

**ANÁLISE SOBRE O VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO NA ADI n°
4.277- DF**

**Samia Lacerda Costa¹
Prof.º Dr. Murilo Souza Arruda²**

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo provocar uma discussão argumentativa sobre o voto do ministro relator Carlos Ayres Britto funda pela sua enunciação, no Supremo Tribunal Federal, referente à recente (2011) questão da união homoafetiva no Brasil, ressaltando a importância da aplicação dos direitos fundamentais junto com os princípios constitucionais podendo mudar a visão geral acerca das relações homoafetiva. Para isso, é desenvolvido um estudo a respeito da posição jurisprudencial sobre o tema e, principalmente, a respeito do julgamento da ADI n° 4.277 e da ADPF n° 132 pelo Supremo Tribunal Federal. Especificamente, a pesquisa procurou argumentar os seguintes propósitos: sexo, patologia, entidade familiar e judicialização política. Trata-se de uma temática polêmica que atravessa a conjuntura estrutural da nossa sociedade, mas vemos que as conquistas vêm sendo alcançadas de forma gradativa. Em termos gerais, a conclusão indica a necessidade preservar a dignidade humana daquelas pessoas que sentem a necessidade de estabelecerem uma relação homoafetiva, de construção de um sistema normativo baseado na cidadania e respeito, a partir de princípios consagrados na Constituição vigente.

Palavras-Chave: Orientação sexual. União estável. Família.

ABSTRACT: The present paper aims to provoke an argumentative discussion about the vote of the minister of the rapporteur, Carlos Ayres Britto, for his enunciation in the Federal Supreme Court regarding the recent (2011) issue of homoafetive union in Brazil, emphasizing that the importance of the application of fundamental rights along with the constitutional principles being able to change the general view about homoafective relations. For this, a study is developed regarding the jurisprudential position on the subject and, mainly, regarding

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Email: samiaazi@hotmail.com

²Doutor, Mestre e Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia. Professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Professor substituto da Área de Antropologia da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Coordenador do Núcleo de Análise em Direitos Humanos e Alteridades (NADHA-UCSAL).

the judgment of ADI nº 4.277 and of ADPF nº 132 by the Supreme Federal Court. Specifically, the research sought to argue for the following purposes: sex, pathology, family entity and political judicialization. It is a controversial theme that crosses the structural conjuncture of our society, but we see that the achievements have been reached in a gradual way. In general terms, the conclusion indicates the need to preserve the human dignity of those people who feel the need to establish a homoaffective relationship, to build a normative system based on citizenship and respect, based on principles enshrined in the current Constitution.

Keywords: Sexual Orientation. Stable union. Family.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 ANÁLISE SOBRE O VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO 2 SEXO 3 PATOLOGIA 4 ENTIDADE FAMILIAR 5 JUDICIALIZAÇÃO POLITICA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A cidadania constitui-se como um dos desafios a serem alcançados pela sociedade brasileira no século XXI, ainda após a promulgação da Constituição de 1988. Os direitos constitucionais garantidos nos princípios fundamentais descritos no artigo 1º são: “a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político”, pavimentando a base para a consolidação da democracia. A falta de tais direitos para alguns grupos ou pessoas pode provocar favoritismos, convertendo direitos de todos em privilégios de alguns. Desta forma, direitos idealizados como universais no Brasil, subvertendo anseios constituintes, contribuiriam para a desigualdade e intolerância, podendo, conseqüentemente, desencadear diversas formas de violência.

Desta forma, o propósito do presente trabalho é abordar os principais pontos do voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, do ministro relator Carlos Ayres Britto, sendo mencionado e argumentado sobre alguns pontos, a seguir, além das informações que julgamos ser relevantes para entender o momento histórico em que surge o voto analisado, explicitamos

alguns dados de ordem jurídica, no qual, o primeiro vamos realizar uma abordagem de Sexo, no segundo Patologia, no terceiro Entidade Familiar e Judicialização Política.

