, sexo, raça, religião, etc), pois é preciso uma fundamentação racional axiológica constitucional. A terceira tem por premissa a compensação das situações que envolvam as desigualdades de oportunidades.

A CRFB, no seu artigo 5º, *caput*, fala no princípio da igualdade. O inciso IV, do artigo 3º do mesmo texto traz a figura da promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo, raça, idade, cor, etc. Isso não significa ofensa à igualdade caso haja, em relação aos temas citados, algumas diferenciações, *verbis gratia*, concurso em que se admita somente a inscrição de mulheres para o provimento de cargos de “agente penitenciária” em presídios femininos.

Feitas essas observações, o critério para identificação em discriminações e o respeito à isonomia, segunda Celso Antônio³⁰, deve passar por uma trilogia, isto é, o fator discriminatório; a justificativa racional ou fundamento lógico para desigualar; e se há correlação entre a justificativa do *discrímen* e os valores constitucionais. Na ausência de qualquer um dos requisitos mencionados haverá ofensa à igualdade.

De outra banda, o princípio da igualdade visa uma dupla percepção, ou seja, assegurar uma garantia contra perseguições, e coibir qualquer tipo de favorecimento. Por isso, a lei não pode ser individualizada, com destinatário certo, o que não significa a possibilidade de, em determinada época, atingir, por questões naturais, um único indivíduo, mas que no futuro possa haver uma reprodução do objeto e atingir um determinado grupo que passe a se enquadrar na situação legal.

III. IV- A IGUALDADE E O ARBÍTRIO

³⁰ BANDEIRA, Antônio Celso. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 21.

O Tribunal Constitucional Alemão³¹ foi pioneiro ao afirmar que a igualdade para ser respeitada não poderia ser arbitrária, pois as normas e suas aplicações relativas à igualdade devem respeitar os direitos fundamentais com um nítido caráter comparativo entre um (igualdade) e outros (demais direitos fundamentais).

Diz *Alexy*³²: “Não é qualquer tratamento desigual de casos substancialmente iguais que é vedado, mas apenas o tratamento arbitrariamente desigual de casos substancialmente iguais”.

O arbítrio acontece a partir do instante em que não exista um fundamento razoável para a diferenciação de um tratamento na lei, eis que, neste caso, o tratamento igual é vigente, pois o enunciado geral da igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual.

A igualdade deve ser justa³³, e para isso é preciso que se observe o princípio da proibição do arbítrio juntamente com um critério material objetivo para valorar as relações de igualdade e desigualdade, ou seja, pessoas em situações idênticas não podem ser tratadas desigualmente, caso contrário é arbítrio.

Diante da problemática haverá arbítrio por ausência das seguintes características: fundamento sério; não tiver um sentido legítimo; e estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável³⁴.

O respeito ao princípio da igualdade, portanto, deve ser enxergado em uma dupla perspectiva: em um polo, o critério discriminador³⁵; no outro polo, o fundamento lógico para a

³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 402.

³² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 403.

³³ CANOTILHO, Gomes, JJ. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Portugal: Almedina, 2000. p. 428 e ss.

³⁴ CANOTILHO, Gomes, JJ. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Portugal: Almedina, 2000. p. 428 e ss.

³⁵ TAVARES, Ramos, André. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. São Paulo:

desigualdade; e, por fim, a correlação entre um e outro.

Há uma tendência para que o princípio constitucional da igualdade esteja relacionado à proibição do arbítrio, o que não significa dizer a anulação da liberdade do legislador, mas que ele não cometa excessos, sem justificativas racionais e objetivamente fundadas em valores constitucionais relevantes. O citado princípio vincula diretamente os poderes públicos, configurando, nada mais, nada menos, como um direito fundamental dos cidadãos, e de aplicabilidade direta e imediata. O arbítrio³⁶ e a discriminação infundada devem ser extirpados por ausência de fundamento material.

A título genérico de exemplo, o que vai definir o estágio probatório de um magistrado não é o transcurso do prazo de 02(dois) anos, mas os atos praticados por cada profissional durante o período, sob pena de, em sendo levado somente o tempo em consideração, haver uma violação ao princípio da igualdade por ausência de um justa discriminação entre os envolvidos.

Para que haja um não reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar, e, por extensão uma discriminação com relação aos casais do sexo oposto, chego à seguinte conclusão: fator de discriminação: pessoas do mesmo sexo; fundamento lógico: impossibilidade de procriação, moral cristã, etc; correlação lógica: não é condizente com o Texto Constitucional, eis que o constituinte originário, desde o preâmbulo, previu a pluralidade, a igualdade, etc.

Assim, a legislação não pode deixar de reconhecer como família, os casais homossexuais, o que não significa a obrigatoriedade de equiparação à estrutura jurídica dos heterossexuais, diante do atual pensamento do legislador constituinte pátrio e, ainda, de uma cultura “conservadora”.

Saraiva. 2013. p. 457.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República portuguesa. Portugal: Coimbra editora, 2004. p.144.

O fundamento lógico, como se vê, é a relação de pertinência, isto é, o fator de discriminação tem que ser plausível. Diante do exposto, para enriquecer a investigação, trago à baila o seguinte caso: a proibição de pessoas do sexo masculino participarem de concurso público para o cargo de agente prisional em unidade prisional feminina para fazerem revistas em mulheres.

Para saber o que é razoável, há a necessidade de uma valoração sobre os argumentos apresentados e a observância da igualdade, como um direito de promoção da liberdade negativa e não simplesmente, com uma natureza de abstenção do Estado.

No princípio da igualdade a lei pode trazer distinções, desde que não sejam arbitrárias. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Português³⁷ vem afirmando que a teoria da proibição do arbítrio não define o conteúdo do princípio da igualdade, mas restringe a competência do controle judicial, daí quando não houver arbítrio o juiz deve se autolimitar e respeitar a solução mais adequada definida pelo legislador.

Em um Estado Democrático de Direito o Estado é juridicamente limitado por intermédio de direitos fundamentais, em especial, garantindo às minorias o mesmo direito que a todos é assegurado de escolher livremente as metas de vida com as mesmas possibilidades e oportunidades em atenção ao princípio da paridade de armas.

Robert Alexy³⁸, diferentemente de outros autores, é categórico ao afirmar que o ônus argumentativo, em questões de matérias discriminatórias, deve ser imputado a quem alega a necessidade da discriminação e não aos que buscam a paridade de tratamento, eis que caso não haja razão suficiente para um tratamento desigual, a medida que se impõe é o tratamento

³⁷ Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 187/ 2013. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha.

³⁸ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 395-396.

igual.

O argumento de que cabe ao legislador regular o direito de constituição de família, independentemente de orientação sexual, é verdadeiro em razão da separação de poderes, todavia o legislador não tem plena liberdade em definir ou “omitir” o tema posto, pois existem direitos e princípios fundamentais que estão validados e com força de norma na CRFB.

Nos termos em que a igualdade continua a ser imposta por aqueles que defendem uma democracia apenas de maiorias, não se pode, a meu ver, como nos primórdios, falar em direito fundamental propriamente dito, eis que nada mais é do que uma sociedade de castas, e nem todos têm acesso ou a chance de viverem conforme suas escolhas, o que vai de encontro ao caráter da universalidade dos direitos fundamentais. Constatam-se, então, a imposição de muitos em detrimento de poucos, significando dizer que iguais são tratados com desigualdade, e desiguais tratados com igualdade.

Uma situação, *v.g.*, é o Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, assegurar a inversão do Ônus da Prova aos hipossuficientes técnicos ou econômicos, e outra, bem diferente, é a não permissão ou a inércia legislativa de que as uniões homoafetivas sejam reconhecidas como um modelo de entidade familiar.

A análise é simples, pois no primeiro caso o fabricante, o produtor e o empresário possuem melhor técnica e maior condição financeira do que o consumidor que é a parte mais fraca na relação; já no segundo caso não há nada que justifique um tratamento diferenciado entre heterossexuais e homossexuais sobre a constituição de um modelo de família.

III. V- DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IGUALDADE

Os direitos fundamentais de defesa, *c. p. ex.* da liberdade de opção sexual, caso condicionem a uma atuação legislati-

va equiparar-se-ão a qualquer outro direito de menor carga valorativa, e, portanto, direitos fundamentais fracos³⁹ por derivarem da lei. Assim, a dependência de uma lei para que se garanta a condição de família nas relações homoaféticas fere o princípio da igualdade.

Os direitos fundamentais são núcleos importantes em um Estado Democrático de Direito, por isso sua outorga ou não outorga⁴⁰, em termos genéricos, não pode ficar “nas mãos” de uma maioria parlamentar.

O princípio deve ser efetivado, conforme *Alexy*⁴¹, na maior medida possível desde que se observe as possibilidades jurídicas (ponderar com princípios contrários) e reais existentes. Os princípios são “mandamentos de otimização”, daí podem ser cumpridos em diferentes graus.

*Dworkin*⁴² afirma que os princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permite ao juiz, diante do *hard cases* (casos difíceis), realizar a interpretação de maneira mais favorável à Constituição Federal.

Os direitos fundamentais, dessa forma, devem ser vistos como limitadores de diferenciações e restrições ilegítimas, eis que é preciso um equilíbrio entre os critérios aceitos de diferenciação e o limite da atuação judicial como garantia da igualdade. São discriminações arbitrárias todas aquelas que são repudiáveis em uma constituição democrática garantidora de direitos fundamentais. Cito como exemplo, em relação ao sexo ou orientação sexual, salvo se demonstrado que a diferenciação de uma categoria suspeita for, por outro fator, relevante.

O fato é que com o surgimento do Estado Social a

³⁹ NOVAIS, Reis Jorge. Direitos sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Portugal: Coimbra editora, 2010.

⁴⁰ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 432.

⁴¹ Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p.90.

