

Interpretar a Constituição não é ativismo judicial(ou "ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição")¹

Em recente artigo publicado na revista eletrônica CONJUR, disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario> cujo título é "Normas Constitucionais Inconstitucionais", os professores Lênio Streck, Vicente Barreto e Rafael de Oliveira analisam a propositura da ADPF 178 (recentemente aceita e protocolada pelo STF como ADI 4277, conforme o pedido alternativo do Ministério Público Federal - haja vista a não especificidade de que dispositivos seriam violados), que versa sobre o reconhecimento da união estável a casais de pessoas do mesmo sexo e o papel que a jurisprudência desempenha nesse caso.

Os principais pontos sustentados pelos autores podem ser sintetizados da seguinte forma:

- (i) o reconhecimento como entidade familiar das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria de emenda constitucional ou de projeto de lei, conforme, segundo os autores, teria ocorrido na Espanha;
- (ii) o reconhecimento de relações homoafetivas pela jurisprudência do STF estaria incorrendo em "terceiro turno" no processo constituinte, caracterizando "um nítido excesso do poder judiciário no sentido de romper com o texto da Constituição";
- (iii) esse reconhecimento incorreria em um indevido ativismo judicial, perigoso e nocivo para a democracia, na medida em que exerceria uma função típica do poder legislativo; e
- (iv) que o entendimento da inadequação constitucional de uma união estável estritamente heterossexual estaria, em certa medida, resgatando a idéia (superada) da possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais, de Otto Bachoff.

Com a devida vênia aos professores, entendemos que esse entendimento é equivocado. A interpretação que reconhece as relações homoafetivas e as equipara a união estável não rompe com o texto constitucional nem parte da idéia de normas constitucionais inconstitucionais; o que esse reconhecimento propicia, em verdade, é a interpretação da Constituição de maneira unitária, a partir de direitos já existentes no plano constitucional, não caracterizando, dessa forma, um ativismo judicial que cria direitos não previstos pelo ordenamento.

Para um melhor desenvolvimento dessa ponto, estruturamos o artigo nos seguintes tópicos: (i) O reconhecimento das relações homoafetivas é fruto de

¹ Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros. Advogado, Mestre em Estado, Direito e Constituição pela Universidade de Brasília, Professor de Direito de Família do UniCEUB, Associado do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e autor do livro "A Constitucionalidade do Casamento Homossexual", publicado pela editora LTr e do "Blog de Família", disponibilizado em <http://oblogdefamilia.wordpress.com/>.

ativismo judicial?; e (ii) A experiência internacional reforça a previsão constitucional das relações homoafetivas.

I - O reconhecimento das relações homoafetivas é fruto de ativismo judicial?

A preocupação dos autores com o risco que a extrapolação da atividade judicial pode significar para a democracia é legítima e por nós compartilhada. Dessa forma, ao abordar-se o papel do Judiciário nesse contexto, deve-se ter em mente a preocupação com dois pontos, a saber, (i) não incorrer em uma transformação desse poder em uma espécie de "superego da sociedade", e (ii) não reduzir, indevidamente, a concretização de direitos constitucionais a um ativismo judiciário que estaria a extrapolar os limites de atuação do poder.

O esclarecimento desses pontos, que são interligados, é necessário para que se possa conduzir uma interpretação democrática e constitucionalmente adequada acerca das decisões judiciais e ações que versam sobre relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

A crítica da atuação do Judiciário como superego da Constituição é desenvolvida por Ingeborg Maus, e possui como cerne a preocupação de uma "infantilização" da sociedade, em que as decisões judiciais seriam determinadas por um pai estatal, dirigindo-se a uma sociedade que aceitaria as concessões inseridas no bojo decisional de maneira passiva. Segundo Maus[1]:

À primeira vista, o crescimento no século XX do "Terceiro Poder", no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai, parece opor-se a essa análise de Marcuse. Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.

Dessa maneira, poderia se criar uma visão democraticamente inadequada de que o Poder Judiciário seria um âmbito superior que ditaria os rumos da sociedade em temas cujo debate não se concretizasse em regulamentações jurídicas exaradas a partir do Poder Legislativo. Maus[2] aborda a sobrevalorização do Poder Judiciário, no contexto constitucional alemão, gerada por essa interpretação:

A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional Alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.