Ao longo do presente estudo, busca-se então analisar os mais relevantes eixos da extensa argumentação desenvolvida pelo relator da ação, Ministro Ayres Brito, do STF que fundamentam a decisão. Nesse contexto demonstrando como o voto busca garantia de direitos a partir de uma reinterpretação constitucional. Entende-se, também que a argumentação sobre a constituição cumpre os anseios comunitaristas (Trata-se de um conceito político, moral e social, que surge no final do século XX. Sistema político que dá primazia ao que é comunitário ou ao que é realizado com a participação da comunidade) constitucionais e garante direitos da população LGBT, ao ampliar a visão das Cartas pétéas.

Nesse cenário, onde a liberdade de orientação sexual é vista como uma forma de concretização dos direitos humanos. Segundo YOGYAKARTA (2007), violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos, obliterando o preconceito e a discriminação.

Trata-se de uma temática de direito fundamental, que atravessa a conjuntura estrutural da nossa sociedade, arranhando os pilares morais e religiosos que sustentam os dogmas e o contrato de vida coletiva. Abordar a homossexualidade do ponto de vista da própria reflexão dessa nomenclatura implica na desconstrução dos próprios preconceitos existentes na humanidade, sendo necessária uma ação quando se busca garantir direitos.

A cidadania garantida político-social, garantida constitucionalmente, vem sendo reduzida a uma cidadania do consumo Segundo Avena (2006), à cidadania na medida em que o status do homossexual como consumidor tem sido mais forte como fator para sua aceitação na sociedade e nos empreendimentos do que as lutas de grupos organizados. No qual preconizam a tolerância com isso a emergência dos aspectos da sexualidade acontece, também, em função da disseminação desse tema por outras áreas da atividade humana, por exemplo: a luta pela cidadania, o consumo e hospitalidade.

A discussão nos remete a inúmeras questões que se materializam em um embate político e ideológico. O conceito de gênero de uma forma mais ampla, não se limita à diferença entre homem e mulher, masculino e feminino, não se restringindo à esta diferença binária entre os sexos. Compreender gênero remonta campo cultural, incluindo reflexões no

contexto das experiências; das relações sexuais, olhando para o sujeito como múltiplo ao invés de único; contraditório, em vez de dividido (LAURETIS, 1994 apud DE MOTA 2012).

Segundo Dieter (2012), é imprescindível que seja reconhecida a dignidade humana nas relações homoafetivas, caso contrário instaura-se uma distinção entre os cidadãos em razão de sua orientação sexual, tendo em vista que a sexualidade, considerada sua dimensão de desejo, faça parte da personalidade da pessoa. Portanto, se o Estado deixa de reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar, estaria desvalorizando a pessoa pela sua sexualidade, o que segundo DIAS (2010), é inadmissível constitucionalmente.

Sem exceção, os indivíduos são sujeitos de direito, ainda que a lei não faça referência expressa a seus direitos e deveres. Neste sentido, Ayres Brito em seu voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, interpreta os anseios constitucionais de liberdade, alcançando a esfera da intimidade. Os homossexuais não estão desamparados pela juridicidade, pois estão protegidos pela Constituição Cidadã de 1988, cujos princípios são indispensáveis para a construção doutrinária e jurisprudencial em prol desse contingente marginalizado pela sociedade. Nesse premente construir, destaca-se os direitos fundamentais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (DA COSTA, 2011).

Nesse contexto, a questão que se coloca é desafiadora por apontar questões de direitos e legalidades no contexto do debate que articula sexualidade e comportamento sexual. A importância da aplicação dos direitos fundamentais junto com os princípios constitucionais, tendo-se em vista sua contribuição para a transformação da visão cultural brasileira acerca das relações homoafetivas.

1 ANÁLISE SOBRE O VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

O processo de construção de identidade ocorre de uma maneira histórica, cultural e social e as diferenças por ele produzidas são as características centrais pelas quais a identidade é fixada.