⁴² Dworkin. Ronald. Taking Rights Seriously. São Paulo: Martins Fontes, 1977. p. 81 e 83.

igualdade formal continua a ser importante, mas com a complementação da igualdade material, caso contrário corre-se o risco de se institucionalizar a figura da descriminalização injustificada.

Dessa forma, é o momento em que o princípio da igualdade ou do direito de ser diferente em um Estado Democrático de Direito deve ser aplicado pelo juiz constitucional em razão de discriminações arbitrárias, mas com um juízo de proporcionalidade entre os interesses em pauta. O liame é tênue entre igualdade, direito de ser diferente, discriminação e excessos, devendo o Judiciário ser cauteloso para que não interfira indevidamente nas atribuições do Poder Legislativo.

III. VI – A PROPORCIONALIDADE E A IGUALDADE

A diferenciação possui limitações de natureza subjetiva e objetiva, isto é, a primeira, quanto às pessoas e aos grupos, e para que haja respeito à igualdade é imprescindível que o motivo diferenciador não seja ideológico ou fruto do capricho⁴³. A segunda é relacionada com o grau de justificação acerca de uma diversidade, envolvendo a figura da proporcionalidade em sentido amplo, subdividindo-a em: adequação, razoabilidade ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da igualdade possui, portanto, uma relação com o princípio da proporcionalidade⁴⁴, apesar deste último ser originário do direito administrativo e penal, e o primeiro do direito constitucional. A igualdade aproxima-se da proporcionalidade, especificamente, no tocante ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, proíbe-se o excesso ou o arbítrio, eis que as diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais devem ser pautadas em fundamento

⁴³ GONÇALVES, Manoel Ferreira. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. Saraiva, São Paulo: Saraiva, 2010. p.206.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora. 1993. p.218- 225.

material relevante para justificar um tratamento legal diverso.

No princípio da igualdade, os limites da proibição do excesso devem seguir uma igualdade proporcional, ou seja, que não acarrete um sacrifício excessivamente desmedido para determinados grupos, pessoas ou situações, principalmente quando atinja categorias suspeitas e mais vulneráveis, pois uma medida justificada desigual precisa passar pelo crivo do proporcional.

Juristas, como os professores Luís Pereira Coutinho e Miguel Nogueira de Brito⁴⁵, citando jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, suscitam que,

não é qualquer ofensa ao princípio da igualdade que se faz imprescindível um juízo de proporcionalidade, mas apenas quando as violações forem de natureza forte, envolvendo relações, medidas de diferenças, essencialmente, ligadas ao sexo, raça, etc, caso contrário seria uma mera análise de proibição ou não do arbítrio.

A igualdade precisa observar a proporcionalidade, haja vista que o tratamento, quando substancialmente desigual, precisa ser proporcional. A medida da desigualdade é fator primordial para se saber do respeito ou não ao princípio da igualdade.

Em situações em que o legislador precisa desigualar para atender a igualdade, no intuito de atender um equilíbrio social, econômico, político, etc, não se pode configurar uma situação ilimitada de conveniência do legislador, eis que é preciso que haja limites entre os que são atingidos pela medida e para os que não o são.

A adequação visa uma relação entre o meio (critério discriminador adequado) e o fim (resultado desejado, segundo os ditames constitucionais). A razoabilidade deve ser pautada em uma justificativa válida e lógica, portanto, somente deverá

⁴⁵ COUTINHO, Luís Pereira; BRITO, Miguel Nogueira. A <<Igualdade Proporcional>>. Novo Modelo no Controlo do Princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. p. 10 e ss.

haver uma diferenciação quando a medida for necessária.

A proporcionalidade em sentido estrito consiste em impedir que a diferenciação seja excessiva, arbitrária.

IV- A IGUALDADE, A LIBERDADE E O DIREITO À DIFERENÇA

Os direitos fundamentais possuem uma ligação com o ideal de igualdade, e a liberdade tenciona com a igualdade. Se por um lado, a liberdade radical, exagerada do individualismo ignora a igualdade do exercício de direitos, por outro lado a igualdade desmedida, nominada por *Jorge Miranda* de igualitária⁴⁶ suprime a liberdade política.

O raciocínio do autor acima é recorrente em sociedades plurais contemporâneas, eis que há uma necessidade da procura de um equilíbrio entre a igualdade e o direito à diferença como bem comum, e interesse de um determinado grupo.

É fato que os direitos são e devem ser os mesmos para todas as pessoas, mas nem todos possuem condições de exercer o direito⁴⁷, por isso é imprescindível que as condições sejam criadas ou recriadas por intermédio da mutação da vida em que as pessoas se encontram inseridas.

Como se observa, o princípio da igualdade não se reduz a uma mera igualdade perante a lei, quer dizer: independentemente do conteúdo, o aplicador dever ser imparcial. A igualdade precisa ser material ou imposta ao legislador, em uma verdadeira igualdade na lei ou da lei.

Para alguns autores⁴⁸ minoritários em constituições de-

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 1993. p.201.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 1993. p.202.

⁴⁸ ORTIZ, Laura Lusma Castro; VÉLEZ, Sergio Estrada. Os direitos dos casais do mesmo sexo: uma defesa a partir do princípio da igualdade ou do direito de ser diferente? Meritum. Belo Horizonte. v. 5 – n. 1. p. 130/132.

mocráticas, é preciso distinguir a igualdade do reconhecimento do direito de ser diferente.

Na verdade, o pluralismo ideológico ou o respeito pelas diferenças, nessa linha de raciocínio, não é o mesmo que igualdade, daí não se resume à imposição das maiorias, mas sim à elaboração de espaços e normas para o exercício de direitos das minorias.

Acerca da temática, o reconhecimento, no Brasil, por uma maioria parlamentar de casais do mesmo sexo poderem casar é remota, em razão das profundas convicções morais ou religiosas, contudo, a mesma maioria parlamentar terá que reconhecer, à luz de uma Constituição democrática e plural, essa minoria como família, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

O direito de ser diferente é um direito fundamental e deve ser compreendido não como forma de desestabilização de um sistema jurídico, cultural, etc., mas como meio de dinamizar o ordenamento e que as decisões majoritárias não detenham o poder de negar as liberdades individuais⁴⁹. A igualdade, sob esse ângulo, não é fundamento dos direitos das minorias, mas que as maiorias respeitem as diferenças.

Segundo a jurista Colombiana *Laura Lusma*⁵⁰,

A igualdade é um direito que depende da vontade das maiorias, pois são elas que definem o que são iguais. Em relação às minorias, por si só, desde que haja uma causa assegurada constitucionalmente, a maioria possui o dever político de respeitá-las.

Continua a autora que, em relação ao ônus da prova, “o princípio da igualdade é mais exigente com as minorias, eis que o diferente deve demonstrar o porquê deve ser tratado de

⁴⁹ ORTIZ, Laura Lusma Castro; VÉLEZ, Sergio Estrada. Os direitos dos casais do mesmo sexo: uma defesa a partir do princípio da igualdade ou do direito de ser diferente?. Meritum. Belo Horizonte. v. 5 – n. 1, p. 141.

⁵⁰ ORTIZ, Laura Lusma Castro; VÉLEZ, Sergio Estrada. Os direitos dos casais do mesmo sexo: uma defesa a partir do princípio da igualdade ou do direito de ser diferente?. Meritum. Belo Horizonte. v. 5 – n. 1, p. 142.

igual maneira, e que haja um convencimento majoritário”. A utilização apenas do direito de ser diferente, por parte da minoria, exige uma valoração menor, pois independe da vontade da maioria, salvo se essa demonstra um fato modificativo, impeditivo ou extintivo.

V- A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵¹, acerca da igualdade, em especial entre os idos de 1950 a 1988 não possuía uma linha argumentativa, justificadora para tratamento diferenciado ou se mostrava “complacente” com os critérios desigualadores sumários escolhidos. Mantinha-se uma situação de desvantagem, de subordinação, ou de senso comum, em uma total “cegueira” aos ditames legislativos e administrativos, isto é, sem razão legitimadora para diferenciação.

Cito como exemplo, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2683/57⁵² que tratou do tempo de serviço diferenciado para a aposentadoria das mulheres, com o argumento de que deveria ser aceito, em razão da manutenção da mulher como zeladora do lar e da família, e não como medida compensatória e de resgate da mulher já que sempre foi tratada como um mero objeto, ser inferior, etc.

No mesmo sentido o Recurso Extraordinário nº 93.112/80⁵³, que manteve a constitucionalidade de lei estadual não permitiu às mulheres a possibilidade de exercerem o Cargo

⁵¹ RIOS, Raupp Borges. O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, Força Normativa, Direito Sumular e Antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 290.

⁵² RIOS, Raupp Borges. O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, Força Normativa, Direito Sumular e Antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 292.

⁵³ RIOS, Raupp Borges. O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, Força Normativa, Direito Sumular e Antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 293.

de Delegado de Polícia, pois, em nome da igualdade, seria uma função de natureza especial. Percebo, na verdade, aqui, uma ruptura ao princípio da igualdade, na medida em que, no caso, a desigualdade fora aventada com o intuito de preservar a subordinação das pessoas do sexo feminino ao “ser mais forte” (homem), e a imutabilidade sem explicações de uma situação discriminatória sem razoabilidade.

Com a promulgação da CRFB/1988, a jurisprudência pátria passa a reconhecer não somente a igualdade formal, a igualdade material, como também passa a existir a figura do ônus argumentativo na fixação lógica entre o fator de *discrímen* e a discriminação aventada, pois a isonomia é contrária à desigualdade arbitrária entre pessoas que se encontram em situações idênticas.

Nesse sentido, sem entrar no mérito, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3128-7(2004) acerca do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41⁵⁴, de 1993, pertinente à incidência de contribuição previdenciária de servidores públicos aposentados ou em condições de aposentadoria antes da promulgação da referida emenda, quando o Tribunal Constitucional passou a entender que a figura da diferenciação não pode ser alheatória. Ao contrário, deve ser pautada em argumentos razoáveis e compreensíveis, isto é, deve haver a identificação de um parâmetro racional para desigualar.