A crítica de Maus é pertinente, passível de aplicação à reflexão acerca da realidade brasileira e aponta os riscos ao próprio direito e ao exercício da cidadania que um empoderamento excessivo do Judiciário poderia ocasionar.

À primeira vista, portanto, contribuiria para um enfraquecimento dos argumentos da legitimidade da atuação judicial no reconhecimento de direitos a relacionamentos homossexuais. Afinal, inexistiria, constitucionalmente, uma previsão expressa que reconhecesse a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas é necessária uma previsão textual expressa para se entender pela existência de tal direito?

A forma mais adequada de responder essa indagação é a partir de uma visão constitucional do conceito de família, analisando se tal enumeração expressa de entidades familiares (e conseqüentemente de direitos) pela Constituição é necessária.

Essa abordagem já vem sendo desenvolvida por Paulo Lobo^[3], nos seguintes termos:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. (...) Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

A superação da idéia de que seria necessária uma explicitação de formas de entidades familiares para que fossem dignas de tratamento jurídico, promovida por Lôbo, dialoga com a visão acerca dos princípios em um contexto de hodierno constitucionalismo.

Isso porque, para Dworkin, autor também trabalhado pelos autores do texto "Normas Constitucionais Inconstitucionais", a idéia de uma distinção que opõe direitos enumerados, previstos expressamente, e direitos não-enumerados, não expressos de maneira clara e que teriam até mesmo um questionável caráter de juridicidade, é falsa.

Para uma melhor elucidação desse ponto, faz-se necessário, primeiramente, estabelecer do que se fala quando se diz acerca de direitos enumerados e direitos não enumerados. Conforme Dworkin^[4]:

A distinção que eu suponho estar discutindo, entre direitos enumerados e direitos não enumerados, é apenas outra simples questão de equívoco semântico. Constitucionalistas usam o termo "direitos não-enumerados" como um coletivo para um conjunto particular de direitos constitucionais reconhecidos ou controversos, incluindo o direito de viajar; o direito de associação; e o direito e privacidade do qual deriva o direito ao aborto, se é que esse direito existe. Eles consideram essa classificação como estabelecidora de uma importante distinção estrutural, como os termos "enumerados" e "não-enumerados" obviamente sugerem. [Para esses constitucionalistas] Se os direitos e garantias individuais [*Bill of rights*] enumeram apenas alguns dos direitos necessários para uma sociedade de igual consideração e liberdade básica, e deixa outros direitos sem menção, então os juízes têm apenas o poder de afirmar os direitos realmente enumerados. (sem grifo no original)

Como se observa, essa distinção retoma a discussão sobre a necessidade ou desnecessidade de enumeração, de explicitação, em textos normativos para que haja o efetivo reconhecimento de direitos. Conforme afirmado anteriormente, Dworkin sustenta a impropriedade da própria distinção. Em suas palavras^[5]:

Então a distinção entre direitos numerados e direitos não-enumerados é amplamente entendida como condutora a um importante tema constitucional: A questão de saber "se" e "quando" as cortes tem autoridade de afirmar direitos que não estejam efetivamente enumerados na Constituição como direitos constitucionais genuínos. Eu entendo que tal questão é ininteligível, como eu disse no começo, porque essa distinção que presumidamente existe, não faz sentido. A distinção entre algo que está em uma lista e algo que não está é certamente genuína e usualmente muito importante. Um ato regulatório [ordinance] deve declarar, por exemplo, que é proibido levar armas, facas ou explosivos na bagagem de mão em um avião. Suponhamos que as autoridades aeroportuárias interpretaram que o ato regulatório também veta a possibilidade de embarcar-se com caixas de gás de efeito moral, tomando como base a estrutura geral do ato regulatório e a óbvia intenção por detrás dele, que é proibir todas as armas que pudessem ser levadas a bordo e utilizadas em seqüestros ou terrorismo. Estaríamos certos em dizer que o gás não estava na lista do que foi banido, e que se tem então uma legítima indagação sobre se as autoridades poderiam adicionar armas "não enumeradas" à lista. Mas a distinção entre autoridades vetando pistolas, canivetes e granadas de mão por um lado, e gás de efeito moral por outro, depende de uma assunção semântica: que o gás de efeito moral enquadra-se no que os filósofos chamam de referência, e não se enquadra no termo "armas", nem em "facas", nem em "explosivos". Nenhuma assunção comparável pode explicar a suposta distinção entre direitos constitucionais enumerados e direitos constitucionais não-enumerados. (sem grifo no original).