De forma especial, no campo jurídico brasileiro, o respeito aos direitos humanos em função da particularidade individuais e coletivas dos diferentes grupamentos, os quais se distinguem por fatores tais como a origem, o sexo, a orientação sexual, a raça, entre outros. O pluralismo eleva-se à condição de princípio indissociável da idéia de dignidade da pessoa

humana, exigindo do Estado e a da Sociedade a proteção de todos os "outros", diferentes de nós pelos aspectos acima mencionados.

Em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a união homoafetiva por unanimidade. A aprovação foi consolidada com voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, do ministro relator Carlos Ayres Britto, no qual reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico. Nesse julgado, reconheceu-se a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, no plano da orientação sexual, vedando o preconceito sob o manto da fraternidade e do pluralismo como valor social, político e cultural.

O ministro Ayres Brito inicia seu voto examinando um dos momentos decisivos do Constitucionalismo brasileiro, através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 no qual o STF reconheceu a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis. Visto isso, parte para um processo afirmativo de que a ADPF 132- RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 estão ligadas, e se baseando nas jurisprudências de outros casos semelhantes de correlação entre ADPF e ADI, nos quais o mesmo voto foi destinado a preencher as lacunas das duas ao mesmo tempo. Esclarece-se, portanto, que o direito tenta encontrar dentro de si, e não fora de si, uma solução para uma demanda social que bate às portas das varas de família, dos tribunais e chega, por fim, a mais alta corte brasileira. Tal recepção objetiva dar interpretação conforme a ADPF e ADI, de modo que, foi decidido, concernente à união estável, fosse válido tanto para casais formados por pessoas de sexos diferentes como para as de mesmo sexo.

Para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernaculamente posto: “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”. No qual ADI supera a ADPF, onde questionam como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, além de haver evidenciado que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas estendem-se aos companheiros nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Conforme afirma o ministro Ayres:

É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção. Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao

padrão social da heterossexualidade. É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. AYRES BRITTO, 2011)

Os argumentos apresentados situam-se no fato de que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo na ordem jurídica brasileira independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

2 SEXO

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, seja do sexo/gênero que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. Justifica-se então mediante ao elemento central do voto do ministro Aryes. Sabemos que ambas dão direito a liberdade, logo todos vão ter liberdades de escolha bem como a construção da sua família e a orientação sexual.

Segundo De Mota (2012), as reflexões em torno dos temas sexualidade e cidadania remetem a amplos questionamentos sobre como o Estado e as instituições a partir das quais se aparelha (família, igreja e escola) têm influência na relação como os indivíduos ou grupos sociais interagem com o seu corpo e o seu sexo. O ministro Aryes no seu relato, primeiramente esclarece que a primeira vez em que a palavra “sexo” foi utilizada na atual Constituição brasileira foi no art. 3^a, inciso IV conforme sua argumentação:

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

“Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa

que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, no parágrafo 3.º, inciso IV”).

O ministro Aryes explica o porquê da nomenclatura “homoafetividade” utilizada no em seu voto no objetivo de tentar diminuir o preconceito estigmatizado na palavra “homossexualidade” utilizado pela primeira vez pela autora Maria Berenice Dias (2010), logo que argumenta:

Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregamo estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo). (Manual de direito das famílias/ Maria Berenice Dias, 2010 página 434).

Só pode ser por preconceito que a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher. Ora, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1.º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa. Em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual.

A homossexualidade não é considerada uma doença, tão pouco um desvio comportamental, assim, diante destas afirmativas, é de se questionar que a homossexualidade seria então uma preferência sexual. Conforme Dias (2010), descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.