A igualdade, como ensina *Canotilho*⁵⁵, precisa ser justa, quer dizer: além da materialidade, deve existir a coibição do arbítrio, haja vista que os indivíduos ou situações iguais não podem ser arbitrariamente tratados.

O princípio da igualdade, para uma parte majoritária da doutrina, vai além das dimensões formal e material, porque não

⁵⁴ RIOS, Raupp Borges. O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, Força Normativa, Direito Sumular e Antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 290.

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7º ed. Portugal: Almedina, 2003. p. 429.

basta coibir um tratamento arbitrário e uma exigência de igual paridade, mas também impedir as discriminações, eis que as diferenças, as diversidades, etc, devem ser respeitadas em nome do direito da antidiscriminação a grupos denominados de segunda classe de cidadãos⁵⁶.

A isonomia hodierna deve ser vista com mais amplitude, não se pautando, apenas em questões administrativas e processuais, mas nos diversos campos do cotidiano, como por exemplo, social, político, econômico, cultural, etc.

VI- A CONCEPÇÃO E A EXTENSÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Na história ocidental, o princípio da igualdade brota como norma de justiça e, com o constitucionalismo moderno, passo a passo com a legalidade, traz as idéias de igualdade perante a lei e igualdade na lei.

A igualdade está intimamente relacionada com a evolução dos acontecimentos e que, como ensina Castanheira Neves⁵⁷, “sua carga ideológica e axiológica não pode permanecer inalterada ao longo do tempo, eis que a igualdade é variável a depender do contexto histórico e social que se encontre”.

A igualdade⁵⁸ não pode ser confundida com a identidade, pois aquela possui uma pluralidade de objetos referente a

⁵⁶ RIOS, Raupp, Roger. Artigo: O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, força normativa, direito sumular e anti-discriminação. p.320.

⁵⁷ BELMONTE, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Revista de informação legislativa. Brasília, Outubro/dezembro, Ano 36. Nº 144. 1999. p.159.

⁵⁸ BELMONTE, Cláudio Petrini. Artigo: O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Revista de informação legislativa. Brasília, Outubro/dezembro, Ano 36. Nº 144. 1999. p.159.

pessoas, coisas, ou situações, e esta possui como proteção um só objeto. Na igualdade, diante da comparação de objetos, deve sobressair o que lhe seja comum. Para isso é preciso que o critério de diferenciação seja justo para que afirme se pessoas, coisa ou situações estão ou não nas mesmas condições, e que possam acarretar ou não um mesmo tratamento jurídico.

Seja em Portugal, seja no Brasil, como já amalhado, o princípio da igualdade deve ser compreendido nas três funções estatais: legislativa, administrativa e judicial, não sendo suficiente, apenas, na aplicação do direito, como também na criação do direito. Deve haver uma complementaridade entre as igualdades formal e material.

Assim sendo, há discriminações que o princípio da igualdade rejeita, mas existem outras que o mesmo princípio salvaguarda, pois o tratamento diferenciado em situações iguais é contrário à igualdade; mas se as situações são diferentes, o tratamento desigual, é medida *sine qua non* da igualdade. É a chamada discriminação positiva⁵⁹.

Alguns autores falam em três categorias do princípio da igualdade, são elas: a. proibição do arbítrio: ausência de justificativa ou argumentação sem razoabilidade para diferenciação ou tratamento igual. Muitos criticam a vinculação do princípio da igualdade com a proibição do arbítrio, mas é fato que, este último, é apenas um limitador da discricionariedade e de uma atuação judicial; b. proibição de discriminações: a diferenciação não pode ser pautada no aspecto subjetivo; e c. obrigação de diferenciação: é a concessão de uma efetiva igualdade de chances a todo e qualquer cidadão, em uma nítida tendência de superar as desigualdades reais existentes.

⁵⁹ BELMONTE, Cláudio Petrini. Artigo: O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Revista de informação legislativa. Brasília, Outubro/dezembro, Ano 36. Nº 144. 1999. p.161.

VII - PERSPECTIVAS DA IGUALDADE E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O princípio da igualdade deve ser vislumbrado nas perspectivas negativas e positivas, a primeira tem por escopo evitar discriminações injustificáveis entre as pessoas, e a segunda, de acordo com Marques, Benjamin e Miragem⁶⁰, deve assegurar o direito que cada ser humano tem de ser diferente numa concepção material de igualdade.

A CRFB/1988 consagra discriminações positivas ao assegurar a gratuidade do registro civil e da certidão de óbito como direito fundamental para os reconhecidamente pobres na forma da lei (LXXVI, art 5º); ao estabelecer remuneração diferenciada para os que trabalham durante o horário noturno (IX, art. 7º); ao prever a obrigatoriedade de previsão de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de necessidades especiais (VIII, art. 37), etc. Diferentemente procede, quando exige que em processo de licitação pública deva haver igualdade de condições a todos os participantes (XXI, art. 37) em que a igualdade é negativa.

A mutação é uma forma de interpretação constitucional realizada pela justiça constitucional que, diante da passagem do tempo, profere uma modificação informal de compreensão diferenciada a um mesmo dispositivo constitucional que, no início, era interpretado de outra maneira. O texto da constituição, nesse caso, por intermédio de um poder constituinte derivado, não é alterado, mas por obra de uma interpretação progressiva da jurisdição constitucional.

Qual o limite da mutação constitucional? Uma parcela da doutrina, na linha de *Thayer*⁶¹, precisa que na ocorrência de

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p.43-44.

⁶¹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11º ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 185.

diversas possibilidades interpretativas de um dispositivo constitucional deverá ficar a cargo do legislador no ato de elaboração legal, e a justiça constitucional limitar-se-á aos casos de flagrante inconstitucionalidade.

Entendo que deve haver um meio termo acerca da mutação, pois, um tribunal constitucional, no papel de guardião da supremacia constitucional, não pode ficar limitado, em regra, a uma interpretação meramente gramatical, como também há nas constituições, como a brasileira, inúmeros conteúdos jurídicos indeterminados, os quais necessitam de uma interpretação.

O professor *Canotilho*⁶² chama a mutação constitucional de uma transição constitucional, em que há uma revisão informal de um compromisso político sem alteração do texto constitucional, mas com a mudança interpretativa.

A nova interpretação de um dispositivo da Carta Magna, diante da alteração da realidade constitucional, somente deve acontecer se for compatível com o programa normativo da Lei Maior⁶³, sem ofender os princípios estruturantes (político e jurídico) da constituição; em não sendo assim é alimentar uma realidade constitucional inconstitucional.

É preciso, diante da linha tênue, discernimento entre o que configure mutação constitucional e mutação inconstitucional.

O professor *Coutinho*, afirma que a forma de respeitar as mutações das sociedades sérias é garantindo a idéia originária da constituição, e o limite de poder, embasados em mutações históricas que levaram séculos. Esse, então, seria o verdadeiro sentido de mutação.

Coutinho defende, ainda, a teoria restritiva da interpretação normativa – norma faz parte de um sistema e não pode ter alcance impensável, sob pena de ruína do sistema.

⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Portugal: Almedina. 2003. p. 1228.

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Portugal: Almedina. 2003. p. 1229.

De mais a mais, partindo para o caso prático do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal dos casais homoafetivos como entidade familiar, percebo que a interpretação conforme a constituição em relação ao artigo 1723 do Código Civil Brasileiro não deveria ter englobado o parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB, mas todo o conjunto de normas constitucionais, na medida em que a interpretação visa evitar contradições no próprio texto constitucional.

A CRFB fala em respeito à pluralidade, à dignidade da pessoa humana, à igualdade, etc., daí não tem como não assegurar, em interpretação sistêmica, que casais do mesmo sexo possam constituir família. A discussão, mesmo definida pelo Supremo Tribunal Federal, como abaixo será detalhado, é caracterizar que tipo de família deva ser formalizada, e a competência de quem irá regulamentá-la para que não haja intromissão inconstitucional entre poderes da república.

Em sede de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal não se resume mais ao critério do legislador negativo, mas também ao aspecto do legislador positivo, com julgamentos criativos na solução de omissões que afetam direitos fundamentais, e, esse fenômeno, nem sempre pode ser visto como ativista, sobretudo, quando a essência de uma constituição estiver sendo desrespeitada.

VIII- O NEOCONSTITUCIONALISMO, OS “TRUNFOS CONTRA A MAIORIA” E A RELAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A importância do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo é pontual na garantia e efetivação de direitos fundamentais. O professor, hoje, Ministro do STF, Luís Roberto Barroso⁶⁴, apresenta três marcos fundamentais na evolução do Direi-

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista de Direito

to Constitucional, são eles: histórico, teórico e filosófico.

O marco histórico, na Europa, surgiu após a 2ª Guerra Mundial, em especial com a Lei Fundamental de *Bonn* de 1949, com a aproximação da idéia de constitucionalismo e democracia e, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988 fazendo a transição de um Estado Autoritário para um Estado Democrático, pois a Constituição era considerada uma mera carta política.

O marco filosófico foi à criação do pós-positivismo, isto é, uma figura que se encaixa entre o jusnaturalismo e o positivismo. O primeiro, desabrochado no século XVI, baseado em conceito de justiça universalmente válido que, no século XIX, perdeu espaço para o positivismo com o argumento de que era anti-científico.

O positivismo, por sua vez, igualou o direito à lei, deixando de analisar temáticas como justiça, legitimidade, filosofia, etc. A bancarrota dessa fase fora a queda do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha que alimentaram o arbítrio sob o manto da legalidade.

Não basta que um Estado seja de Direito, mas Democrático de Direito. Por isso, pós 2ª Guerra Mundial, os valores retornaram a ser colocados no âmbito do direito.