Para Gabriela Cabral, “orientação sexual” é:

(...) o nome dado à atração sexual que um indivíduo sente por outro, independente do sexo que esse possui, podendo ser assexual quando não sente atração sexual por nenhum gênero (sexo feminino ou masculino), bissexual quando sente atração pelos dois gêneros heterossexual quando sente atração somente pelo gênero oposto, homossexual quando sente atração por indivíduos do mesmo gênero e pansexual quando sente atração por diferentes gêneros (transexuais) (CABRAL, Gabriela.

Orientação Sexual. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/sexualidade/orientacao-sexual.htm>. Acessado em: 22 maio, 2008).

E ainda, como expôs em sua relatoria o Ministro Ayres:

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. AYRES BRITTO, 2011)

Em relação especificamente ao reconhecimento de união de pessoas do mesmo sexo, mesmo não havendo previsão expressa na Constituição e na legislação ordinária, há que se reconhecer a sua condição de entidade familiar no âmbito do Direito de Família, pois a afetividade existente em nada se diferencia da afetividade existente nas uniões heterossexuais. A ausência de normas não pode ser suprida com uma postura conservadora por parte do Estado a fim de negar direitos a determinados relacionamentos afetivos entre seres humanos, na medida em que estes não têm a diferença de sexo como pressuposto (DIAS, 2010).

O direito à igualdade não pode ser condicionado à orientação sexual do indivíduo. Sabe-se que a sexualidade deve ser idealizada como direito que decorre da própria condição humana, que tem como a liberdade do indivíduo de se expressar e se relacionar sexualmente da forma que quiser, sem interferência por parte do Estado.

3 PATOLOGIA

Segundo Dieter (2012), acreditavam que os homossexuais apresentavam propensão à depressão. Mas isso não é suficiente para afirmar que o afeto entre pessoas do mesmo sexo trata de uma patologia. Afinal, todas e todos estão sujeitos no mundo contemporâneo a doenças de cunho psico social. É mais do que compreensível a tendência dos homossexuais sofrerem de depressão, pois muitas vezes, com receio de enfrentar a sociedade homofóbica, acabam retraindo seus sentimentos e desejos, além de participar de forma assimétrica dos dividendos sociais.

Catalogada como uma perturbação desde o final do século XIX, a homossexualidade é retirada dos manuais de diagnóstico médico apenas no final do século XX. Desde então, tanto as associações de psiquiatria e de psicologia, como a Organização Mundial de Saúde, foram peremptórias relativamente aos efeitos nocivos das chamadas terapias de reconversão ou conversão, desenvolvidas naquele contexto de entendimento da homossexualidade como patologia.

Indubitavelmente, a patologização e a estrutura binária demonstram um potencial estigmatizante que anula a condição dos transexuais de parceiros nas interações sociais. Seguindo, o ministro Aryes discorre também que a homossexualidade não é e não deve ser tratada como uma patologia.

“A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. AYRES BRITTO, 2011).

Uma das argumentações utilizadas no voto do relator Ministro Ayres é justamente neste sentido:

“Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal.” ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. AYRES BRITTO, 2011)

Portanto, o ministro Aryes atenta para a perspectiva moral e mostra que a decisão perante a necessidade de reconhecimento da igualdade jurídica entre as relações homossexuais e heterossexuais. De forma a diminuir os índices e discriminações e preconceitos, visando à aceitação social e à constituição de laços familiares permanentes do princípio da afetividade.

Segundo Dieter (2012), em decorrência dos movimentos libertários sociais que foram surgindo – um exemplo são as paradas que ocorrem em quase todo o mundo – passou a haver relativa aceitação – de forma crescente – por parte da sociedade. Esses movimentos servem também para buscar o reconhecimento dos homossexuais como pessoas com plenos direitos

de cidadania, mas que por seus desejos e orientações, ainda são vistos em certas situações como portadores de doenças ou desvios morais. Em outras palavras, a despatologização das pessoas com desejos homoafetivos deve ser farol a iluminar o campo jurídico.

Segundo Rabelo (2017), é importante considerar que tais ideologias são construções sócio-históricas e efeitos de relações de poder. O termo despatologização de gênero se refere à luta dos movimentos sociais para tirar do campo da patologia, da abjeção, aqueles que denunciam a inexistência de uma normatividade em relação ao sexo, à identidade de gênero, à sexualidade e suas nuances de desejo. Isso ocorre uma vez que nem todas as pessoas se enquadram na matriz heteronormativa (Refere-se à heteronormatividade, ao conceito de que apenas os relacionamentos entre pessoas de sexos opostos ou heterossexuais são normais ou corretos. Que enxerga a heterossexualidade como a norma numa sociedade), que subjetiva e inscreve os corpos desde o nascimento, por práticas sutis e naturalizadas, muitas vezes despercebidas e invisíveis.

Segundo Anjos (2002) o alto capital cultural e o capital social permitem à organização LGBT enfrentar os desafios próprios à luta pela cidadania de grupos estigmatizados. Deve-se dizer que a definição da homossexualidade que a organização LGBT elabora e as formas a partir das quais tenta impô-la ao restante da sociedade, fortemente relacionadas às características e recursos sociais dos integrantes da organização LGBT, necessariamente descartam outras definições de homossexualidade concorrentes. Assim, se os integrantes da organização LGBT são parte de um subgrupo dominante entre os homossexuais, os nexos que constroem entre "homossexualidade", "cidadania" e "direitos humanos", que questionam as definições já consagradas de homossexualidade, parecem apagar a própria especificidade da categoria, impedindo sua mobilização, e com isso, a própria força da organização no espaço político.

4 ENTIDADE FAMILIAR

As questões relacionadas à família e entidade familiar expressam o mesmo significado. Assim, o raciocínio feito pelo Ministro Ayres no acórdão do julgamento da ADI 4.277/09: se autarquia é o mesmo que entidade autárquica, família equivale à entidade familiar. E família por inteiro. Dessa maneira, a diferença entre o casamento e a união estável para o Estado é a de que no casamento há segurança jurídica em razão do marco inicial ser solene; já a união estável demanda produção de provas quanto ao tipo de convivência (se

pública, contínua e duradoura) e quanto ao intuito de se constituir uma família. Contudo, não há diferença de tratamento jurídico quanto à família vinda da união estável ou do casamento. Uma vez provado o início da união estável, ali existiu e existe família, o que já se presumia do casamento.

Na sustentação do seu voto o ministro Ayres, na decisão em estudo (ADI 4.277/09 e da ADPF 132/08), que define em seu voto que família é:

“Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. AYRES BRITTO, 2011).

Argumenta também em seu voto poético e, até mesmo, metafísico, uma vez que recorre a Chico Xavier para conceituar o amor, enquadra as relações, que paradoxalmente insiste em afirmar livres, dentro da operacionalidade pretensamente lógica e derradeira do direito:

A expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexiste essa figura da sub-família, família de segunda classe ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. AYRES BRITTO, 2011).

Nesse pensamento poético, Chico Xavier era referencial. Ao usar um sentido religioso moral, na figura culturalmente compartilhada no Brasil, já se pretendia uma idéia de inclusão nesse plano cotidiano dos pensamentos distribuídos por todos, apostando um sentido de comunhão, apontando e atrelando-se ao sentido “comunitarista” que se costuma atribuir ao eixo estruturante da Constituição de 1988.

Desta forma, ao se atrelar a noção religiosa/moral mais inclusiva ao eixo mais fundamental da Constituição, o Ministro Ayres Brito aposta, reconhecendo, que a família de uma forma mais abrangente é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se preferir, uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.

Observa-se então uma ligação entre Chico Xavier e Kelsen, através do conceito de família. Demonstrado, então, que o conceito de família não é apenas um grupo de pessoas com ancestralidade comum, ele é muito mais, como união de amor, ligados por laços afetivos e que, geralmente, vivem numa mesma casa e no qual constitui uma das unidades básicas da sociedade. Portanto, um hiato jurídico que precisa ser preenchido por meio de exercício hermenêutico, como precedia o ministro relator Ayres Brito.