Diante das quedas dos modelos aqui citados, tem-se a figura do pós-positivismo que vai além do positivismo jurídico, isto é, “corre-se atrás” de uma teoria da justiça pautada na dignidade da pessoa humana, na argumentação jurídica e, sobretudo, atribuindo aos princípios a natureza de norma valorativa. É a influência filosófica de *Kant* reaproximando ética e direito.

O marco teórico é a aplicação direta da Constituição as pendengas postas em discussão, isto é, deixando de ser uma mera carta de intenções ou um documento meramente político para se transformar em norma jurídica vinculativa e obrigatória.

O legislador não possui mais uma liberdade absoluta acerca do conteúdo da legislação infraconstitucional, no mesmo sentido a conveniência e oportunidade do administrador e, por fim, o judiciário deve observar se a essência dos princípios e regras constitucionais foram ou não desrespeitadas, e se estão sendo efetivadas.

Na fase pós-positivista, além da força normativa da Constituição vem a idéia da figura, nos idos de 1940, da jurisdição constitucional priorizando a supremacia da Constituição sobre os Parlamentos, quer dizer: os direitos fundamentais passavam a ser protegidos pelo judiciário (Tribunais Constitucionais) e não ficavam mais ao bel prazer do legislador que, muitas vezes, os restringia sem qualquer justificativa razoável.

A nova interpretação constitucional, com o novo direito Constitucional, além dos modelos tradicionais interpretativos, criou outros, dentre eles: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforma a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

É a mudança de paradigma da subsunção para a perspectiva de valoração judicial em situações que envolvam cláusulas abertas ou de conteúdo jurídico indeterminado, pois o magistrado passa, nesses casos, a ser co-autor da criação do direito, todavia sempre fiel ao *animus* primeiro do legislador.

No âmago das Constituições existem inúmeros bens jurídicos que devem ser respeitados, por isso, inevitavelmente, em alguns momentos, haverá um choque de normas constitucionais, pois o critério silogístico (fato/norma) não será capaz de dirimir o conflito, por se tratar de normas com igual hierarquia, sendo imprescindível, assim, o caráter da ponderação pautado na razoabilidade. O fato é o mesmo, porém as normas constitucionais são divergentes.

O legislador é quem deve ponderar e o julgador averiguar a proporcionalidade no campo do excesso ou da deficiên-

cia. Nos casos de omissões injustificadas do legislador, o judiciário, comprometido com a Constituição Federal, ponderará e se valerá da proporcionalidade.

Em relação à equiparação dos casais homossexuais à entidade familiar não é questão de ponderação se deve ou não ser reconhecida pelo Congresso Nacional, pois já está assegurada, por princípios, objetivos e fundamentos pela CRFB, porém é importante que o legislador, já dentro da concepção de entidade familiar, discipline o tema.

A constitucionalização do direito, no sentido de expandir a força normativa da constituição em face de todo o sistema jurídico terá reflexos nas funções legislativa, executiva e judicial, eis que o legislador não poderá editar uma lei sem observar as premissas constitucionais; o gestor terá mitigada sua discricionariedade, bem como poderá aplicar de plano a Constituição sem necessidade do legislador infraconstitucional; e o julgador atuará no controle de constitucionalidade e na interpretação das leis, como filtragem, passadas a seu crivo⁶⁵, à luz da Constituição.

Os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva⁶⁶. A primeira se refere à proteção de um indivíduo ou grupo de pessoas contra atuações estatais. A segunda é condizente com o interesse de todos na satisfação de um direito fundamental e não, tão somente, para um ou alguns, com abrangência, dentre outros, no livre desenvolvimento da personalidade.

É preciso que haja um equilíbrio entre a democracia e os direitos fundamentais, ou seja, a lei ou ausência dela não pode colocar em “cheque” direitos fundamentais, como também a democracia representativa não pode ser ilimitada. O Po-

⁶⁵ CANOTILHO, Gomes, JJ; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. 1º Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais; Coimbra. 2007, p.45.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Rio de Janeiro, 2005. p. 144.

der Judiciário que não é provido pelo voto, mas por intermédio do mérito deverá atuar quando a natureza da constituição for inobservada.

Assim sendo, em um Estado Democrático de Direito a separação de poderes é medida que se impõe, todavia as funções constituídas não podem cometer excessos, tampouco manter-se inerte de maneira injustificada. Em sistema das maiorias como o brasileiro, o direito fundamental passa a ser, como ensina *Dworkin* e *Reis Novais*, um trunfo⁶⁷ contra um governo democraticamente legitimado.

O professor *Alexander Bickel*⁶⁸ é contrário ao argumento da idéia trazido por *Dworkin* acerca da expressão “trunfos contra a maioria” na relação entre o Estado de Direito e o Poder Democrático, com o argumento de que seria uma dificuldade ou objeção contramajoritária em razão de que em constituições rígidas haveria o constrangimento da jurisdição constitucional intervir ou substituir a vontade da maioria política.

Em sentido oposto ao entendimento de *Bickel* e do professor *Luís Pereira Coutinho* está *Reis Novais*⁶⁹ ao afirmar que “há uma ligação entre direitos fundamentais e a Constituição, porém sem deixar de enxergar o limite do razoável no alcance contramajoritário dos direitos fundamentais”.

O cerne da temática, em uma pendenga, não é a impossibilidade de que haja uma restrição a direitos fundamentais, mas ponderar os bens em conflitos, daí a importância do direito fundamental como trunfo que, diga-se de passagem, poderá prevalecer contra a vontade da maioria política quando esta for desprovida de uma concepção qualitativa, pois só com o argu-

⁶⁷ NOVAIS, Reis, Jorge. Direitos como trunfos contra a maioria: Contra a Maioria-Sentido e Alcance da Vocação Contramajoritária dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Curitiba. 2006, p.79.

⁶⁸ BICKEL, Alexander. The Least Dangerous Branch. Yale: Second edition, 1986, p. 16 e ss.

⁶⁹ NOVAIS, Reis, Jorge. Direitos como trunfos contra a maioria: Contra a Maioria-Sentido e Alcance da Vocação Contramajoritária dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Curitiba. 2006, p.83.

mento da maioria propriamente dita não se tem como afetar um direito fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana é *conditio sine qua non* no estudo dos trunfos contra a maioria. A partir do momento, em uma sociedade plural, em que o ser humano não pode ser tratado como coisa ou objeto por parte do Estado ou mesmo por outros particulares, chega-se à conclusão de que o Estado deve respeitar a igual consideração, respeito e liberdade entre os indivíduos, isto é, o modo de viver de cada pessoa no campo dos direitos da personalidade.

A não atribuição do reconhecimento como entidade familiar entre pessoas de igual sexo é ofensiva a essas duas dimensões centrais da dignidade humana, contudo o formato de família entre esses casais deve ser definido pelo legislador e, aqui, a maioria deverá prevalecer, pois não existe um consenso.

O princípio da igualdade está relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que somente haverá igualdade a partir do momento em que seja reconhecida a todos os indivíduos a mesma dignidade. Toda e qualquer forma de diferenciação não pode ir de encontro à igual dignidade, ou seja, deve haver a preservação da mesma consideração e respeito a toda e qualquer pessoa.

Como ensina Novais⁷⁰, os atributos sobre os quais as pessoas não têm o controle ou mesmo o livre arbítrio dos planos de vida devem ser respeitados, como por exemplo, território de origem, orientação sexual, etc., na medida em que as desigualdades, em face da igualdade, não podem ser arbitrárias.

Reconheço que a Dignidade da Pessoa Humana não pode ser utilizada desmesuradamente, todavia também acredito que, quando da Dignidade da Pessoa Humana, o Estado além do dever de respeitar e proteger os direitos das pessoas deve

⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Portugal: Coimbra editora, 2004. p.110.

promover⁷¹, afastando os impedimentos, as condições para que todos vivam com igual dignidade.

A jurisdição constitucional nada mais é do que conferir a última palavra ao juiz constitucional, mas que essa mesma jurisdição respeite a atuação legislativa quando for proporcional, ou de maneira legítima não queira, naquele momento histórico, político e social, regulamentar alguma temática.

O pensar de *Waldron*⁷² é divergente, haja vista que ele acredita que a *judicial review* ofende o processo democrático da decisão e que não se tem a certeza de que o resultado seja satisfatório, pois um colegiado, ao invés de parlamentares, vai julgar consoante a vontade, também, de uma maioria.

Contradizendo, em parte, *Waldron*, entendo que mesmo sendo um julgamento por maioria nas raias do Poder Judiciário, o critério de decisão é completamente diferente. Explico: juízes são profissionais trabalhados para, mesmo sem perder suas convicções pessoais, julgarem situações valorativas de acordo com o direito.

Trazendo a questão prática da união homoafetiva, o Judiciário brasileiro agiu acertadamente ao reconhecê-la como entidade familiar, porém em questões como o casamento não atuou bem, eis que, já aí envolveu uma situação de parametrização moral de uma sociedade, representada pelo parlamento, matéria que deveria ter sido deixada a cargo do Poder Legislativo, mesmo que a decisão se renda ao peso da hegemonia de grupos majoritários.

O que seria injustificável, e aí a maioria do parlamento não deveria prevalecer, por excessos, seria a não aceitação ou a omissão em avaliar as uniões de casais do mesmo sexo como uma família.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 109.

⁷² NOVAIS, Reis, Jorge. Direitos como trunfos contra a maioria: Contra a Maioria-Sentido e Alcance da Vocaçao Contramajoritária dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Curitiba. 2006. p.96.

Ora, sendo a competência exclusiva do legislativo na escolha do conteúdo de leis sem qualquer controle não há a necessidade de trunfos e, como consequência, as pessoas e grupos minoritários, em situações consagradas constitucionalmente, ficarão abandonados à própria sorte.