O ministro Ayres indaga também sobre o “saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual ‘tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’ (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito)”.

Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. AYRES BRITTO, 2011).

Nesse segmento, argumenta que a Constituição Federal de 1988, no parágrafo 3.º do artigo 226:

Embora demonstre o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não veda a união estável entre pessoas do mesmo sexo. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, no parágrafo 3.º do artigo 226).

Além disso, o Ministro-relator destacou, no mesmo voto, que a família, por ser um natural meio de coletividade humana; de integração comunitária; seja por sangue ou afinidade, a família teria que ter o mais amplo conceito jurídico e a mais extensa. Conceituosa Maria Berenice Dias (2010), afirma a necessidade de uma visão pluralista no seu livro *Manual de Direitos das Famílias*:

Cada vez mais a idéia de família afasta-se da estrutura do casamento. O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A constitucionalização da união estável e do vínculo monoparental operou verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. Tornou-se preciso achar o elemento que autorizasse reconhecer a origem dos relacionamentos interpessoais. O grande desafio foi descobrir o toque diferenciador destas estruturas, a permitir inseri-las em um conceito mais amplo de família. (Manual de direito das famílias/ Maria Berenice Dias, 2010, página 14).

No novo cenário jurídico, três unidades familiares albergadas pelo direito: aquela oriunda do casamento; a originária da união estável (casais de mesmo sexo se inscrevem aqui, ao lado dos casais cujos membros são de sexo diferente); e a chamada família monoparental (formada, por exemplo, pela mãe solteira). O que desse abranger qualquer entidade familiar e o carinho, o afeto, o cuidado. Os sentimentos desencadeados proporcionam uma formação familiar, mediante o afeto vivido no cotidiano compartilhado, estrutura de convívio que está na base do conceito de família.

O afeto foi reconhecido como o ponto de identificação da família. É o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional - cujo núcleo é a vontade - e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e compromentimentos mútuos. (Manual de direito das famílias/ Maria Berenice Dias, 2010, página 15).

É preciso, então, considerar como família todo aquele grupo que tem em sua essência a estabilidade, afetividade, solidariedade e também deve ser uma entidade espiritualmente/moralmente estruturada, onde o Estado se espelhe. A família é o alcance de uma forma superior de vida em grupo, por estar voltada para o crescimento tanto individual quanto coletivo, por compartilharem interesses e valores, além deterem consciência do que partilham.

Segundo Dieter (2012), a partir do momento em que se passa a reconhecer a existência, não apenas de um único e hegemônico modelo de família, mas sim de múltiplos arranjos, surge um novo ramo dentro do Direito de Família, o Direito Homoafetivo. Esse, por sua vez, busca assegurar os direitos decorrentes desses novos arranjos familiares, garantido aos membros de todos os modelos de família, os mesmos direitos e um tratamento igualitário.

Dessa forma, essas relações são merecedoras de uma atenção especial, visto que existem e não podem ser tratadas à margem de jurisdição própria. Nesse diapasão, cumpre ressaltar a grande importância da análise de situações referentes às uniões de pessoas do mesmo sexo, como o direito de família. O direito previdenciário e o direito sucessório, ou seja, o direito patrimonial na sua plenitude, dessas relações afetivas que não ficam aquém das demais entidades familiares (GOERCH & PICHININ, 2015).

Nenhum cidadão pode ter negado direitos civis pelo fato de possuir uma orientação sexual específica, não cabendo ao Estado impor uma moral determinada aos cidadãos, de forma a garantir um espaço livre para o desenvolvimento da própria vida e da personalidade. Com isso, a Corte Constitucional brasileira reconheceu a obsolescência de uma lei futura para que haja esse tipo de casamento e o resguardo do direito dessas famílias. Assim visto que todas as uniões amorosas com o fim de unir vidas, apoio mútuo e que formem famílias são reconhecidas pela Constituição Federal como uma mesma e única coisa: família. Sua definição de família, então, não decorre da Lei, mas da Constituição, que se refere a homem e mulher ou eles e seus descendentes, e, ainda, não proíbe expressamente outras maneiras de famílias.

5 JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA

Apesar de grande parte do parecer do ministro Aryes ter se preocupado em tentar defender a idéia de que o STF se apodera da função do Congresso ao decidir a ADI reconhecendo a inafastabilidade do casamento civil homoafetivo, e que não há lei a respeito.

Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a “Ordem Social” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. AYRES BRITTO, 2011).

Desta forma, o STF afirma, e impossibilita a tramitação de qualquer lei ordinária que atente contra essa possibilidade. Isto se reconhece porque a nenhuma lei ordinária, por mais que o Congresso tente que tenha como objetivo suprimir os direitos das famílias homoafetiva encontrará proteção no STF.

Pela existência de uma mesma entidade familiar, a união estável, tanto para casais do mesmo sexo, quanto para casais de sexos diferentes. Com isso o ministro Aryes compreendeu a possibilidade da interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil e pela obrigatoriedade constitucional não apenas do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Mas também, pela necessidade de que a sua disciplina normativa fosse a mesma conferida às uniões heteroafetivas, não havendo motivos a ensejar tratamento diferenciado.

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. (BRASIL.Art. 1723 do Código Civil - Lei 10406/02, 10 de janeiro de 2012).

Segundo MOSCHETTA (2011), a “judicialização da homoafetividade importa reconhecer as uniões homoafetivas por pares do mesmo sexo com status jurídicos”. As decisões judiciais que versam sobre o tema dão conta de que, mesmo com ausência de legislação específica que disponha sobre uniões homoafetivas, é possível reconhecer este direito, para que direitos não sejam sonogados por conta de preconceitos. Ao Estado cabe determinar a judicialização da sexualidade, por meio de políticas públicas para que se afirme o comportamento que advém da orientação sexual.

O poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes, se antecipam às modificações legislativas. O judiciário é conclamado a contribuir pra a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, sob a qual reconhece direitos como à vida, à liberdade, à igualdade.

Conforme o relato do ministro Aryes, para compreender que a referência a “homem e mulher” seria apenas um reforço à previsão de igualdade entre os gêneros na família (art. 226, §5º da Constituição) e no direito em geral (art. 5º, I da Constituição), não podendo o dispositivo de índole francamente emancipatória ser interpretado de forma a discriminar casais homoafetivos e reforçar preconceitos constitucionalmente rechaçados. Mediante a isso

chegou, inclusive, no final de seu voto, a apontar a impropriedade inconstitucional do tratamento diferenciado para casais homoafetivos em outras esferas, como o casamento e a adoção.

Em um Estado Democrático de Direito, a exclusão de uma minoria por causa de sua opção sexual diferente já não se faz mais aceita. Não existe vedação constitucional ou normativa diversa que faça com que duas pessoas que desejem constituir família sejam impedidas de tal apenas por possuírem igual conformação anatomo-fisiológica, quando também essas relações se situam na esfera dos sentimentos e do instinto, cabendo até uma maior importância a estes últimos fatores do que àquele primeiro (OLIVEIRA, 2013).

Destaca-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal não significa barreira à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, como decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, no presente estudo, analisar os mais relevantes eixos abordados pelo ministro relator Carlos Ayres Britto. Ao abordar os temas sexo, patologia, entidade familiar e judicialização da política, percebeu-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal representou um grande avanço ao trazer os chamados direito de pessoas homoafetivas para dentro do Direito.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, portanto, garantiu que os ideais da Constituição Cidadã, alcançasse mais pessoas em sua singularidade, ampliando a garantia da igualdade e de não discriminação.