De outro lado, os direitos fundamentais não são absolutos, por isso, em uma reserva geral imanente de ponderação, podem ceder a outros direitos que tenham um maior peso como a manutenção do equilíbrio entre o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito.

O legislador constitucional, em regra, não consegue exaurir todas as situações que podem ser retiradas da consagração de um direito fundamental, o que acarreta, em alguns casos, a necessidade de proteger e ponderar bens igualmente dignos, comumente no campo dos princípios.

Em sentido oposto é quando a própria norma constitucional já prevê algo de maneira definitiva sem a possibilidade de nenhuma ponderação. Cito como exemplo a regra que proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. O professor *Luís P. Coutinho*⁷³, com propriedade, mencionou que, na regra, nenhuma restrição é justificável.

A ponderação primeira, apesar do conceito de trunfos, deve ser feita pelo legislador infraconstitucional tanto nos casos em que a própria constituição autorizar a limitação de um direito fundamental ou pelo silêncio eloquente.

Diante da situação, caso a restrição de um direito fundamental realizada pelo legislador ordinário seja com base em elementos razoáveis de interesse público no sopesamento e não pelo fato de ser simplesmente por imposição da maioria, o Poder Judiciário, quando provocado, não terá legitimidade para atuar. Nesse sentido, concordo com *Waldron*⁷⁴ quando diz que

⁷³ COUTINHO, Luís Pereira. Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais. Lisboa: Coimbra editora, 2010. p. 562 e ss.

⁷⁴ WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Madri-Barcelona: 2005. p. 253 e ss.

a decisão democrática do legislador não pode ser substituída pela decisão de um juiz constitucional.

É valioso ter em mente a figura das categorias ou fatores suspeitos em uma sociedade múltipla, onde minorias há décadas vêm passando por processo de discriminações e desrespeitos, em especial negros, mulheres e homossexuais, e, quando de uma limitação de um direito fundamental a esses segmentos não pode ser, simplesmente, por ser diferente, mas por que há uma razão pública maior.

O professor *Luís Pereira Coutinho*⁷⁵, no que pertine à restrição de direitos fundamentais, citando a crítica de *Habermas a Alexy*, diz que a ponderação principiológica deve ter um ponto de referência na dignidade da pessoa humana, não podendo a mensuração do peso ser algo alheatório, sob pena de arbítrio.

IX – A DEMOCRACIA E O PARÂMETRO

O conceito de democracia mudou, isto é, não é o governo da maioria, mas, segundo *Dworkin*⁷⁶, um sistema de igualdade política em que as instituições devem garantir que todos os cidadãos de uma comunidade sejam respeitados na sua igual dignidade com desdobramento em dois princípios: *liberdade* - auto-responsabilidade ou liberdade negativa - e *igualdade* - distribuição de vantagens e desvantagens-, daí a diferença não pode ser vista como algo menor, tampouco inferior, em face do princípio da igualdade.

O princípio da igualdade⁷⁷ está atrelado ao conceito de democracia, de Estado Democrático de Direito, sendo que a

⁷⁵ COUTINHO, Luís Pereira. Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais. Lisboa: Coimbra editora, 2010. p. 560 e ss.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 394 ss.

⁷⁷ FERREIRA, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 310.

recíproca também é verdadeira. A igualdade é um fator de limitação do legislador, como também um princípio de interpretação, quer dizer: O legislador não pode editar leis que tragam indistintamente privilégios a alguns em detrimentos de outros, e o judiciário, quando da interpretação, não deve criar privilégios, a não ser que uma vantagem ou prerrogativa seja para assegurar a igualdade real a um grupo minoritário.

O Ministro *Celso de Melo* acerca do princípio da igualdade, ao lumiar da democracia, ratifica a sua incidência atual em relação à liberdade pessoal e à autonomia individual, com o intuito de romper paradigmas históricos e culturais que mitigavam a busca da felicidade, como postulado da dignidade da pessoa humana, por parte de homossexuais, vítima de tratamento discriminatório e que, por uma escolha da vida, não podem ser excluídos do gozo de direitos inerentes à maioria, dentre eles, de constituírem uma família.

A democracia, como preleciona *Dworkin*, não é mais estática, como uma mera contagem de votos, todavia ela precisa garantir valores. Não é suficiente, apenas, uma liberdade positiva de participar nas decisões do governo – maioria -, mas, acima de tudo, a liberdade negativa precisa ser respeitada, já que nos planos de vida de cada pessoa o Estado e outros cidadãos não poderão intervir.

Em uma sociedade sincrética a democracia de parceria não significa que haja consenso ou que possua uniformidade, entretanto que todos sejam respeitados na igual dignidade⁷⁸. Caso isso não aconteça, como por exemplo, nas uniões homoafetivas, o Poder Judiciário intervirá para assegurar a vontade de uma constituição múltipla.

Na democracia, governa a maioria, mas com a atenção devida aos direitos das minorias. É o que Geraldo Ataliba⁷⁹

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *A leitura Moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷⁹ ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e Minorias*. Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194.

afirma quando expõe que na democracia governa a maioria sem a opressão da minoria política.

Inexistindo razões suficientes para o tratamento jurídico diferenciado, de acordo com *Robert Alexy*⁸⁰ impõe-se o tratamento idêntico. Assim não vejo qual é o argumento módico, plausível que acarrete uma diferença de tratamento que extirpe as uniões homoafetiva da natureza de uma *novel* entidade familiar, o que não estou a afirmar que o parlamento tem a obrigação de equiparar o casamento e as adoções heterossexuais aos homossexuais, eis que, nesta última situação, a força do momento histórico do legislativo deverá prevalecer, e, como consequência, a vontade da maioria.

É indubitoso que o princípio majoritário seja importante, mas não pode legitimar, numa concepção material de democracia, a supressão injustificada de direitos fundamentais.

Parâmetro é um sentido fundamental do dever-ser, ou seja, não é uma norma - que é uma permissão, proibição ou obrigação, inserta em princípios ou regras. É através do parâmetro que a norma faz sentido. A norma, “é proibido matar”, faz sentido porque reconhece valores ao ser humano. Uma norma faz sentido, ganha legitimidade, no âmbito de um parâmetro. Ocorre que, por vezes, existe conflito de parâmetros (exemplo: o casamento e a adoção de casais homossexuais idêntica aos casais heterossexuais – muda o parâmetro).

*Luís Pereira Coutinho*⁸¹, sobre a temática dos parâmetros foi preciso quando concluiu que: “as ordens humanas são sempre compostas por normas que reflectem tais parâmetros” e que estão centradas na idéia de dignidade humana ou igualdade fundamental de todos na humanidade comum. Assim, a concepção parametrizadora na qual é ratificada autoridade a uma

⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ªed. São Paulo: Malheiros. 2012.p.408.

⁸¹ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Do que a república é: uma república baseada na dignidade humana. Lisboa. 2008. p.09.

norma e que reconhece a todos direitos fundamentais define um poder limitado que não pode ser modificado, desde que respeite a razoabilidade.

Destarte são, em parte, irrelevantes juridicamente as opiniões morais ou religiosas ou sociais que “condenam” as relações homossexuais acerca de uma visão familiar, mesmo que representem o pensamento contundente do órgão representativo, pelo fato de que deve haver respeito a uma constituição democrática plural, ensejando ao Poder Judiciário exercer um papel contramajoritário em respeito à teoria dos freios e contrapesos. Entretanto, a definição de pontos específicos dessa nova forma de família, com base nos fatores retro citados, cabe ao parlamento.

Uma figura de extrema importância é a do parâmetro, ou seja, é aquilo que deve ser sob a ótica de cada pessoa, daí, quase sempre, existir conflito de parâmetros.

E, quando houver esses conflitos, para o professor *Luís Pereira Coutinho* (informação verbal)⁸² a questão é política. Em sendo assim, um tribunal não tem jurisdição por falta de pressuposto processual, e, sim, o legislador. Isso não é a volta da expressão Romana do *non liquet* que não pode mais ser aceita, mas da ausência de pressuposto processual.

O argumento de *Waldron* de que em os tribunais adentrando em questões políticas, que não são da sua alçada, estariam a desresponsabilizar o legislativo não deve prosperar em relação ao caráter de família nas relações homoafetivas, eis que não se trata de um ativismo judicial, mas da necessidade de assegurar direitos constitucionais consagrados aos integrantes da sociedade que são tratados como invisíveis por possuírem vidas antagônicas ao modelo dito como correto e aceito.

Agora, em o judiciário ampliando essa interferência, como nos casos de casamento e adoções igualitárias entre pes-

⁸² Informação coletada na aula de Mestrado de Jurisdição Constitucional do dia 12/03/2013, em Recife-Pe.

soas de sexo diferentes e do mesmo sexo, realmente, gerará um sentimento de falta de responsabilidade por parte do legislador, além da ilegitimidade.

A simples análise do *caput* do art. 5º da CRFB expressa que “*todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza*”, daí a opção sexual não pode ser uma forma de desigualar pessoas, como também ninguém pode ser, como dito pela Ministra Cármen Lúcia⁸³, desigualado em sua cidadania, nos termos do art. 1º, Inciso III, da CRFB.

Autores, como *Lenio Luiz Streck*⁸⁴, é categórico ao dizer que um tribunal não pode ter poderes permanentes de alterar a Constituição com a utilização da figura da mutação constitucional, isso porque seria invadir o espaço do Poder Constituinte Derivado.

Em relação ao caso da regulamentação dos direitos dos homossexuais, o citado professor entende que deva ser efetuada pelo processo legislativo e não pelo judiciário colmatando lacunas do constituinte originário ou derivado. Enquanto isso não acontece (Emenda à Constituição) as relações homoafetivas não passam de meras sociedades de fato.

A minha visão é diferente, pois bem: no cerne de uma Constituição, como a Brasileira, existem inúmeros textos ou enunciados, acarretando o nascimento de várias normas jurídicas, diante do mecanismo da interpretação conforme. É verdade que há um limite hermenêutico ao Poder Judiciário, pois não pode ultrapassar os liames da separação de poderes, contudo, em matéria de violação de direitos fundamentais, nem a democracia representativa pode se sobrepor.

E mais: A situação do reconhecimento por parte do tribunal constitucional acerca dos direitos dos homossexuais

⁸³ ADPF nº 132 – STF – Min. Carmén Lúcia, p.94. Publicado em 14/10/2011.

⁸⁴ STRECK, Luiz Lenio. Ulisses e o canto das sereias: Sobre ativismo judicial e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus Navigandi. Teresina, ano 14, 2009. Disponível em: <HTTP://jus.com.br/revista/texto/13229.>. Acesso em: 14 de junho de 2013.

poderem constituir família não ofende ao Poder Constituinte Originário ou Derivado, haja vista que é a própria Constituição, desde o seu preâmbulo, que combate o preconceito e defende a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Assim, em uma interpretação sistemática não é razoável que o legislador constituinte tenha tido por escopo excluir as uniões homoafetivas como entidade familiar, pois a norma constitucional é múltipla.

Analisando por outro ângulo, caso o legislador enfrentasse a matéria teria que reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais, mas não, necessariamente, nos termos das uniões estáveis entre heterossexuais, pelos motivos alhures expendidos.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição, sob pena de ser uma letra morta, não devem ser interpretados, exclusivamente, de acordo com as convicções pessoais da maioria.

X UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Trata-se de direito fundamental oportunizar aos casais homossexuais a constituição de família, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade que, pela força normativa da Constituição, possuem aplicabilidade e eficácia imediata na maior medida possível e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da CRFB.

Acontece que o Código Civil Brasileiro, no artigo 1723, reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher com convivência pública, contínua e duradoura visando a constituição de família. A Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu parágrafo 3º, do artigo 226, reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade fami-

liar devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Dessa forma, não se teria como interpretar conforme a constituição o artigo 1.723 do CCB, pois, repito, a vontade do legislador constituinte fora clarividente, não deixou dúvidas de que a união estável é entre pessoas do sexo masculino e feminino.

Ademais, consoante pensar de *Gilmar Mendes*⁸⁵, a Legislação Substantiva Civil Brasileira, mesmo não mencionando a figura dos casais homossexuais, não pode ser usada para proibir o reconhecimento de uma entidade familiar às pessoas do mesmo sexo, diante de uma interpretação conforme a constituição com base em princípios constitucionais (igualdade, liberdade de opção sexual, dignidade da pessoa humana, etc.), eis que são decorrentes de direitos fundamentais de minorias.

A união entre seres humanos do mesmo sexo, caso não se entenda pela aplicação do parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB, em sede de mutação constitucional, deve ser reconhecida e equiparada como entidade familiar por interpretação analógica do artigo 1723 do Código Civil Brasileiro, com os ditames constitucionais. O essencial nesses modelos de uniões é o afeto, o *animus* de constituição de família, etc., e não a heterossexualidade.

Diante do contexto, entendo que haja uma lacuna voluntária, no parágrafo 3º, do art. 226, da CRFB, não devendo atingir as relações homoafetivas. Segundo *Sarmiento*⁸⁶, o dispositivo constitucional supracitado, naquele momento da história, saiu na proteção de garantias de pessoas que viviam no preconceito das relações estáveis, mas que não eram casadas. Con-

⁸⁵ STF, ADPF nº 13, Min. Gilmar Mendes, p. 187. Publicado em 14/10/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A9falo%20-%2013>>. Acesso em: 13 out 2013.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo sexo e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

cluo: não havia intenção do constituinte em abarcar os relacionamentos homossexuais como união estável.

No presente caso, a vontade do legislador constituinte foi cessar ou diminuir o preconceito e a exclusão social. A bem da verdade, não é crível afirmar que o mesmo constituinte não quis reconhecer aos pares homossexuais a condição de entidade familiar, mas não no modelo de família entre homens e mulheres, e com a lei facilitando a conversão em casamento nos termos do parágrafo 3º, artigo 226, da CRFB.

O não reconhecimento como entidade familiar aos casais homossexuais representa discriminação motivada por orientação sexual, constitucionalmente vedada, por ofensa ao princípio da igualdade ou do direito de ser diferente em uma constituição plural, e não por uma interpretação dos artigos 1.723 do CCB e 226, parágrafo 3º, da CRFB.

Seguindo a trilha de Luís Roberto Barroso⁸⁷, dois questionamentos devem ser feitos: É possível a discriminação das pessoas por conta da orientação sexual? Em razão do Texto Constitucional, nas uniões estáveis, somente fazer referência a homens e mulheres impede a extensão para casais homoafetivos? Acrescento: Em o judiciário regulamentando, como o fez, há interferência indevida de um poder em relação a outro poder?

Entendo que pelo fato de a Constituição Federal ser um conceito aberto de princípios e regras, garantindo direitos fundamentais, não vejo óbice que o Judiciário possa intervir na questão já assegurada, mas com as ressalvas já expressas.

Na era vigente do pós-positivismo procura-se a reaproximação entre o direito e a moral, com a observância dos seguintes aspectos: os princípios carregados de valores são normas jurídicas; a interpretação judicial deve ser pautada em va-

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Revista Diálogo Jurídico. Nº 16. Maio/junho/julho/agosto de 2007. p.2.

lores; e o princípio mestre dos direitos fundamentais é o da dignidade da pessoa humana.

Os princípios constitucionais permitem que os seres humanos possam dispor da⁸⁸ plenitude de liberdade e igualdade; de respeito à personalidade (física e moral); e de que tenham um regime jurídico claro e com justeza.

A igualdade formal, típica do liberalismo, prevê que o Estado deve atuar de modo impessoal sem pessoalizar a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, típica do estado social, tem por fim a justiça distributiva, ainda que minimamente.

Em não havendo um motivo de relevância para discriminar um setor da sociedade em virtude de um interesse público maior, a igualdade deve ser respeitada pelo Estado e por particulares.

O Supremo Tribunal Federal⁸⁹, em um de seus julgados, foi preciso quando disse ser inconstitucional a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc.

No fazimento ou na interpretação de uma lei, pode haver uma desequiparação desde que seja razoável e legítima, mas não que pessoas em situações iguais, por convicções des-criteriosas de grupos majoritários sejam tratadas diferentemente.

Quando a Constituição fala em não haver discriminação em relação ao sexo deve abranger não só homem e mulher, mas a sua orientação sexual (heterossexualidade ou homossexualidade), consoante a Comissão de Direitos Humanos da Organi-

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Revista Diálogo Jurídico. Nº 16. Maio/junho/julho/agosto de 2007. p.2/15.

⁸⁹ STF, RE- 161243/DF, Relator Ministro Carlos Velloso. Publicado em 19/12/1997. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743268/recurso-extraordinario-re-161243-df>>. Acesso em: 15 out 2013.

zação das Nações Unidas que deu uma interpretação extensiva ao artigo 2, parágrafo 1, e artigo 26, do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, promulgado pela República Federativa do Brasil por intermédio do Decreto n 592, de 07 de julho de 1992.

O artigo 3º, inciso IV, da CRFB, assim, engloba a opção sexual, e, por consequência, cria uma categoria suspeita no caso de discriminação por livre escolha de parceiro sexual.

Em uma classificação suspeita agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la. Os fundamentos, segundo Luís Roberto Barroso⁹⁰, contrários à equiparação das uniões homoafetivas à entidade familiar, são os seguintes: impossibilidade de procriação; violação dos padrões de “normalidade moral”; e a incompatibilidade com os valores cristãos.

A procriação não é a única função da família. O Código Civil Brasileiro quando trata da união estável fala em convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, com um nítido caráter de afeto e não de se vincular as opções sexuais, pois pode haver família sem prole, seja por vontade própria, seja por problemas biológicos.

Além do que, a vinculação da procriação com a família existiu para a preservação do caráter patrimonialista no momento em que as civilizações encontravam-se nas zonas rurais e precisavam procriar para aumentar a força de trabalho⁹¹ tendo nascido à figura de subserviência patriarcal das mulheres e dos filhos. Não era, no meu sentir, uma relação de admiração, amor, solidariedade e respeito, mas de medo e imposição.

Ainda na linha da família mercantilista, com o surgimento da Revolução Industrial fora conveniente que a mulher

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Revista Diálogo Jurídico. Nº 16. Maio/junho/julho/agosto de 2007. p. 18 e ss.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.28 e ss.

adentrasse no mercado de trabalho, o que acarretou, também, o êxodo rural, com o aumento desenfreado das populações urbanas e a necessidade de diminuição da procriação. Até esse momento da história não se falava no ser e no sentimento de amor entre o grupo familiar.

Hoje, com os reconhecimentos das formas de entidades familiares, percebe-se que a família deve ser pautada nos laços de felicidade e amor. É o ser que não tem sexo, cor ou opção sexual em famílias plurais.

A normalidade moral não é argumento, pois, em determinadas épocas, até pouco tempo, já fora considerada como sendo algo correto a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, a proibição do divórcio, a tortura, a escravidão, a mutilação, etc.

Em um Estado não confessional, o fato de a sociedade ser cristã não é o suficiente, pois o Estado Brasileiro não possui religião oficial e, inclusive, respeita todos aqueles que não acreditam em Deus.

XI- O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O PARADIGMA DE FAMÍLIA

O novo modelo, no campo das relações familiares, com a Constituição Federal de 1988, advém da figura do afeto, ou seja, o conceito de família não está adstrito somente ao casamento entre homem e mulher; à entidade familiar entre pessoas de sexo oposto; ou por um dos pais e a prole.