No cenário brasileiro atual, as decisões baseadas ou que iniciam processos jurisprudenciais tem se constituído como importante ferramenta para efetivação dos direitos humanos. Neste marco, inscreve-se a união homoafetiva como instituto jurídico.

Evidentemente, o julgamento ocorrido no âmbito do STF criou uma jurisprudência com efeito vinculante, unificando decisões judiciais e administrativas sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo e consolidando a garantia de direitos, reconhecendo as uniões

formadas por pares dos mesmos sexos. A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta a liberdade fundamental, a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida.

Então, se faz necessário repensar os conceitos atuais de família, à luz do reconhecimento ao qual se chegou o STF, e desvincular o matrimônio do sexo masculino e feminino, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidade familiar visto que a atual concepção de família é plural, democrática e flexível.

Diante do exposto, reforça-se a necessidade de se preservar a dignidade humana daquelas pessoas que sentem a necessidade de estabelecerem uma relação homoafetiva, sendo dever do Direito preservar a dignidade humana contribuindo para o reconhecimento e respeito, já que dignidade da pessoa é um dos princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Gabriele dos. **Homossexualidade, direitos humanos e cidadania**. *Sociologias*, v. 4, n. 7, 2002.

AVENA, Daniella Tebar; ROSSETTI, Fabrizia. **Homossexualidade, consumo, cidadania e hospitalidade**. *Caderno Virtual de Turismo*, v. 4, n. 2, 2006.

BRASIL. **Art. 1723 do Código Civil - Lei 10406/02**, 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277/DF – DISTRITO FEDERAL**. Relator: Min. AYRES BRITTO. Brasília, 05 de maio de 2011. Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, 14.10.2011, vol. 02607-03, p. 00341. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> . Acesso em: 25.04.2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988 Disponível :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm [Acessado 05 de maio de 2018].

CABRAL, Gabriela. **Orientação Sexual**. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/sexualidade/orientacao-sexual.htm>. [Acessado em: 22 maio, 2018]

DA COSTA, Wellington Soares. **Brasil: homossexualidade e direitos humanos** (III, VI). *Nômadias*, p. 1-26, 2011.

DA SILVA MATTOS, Fernando. **DIREITO À IGUALDADE E À DIGNIDADE DOS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE PANORÂMICA DA JURISPRUDÊNCIA** .<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/artigoMattos.pdf> [Acessado dia 22 de maio, 2018]

DE MOTA, Murilo Peixoto. **As diferenças e os " diferentes" na construção da cidadania gay: dilemas para o debate sobre os novos sujeitos de direito**. *Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades*, v. 2, n. 02, 2012.

DIAS, Maria Berenice et al. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**. Editora: Revista dos Tribunais, 2010.

DIETER, Cristina Ternes. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional**. *IBDFAM* [Online]. Available at: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/812>> [Acessado, 20 de maio 2018], 2012.

GOERCH, Alberto Barreto; PICHININ, AntonellaMazzine. **Cidadania e política pública de inclusão social: os reflexos da ideologia cristã na questão dos homossexuais no ordenamento jurídico brasileiro**. *Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2015.

MOSCHETTA, Silvia OzelameRigo. **HOMOPARENTALIDADE. DIREITO À ADOÇÃO E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POR CASAS HOMOAFETIVOS**. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Diego de Abdalla. **A luta pela dignidade na união homoafetiva**. site: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/11.pdf>, [Acessado em 4 de maio de 2018].

PRINCÍPIOS, DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Observatório de Sexualidade e Política, 2007.

Rabelo, D.; **Especialista debate a necessidade da despatologização de gênero Assunto será tema de conferência no II Congresso Multidisciplinar de Saúde da UNAMA Assessoria de Comunicação**, 29/03/2017 - 11:01. <http://www.unama.br/noticias/especialista-debate-necessidade-da-despatologizacao-de-genero> [Acessado em 23 de maio 2018].

SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e Diferença: a Perspectiva dos Estudos Culturais**. 7ª. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007, p. 73-102.