A CRFB nos seus artigos 205(educação é direito de todos e dever do Estado e da família), 227(é dever da família e do Estado assegurar absoluta prioridade à criança e ao adolescente) e 230(a família, a sociedade e o Estado devem amparar as pessoas idosas), em nenhum momento, exara que a família deve ser uma questão biológica, mas um ato de amor, comprometimento e solidariedade.

A orientação sexual é um direito personalíssimo, daí um princípio constitucional implícito com origem na dignidade da pessoa humana.

As duas perguntas impescindíveis ao objeto do estudo são as seguintes: O não reconhecimento da união homoafetiva (orientação sexual diferente de grupos minoritários), como entidade familiar é contrário ao princípio da igualdade? O Poder Judiciário, como o fez na ADPF nº 132 e na ADIN nº 4277, poderia ter regulado a matéria em estudo?

A orientação sexual é um direito subjetivo da personalidade, daí um indivíduo, em não sendo respeitada sua autonomia privada, sofrerá um abalo no seu plano psíquico, o que não é condizente com a dignidade da pessoa humana.

O conceito de família, modernamente, é mais alargado, com uma preocupação maior com o ser do que com o ter. A família não é simplesmente um fim em si mesma ou um símbolo de tradição⁹², mas um instrumento para desenvolver, diante do pluralismo, direitos da personalidade através de relações⁹³ de afeto, de solidariedade e de auxílio na caminhada para o encontro da felicidade.

Os modelos culturais e sociais evoluem. O conceito de família para a Constituição Brasileira de 1967 era aquela advinda do casamento; diferente do CRFB/1988 que reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo e a monoparentalidade como família.

A redação do art. 226, parágrafo terceiro da Carta de Outubro, portanto, é óbice para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, já que o dispositivo constitucional é claro em especificar entidade familiar entre homem e mulher. Por sua vez, entendo que o rol, no mesmo

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Revista Diálogo Jurídico. Nº 16. Maio/junho/julho/agosto de 2007. p. 18 e ss. p. 29.

⁹³ FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 306.

dispositivo que especifica alguns modelos de família não é imutável, taxativo, pois deve ser estendido a outras situações como a dos homossexuais que estão inseridos no contexto constitucional de vedação ao preconceito e à exclusão social, mas com peculiaridades a serem definidas pela legislador ordinário ou pelo constituinte reformador.

A relação contínua, pública, duradoura entre casais do mesmo sexo para constituição de família precisa, diante de uma proteção a grupos minoritários, de uma integração analógica, eis que não há previsão na legislação ordinária, nem na Constituição Federal.

A analogia é a aplicação de uma situação semelhante a um determinado caso não previsto em lei, mas não idêntica, daí deve haver uma equiparação da entidade familiar homossexual à heterossexual, todavia algumas regras específicas de casais de sexo diferente não devem ser igualadas, sob pena de afrontar a vontade do constituinte originário e derivado, bem como evitar que o judiciário intervenha em assuntos de competência do legislador infraconstitucional.

*Canotilho*⁹⁴, sobre o assunto, diz:

A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio).

Na situação em estudo deve-se atenção, como mencionado por Celso de Melo⁹⁵, ao Princípio de Yogyakarta, fruto da Conferência da Indonésia, no artigo 24, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero. O artigo 24 diz que é direito de toda e qualquer pessoa constituir família sem depender de sua orientação sexual.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J., Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1234-1235.

⁹⁵ ADPF n 132 – STF – Ministro Celso de Melo. Publicado em 14/10/2011.

Como se depreende, a união homossexual não pode ficar, diante da realidade social, à margem da proteção do Estado e sendo tratada como uma sociedade de fato, tão-somente patrimonialista.

XII- ASPECTOS RELEVANTES DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132 E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4277

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, como legitimado constitucional, ajuizou a ADPF nº 132 visando modificar a interpretação conferida nos incisos II e V, do artigo 19 e os incisos I a X do artigo 33, todos, do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) diante da restrição de direitos de pessoas com orientação sexual diferente e ofensa aos preceitos fundamentais da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), da liberdade (inciso II, art. 5º, CF), da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV, art. 1º da CF).

A ADPF teve por base, pelo método de interpretação, a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões entre pessoas de sexo diferente.

A ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.277, versando sobre o mesmo tema da ADPF nº 132, acarretou a unificação de feitos e o julgamento, mais amplo, como ADIN, proposta pela Procuradora Geral da República, tendo o Supremo Tribunal Federal conferido interpretação conforme a Constituição do artigo 1723 do CCB.

O relator, Ministro *Aires Britto*⁹⁶, entendeu que não se trata de lacuna do parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB, mas

⁹⁶ STF, ADPF n 132, Ministro Aires Brito, publicado em 14/10/2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013.

de interpretação sistêmica, pois não seria possível a discriminação ou o preconceito pelo sexo (inciso IV, art. 3º, da CF), haja vista que o Estado não pode ir de encontro à promoção do bem de todos, daí porque a preferência sexual, em face da dignidade da pessoa humana e da igualdade, deva ser respeitada.

Apesar de não haver previsão constitucional sobre a preferência sexual das pessoas, o citado Ministro entendeu que deve ser aplicada a regra de que tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido é juridicamente permitido.

O Ministro relator, concluiu pela equiparação entre casais homossexuais e heterossexuais para todos os fins eleitos, todavia concedeu a possibilidade do legislativo tratar da matéria decidida pela Suprema Corte.

O Ministro *Fux*⁹⁷ também observa que o conceito de família pressupõe relação de afeto em um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida e a união homoafetiva encontra-se nesse conceito nos termos do artigo 226, *caput*, da CRFB.

Por fim, segundo *Fux*, o parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB deveria ser interpretado com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Seguiu, também, a regra de que não há vedação, no direito brasileiro, às uniões homoafetivas nos termos do artigo 5º, inciso II, da Lei Maior, e que a expressão “entre homem e mulher” do parágrafo supracitado não é obstáculo à união homoafetiva, pois, naquele momento constitucional, havia a necessidade de se retirar das trevas a figura da união estável entre pessoas de sexos opostos que viviam à margem do casamento.

A Ministra *Cármem Lúcia*⁹⁸ aduziu que o artigo 1.723

⁹⁷ STF, ADPF n 132, Ministro Luiz Fux, publicado em 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013

⁹⁸ STF, ADPF n 132, Ministro Carmen Lucia, publicado em 14/10/2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>

do CCB reproduziu o parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB, daí deve ser dada, a primeira vista, uma interpretação do próprio parágrafo 3º, do artigo 226, da Carta de Outubro, nos termos dos princípios magnos e com quadro social atual, ou seja: deve ser admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis heterossexuais.

O Ministro *Gilmar Mendes*, em um primeiro momento, refletiu sobre a real possibilidade de uma interpretação conforme a constituição, tendo em vista que o artigo 1.723 do CCB é reflexo do parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB, pois, este último, cita textualmente a união estável entre homem e mulher.

Dessa forma, não haveria uma polissemia, e o artigo 1723 do CCB não seria excludente. Segundo *Gilmar Mendes*, numa primeira percepção, a união estável entre pessoas do mesmo sexo deveria, então, ser assegurada em razão de outros princípios constitucionais.

Na sequência, o Ministro *Gilmar Mendes*⁹⁹ afirmou, em seu voto, que o artigo 1.723 do CCB está sendo utilizado de forma negativa, com a finalidade de não se reconhecer judicialmente as relações homoafetivas, sendo preciso uma interpretação conforme a constituição à luz de seus princípios que são normas mais abrangentes, e não em relação ao artigo 226, parágrafo 3º, da Carta de Outubro.

O fato de a Constituição Federal, conforme *Gilmar Mendes* proteger a união estável entre homem e mulher não significa a negação do enlace entre pessoas do mesmo sexo, posto que a interpretação constitucional deve ser aberta, mas não por conta do parágrafo 3º, do artigo 226 da CRFB.

ica0=ADPF%2F132>. Acesso em 20 out 2013

⁹⁹ STF, ADPF n 132, Ministro Gilmar Mendes, publicado em 14/10/2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013.

Trouxe à baila (*Gilmar Mendes*) também a progressiva jurisprudência da interpretação positiva e não somente negativa pelos tribunais, em especial, no caso do artigo 1.721 do CCB, na medida em que a interpretação conforme, na situação em análise, refere-se aos princípios jurídicos.

Há algumas divergências do voto do Ministro *Gilmar Mendes* com o voto do relator, Ministro *Aires Britto*, dentre elas: O primeiro reconhece a união estável entre casais homossexuais para assegurar direitos fundamentais das minorias, mas que há uma lacuna. O segundo afirma não haver uma lacuna, porém uma interpretação que supera a literalidade do artigo 226, parágrafo terceiro, da CRFB. *Gilmar Mendes* reconheceu a união estável homoafetiva, contudo, diferentemente de *Aires Britto*, deixou de se pronunciar sobre outros aspectos da união estável (casamento).

O Ministro *Ricardo Lewandowski*¹⁰⁰, diante do parágrafo 3º, do artigo 226, averbando que se trata da união entre homem e mulher, não vê como enquadrar pessoas do mesmo sexo como as mesmas espécies de família com previsão na Constituição (casamento, união estável ou monoparental). Afirmando que o legislador constituinte quis assegurar a união estável às pessoas de sexo distinto, pois fez citações expressas nos debates que antecederam o parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB.

Lewandowski concluiu que a relação entre pessoas do mesmo sexo é um quarto gênero de entidade familiar que não se encontra no rol do artigo 226 da Magna Carta, porém deve ser reconhecida com base na dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, etc. Afirmou ainda, que a integração que deve haver no caso concreto (lacunosidade) não é relacionada com as previstas no artigo 226 da CRFB, mas de aproximação das uniões estáveis heterossexuais desde que não se misturem

¹⁰⁰ STF, ADPF n 132, Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013.

com as prescrições referentes à diversidade de sexo, pois, estas últimas devem ficar a cargo do legislador.

O Ministro *Joaquim Barbosa*¹⁰¹, por seu turno, disse que o silêncio da Constituição não deve, *in casu*, ser interpretado com indiferença, daí o desprezo jurídico não é compatível com a Constituição, contudo defende a tese de que o reconhecimento da união homoafetiva não está no artigo 226, parágrafo 3º, da CRFB, mas em dispositivos constitucionais que protegem direitos fundamentais, c. p. ex, dignidade da pessoa humana, igualdade, etc.

O Ministro *Marco Aurélio* colocou em discussão duas correntes, a primeira de que a convivência pública, contínua, duradoura e com ânimo de constituir família por pessoa de sexo igual deve ser vista como entidade familiar nos termos da Constituição Federal mesmo em razão do preceituado no artigo 1723 do CCB; e a segunda de que o parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB faz referência à união estável entre homem e mulher, o que seria um silêncio eloqüente em relação aos casais homoafetivos.

Encerra *Marco Aurélio*¹⁰² observando que o Estado, diante da Dignidade da Pessoa Humana, deve reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, pois, diante da interpretação positiva de princípios constitucionais, não se pode reconhecer silêncio eloqüente no parágrafo 3º, do artigo 226, da CRFB, daí o artigo 1723 estar aquém do que fora consagrado na Constituição.

O Ministro *Celso de Mello*¹⁰³ considerou como entidade

¹⁰¹ STF, ADPF n 132, Ministro Joaquim Barbosa, publicado em 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013.

¹⁰² STF, ADPF n 132, Ministro Marco Aurélio, publicado em 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013.

¹⁰³ STF, ADPF n 132, Ministro Celso de Mello, publicado em 14/10/2011. Disponível

familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a união estável entre homem e mulher, além do que os direitos e deveres das uniões estáveis estendam-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo, com a justificativa, seguindo o relator *Aires Britto*, de que em relação à união estável entre pares homossexuais não existe lacuna voluntária na Carta de Outubro em razão dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, etc, e, por conseguinte, não há que se falar em silêncio eloquente.

O Presidente da Corte, na época, Ministro *César Peluso*¹⁰⁴ discordou do relator para precisar que existe uma lacuna normativa no reconhecimento da união estável de casais homossexuais como entidade familiar, por isso a analogia deve ser utilizada com critério de similitude e não de igualdade. Somente algumas regras da união estável heterossexual podem ser aplicadas aos casais homossexuais, eis que não são situações absolutamente idênticas, por invasão, outrossim, da competência legislativa.

O fato é que, por maioria, as uniões homoafetivas foram equiparadas ao modelo de união estável dos casais heterossexuais, inclusive com a possibilidade do casamento.

XIII – CONCLUSÃO

A igualdade perante a lei¹⁰⁵ exige o que já é aplicável pelas normas jurídicas válidas. É a vinculação do órgão aplica-

em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013.

¹⁰⁴ STF, ADPF n 132, Ministro Cezár Peluso, publicado em 14/10/2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ªed. São Paulo: Malheiros. p. 394/395.

dor do direito ao estipulado pelo legislador, sem qualquer possibilidade de contestação.

A igualdade na lei¹⁰⁶ ou na criação do direito assevera que todos devem ser tratados igualmente pelo legislador, mas não quer dizer que eles se localizem na mesma posição jurídica, com as mesmas características naturais ou se encontrem nas mesmas condições fáticas. É praticamente impossível a igualdade de todos em todos os aspectos, porém o que é vedado é toda e qualquer distinção sem conteúdo.

E, como saber diferenciar o igual do desigual? Observando o conteúdo da norma, ou seja, não em um sentido de dever formal, mas de dever material da igualdade.

No princípio da igualdade¹⁰⁷ o fator diferencial deverá guardar relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão de um benefício concedido ou de um gravame imposto. A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita.

Destarte, o Princípio da igualdade não desconsidera as discriminações de tratamento, desde que a desigualação não seja arbitrária. É preciso se valer de uma justa medida no tratamento desigual.

A democracia não é somente a formal, mas a material, isto é, precisa haver respeito na convivência daquilo que não é uniforme, que é contrário.

Em assuntos de interesse de todos em que não há consenso, diante de parametrizações morais diversas, é político, e, como tal, deve ser disciplinado pelo Parlamento.

O não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar de um quarto gênero fere frontalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, eis que a homossexualidade é um traço da personalidade de cada indivíduo e, portanto, vinculada ao seu bem estar físico e psíquico

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ªed. São Paulo: Malheiros. p. 396/397.

¹⁰⁷ BANDEIRA, Celso Antonio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38/39.

que deve ser respeitada em uma constituição plural.

No caso brasileiro sobre a temática, a justificativa da moral, dos valores cristãos e do modelo cultural não são empecilhos para que casais do mesmo sexo constituam família, haja vista que a CRFB, em uma sociedade múltipla, assegura os direitos das minorias. Essas justificativas legitimam somente o Parlamento a decidir questões inerentes ao formato das uniões homoafetivas, tais como: parceria civil, adoção, etc.

A CRFB, em seu bojo, quando tratou da união estável teve o intuito de, naquele momento, não abranger as relações homoafetivas, porém, ao mesmo tempo, no momento em que consagrou a fórmula de que todos os homens são iguais perante a lei, a meu ver, garantiu a tolerância e a convivência harmoniosa entre os modelos e modos de vida escolhidos, em especial, criando um rol exemplificativo de família, na qual se enquadra os homossexuais.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade em análise, a Suprema Corte foi ativista em parte, quando da equiparação completa, como entidade familiar, entre casais heterossexuais e homossexuais, tendo em vista que há diferenças sutis que precisam ser observadas, mormente, pelo aspecto cultural que foi ratificado pelo constituinte originário no parágrafo 3º, do artigo 226, da Carta Magna. O que não se discute é que em ambos os casos há uma família e deve ser equiparada a união estável no que couber.

Por isso, é inconcebível, como outrora, que pedidos de reconhecimento de casais homossexuais não fossem julgados, nas Varas de Família, com o argumento da impossibilidade jurídica do pedido, por se tratar de uma sociedade de fato.

De outro modo, entendo que há lacuna no enunciado do parágrafo 3º, do artigo 226 da CRFB, e a interpretação conforme a constituição do artigo 1723 do CCB deve ser com base nos princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, bem como no direito de ser diferente e de viver

em uma sociedade múltipla, valendo-se da analogia.

Dessa maneira, a interferência do judiciário em outros direitos, que não somente o reconhecimento da entidade familiar de quarto gênero nas uniões homoafetivas seria uma afronta à separação de poderes, haja vista que é o Poder Legislativo que deve definir a matéria, em especial, o instituto jurídico, a nomenclatura, etc, que devem ser utilizadas na estruturação das relações entre casais do mesmo sexo.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- _____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ªed. São Paulo: Malheiros. 2012.
- ATALIBA, Geraldo. Judiciário e Minorias. Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194.
- BANDEIRA, Antônio Celso. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Revista Diálogo Jurídico. Nº 16. Maio/junho/julho/agosto de 2007.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Rio de Janeiro, 2005.

- BELMONTE, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de informação legislativa*. Brasília, Outubro/dezembro, Ano 36. Nº 144. 1999.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Yale: Second edition, 1986.
- BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira. A <<igualdade proporcional>> Novo modelo do controle do princípio da igualdade? Comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional Nº 187/2013.
- CALDEIRA, Cesar. *União Bem-Vinda: Ativismo Temerário. Troca-Troca*. Abril-maio- junho. 2011.
- CANOTILHO, Gomes, JJ. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed. Portugal: Almedina, 2000.
- _____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. 1º Ed. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*; Coimbra. 2007.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Do que a república é: uma república baseada na dignidade humana*. Lisboa. 2008.
- _____. *Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Coimbra editora, 2010.
- _____. BRITO, Miguel Nogueira. A <<Igualdade Proporcional>>. *Novo Modelo no Controlo do Princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013*.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *A leitura Moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte.

- Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. *Taking Rights Seriously*. São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERREIRA, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Manoel Ferreira. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2º Ed. Coimbra: 2010.
- _____. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora. 1993.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Portugal: Coimbra editora, 2010.
- _____. *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República*. Portugal: Coimbra editora, 2004.
- _____. *Princípios Constitucionais Estruturantes da República portuguesa*. 3º Ed. São Paulo: Coimbra, 2004.
- _____. *Direitos sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Portugal: Coimbra editora, 2010.
- _____. *Direitos como trunfos contra a maioria: Contra a Maioria-Sentido e Alcance da Vocação Contramajoritária dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Curitiba. 2006.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método. 2010.

- ORTIZ, Laura Lusma Castro; VÉLEZ, Sergio Estrada. Os direitos dos casais do mesmo sexo: uma defesa a partir do princípio da igualdade ou do direito de ser diferente? Meritum. Belo Horizonte. v. 5 – n. 1.
- RIOS, Raupp Borges. O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, Força Normativa, Direito Sumular e Antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo. In: Marcelo Conrado; Rosalice Fidalgo Pinheiro. (Org.). Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo sexo e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- STRECK, Luiz Lenio. Ulisses e o canto das sereias: Sobre ativismo judicial e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus Navigandi. Teresina, ano 14, 2009. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/revista/texto/13229](http://jus.com.br/revista/texto/13229)>. Acesso em: 14 de junho de 2013.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11º ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
- WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Madrid-Barcelona: 2005.
- VARGAS, Fábio de Oliveira. União Homoafetiva. Direitos sucessórios e novos direitos. Curitiba Juruá Editora, 2011.

PRESIDENCIA DA REPÚBLICA –

<http://www2.planalto.gov.br>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - www.stj.jus.br

REVISTA JUSBRASIL - <http://www.jusbrasil.com.br>