O papel dos princípios no ordenamento afasta essa distinção entre direitos enumerados e direitos não-enumerados, na medida em que afasta a redução de seu significado a uma questão apenas semântica, haja vista se basearem em uma questão de interpretação de seu sentido. Dessa forma, não se pode

confundir a questão da referência que um texto normativo faz a determinada previsão, com a interpretação e os sentidos construídos acerca desses direitos, conduzida, no objeto da pesquisa, a partir de princípios constitucionais. Para Dworkin[6], "a questão chave na aplicação desses princípios abstratos para controvérsias particulares não é uma questão de referência, mas de interpretação, o que é muito diferente".

O que pretende a ADPF 178, conforme expresso em sua inicial, não é o retorno a Bachoff, mas a interpretação da Constituição de uma maneira a preservar sua unidade e sua maior efetividade, como bem observa Canotilho[7]:

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas[...]

[...]princípio designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferis-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Negar a possibilidade de uma entidade familiar homossexual e de uma união estável homossexual, que embora não numerada, está presente na Constituição, é negar que a família deve ser regulamentada de maneira coerente com o princípio de liberdade, presente em nosso ordenamento, quanto à sua constituição e de igualdade, também presente em nosso ordenamento, quanto à possibilidade de acesso a diferentes casais, independentemente de sua orientação sexual[8]. É entender que todas as famílias são livres e iguais, mas algumas são mais livres e iguais que outras.

Reitere-se que não se faz necessária uma alteração textual para elucidar algo que já se encontra presente em nosso ordenamento, mesmo que de maneira não enumerada. O entendimento pela necessidade de alteração textual para a inclusão e reconhecimento de famílias homossexuais, por mais que tenha uma preocupação legítima com aspectos democráticos, acaba por ser antidemocrático, na medida em que procura submeter a uma discussão majoritária uma proteção que o ordenamento já concede à diversidade de maneira contramajoritária.

A idéia de princípio, trabalhada por Dworkin, auxilia a compreender a desnecessidade de alteração constitucional/legal. Para o autor "'princípio' é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade"[9]. Deve-se observar que a significação desses princípios não é fechada nem temporalmente, nem socialmente. Não são apenas fruto de uma construção isolada conduzida por entidades estatais, mas são resultado dos entendimentos paradigmáticos compartilhados pela prática social. Não há donos, não há proprietários dos princípios, conforme atenta Dworkin[10]

Em lugar disso, argumentamos em favor de um princípio e seu peso apelando para uma amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.

Essa construção coletiva ressalta a idéia de produção do direito por co-associados que são, ao mesmo tempo, seus produtores e destinatários, de forma coerente com o paradigma do Estado Democrático de Direito vigente. Não cabe ao Estado definir o significado de princípios, de igualdade e liberdade, esses são construídos socialmente, apenas desembocando nas manifestações dos poderes estatais constituídos:

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.^[11]

Verifica-se, dessa forma, o paradoxo do vazio de significado dos princípios jurídicos, em especial dos princípios constitucionais. A afirmação de vazio de significado dos princípios não conduz a uma leitura que reduza sua importância, mas apenas promove uma compreensão de que tais princípios possuem significados precários, contingentes, abertos para uma constante re-significação, não sendo passíveis de estabelecimento atemporal ou descontextualizado. Conforme Dworkin^[12]:

Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância. Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões - eles próprios princípios e não regras - que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação.

A possibilidade de sua constante re-significação não é suficiente para distinguir princípios de regras. A distinção entre essas duas "espécies" normativas é mais ampla, conforme aponta Dworkin^[13]:

Eles são diferentes porque são princípios jurídicos e não regras jurídicas. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

[...]

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração

exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é[14].

A abertura dos princípios para novas situações e significados, bem como para novas pretensões e releituras de pretensões, o que possibilita uma abertura jurídica para a inclusão da diversidade. Nos dizeres de Dworkin[15]:

O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.

O principal ponto que a abertura dos princípios possibilita é exatamente a inclusão advinda do debate público acerca do significado dos princípios que a fundamentam, a abertura para pretensões e tematizações a partir de grupos que tenham seus direitos violados. Nos dizeres do autor[16]:

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total.

(...)

Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo de princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas. (sem grifo no original)

A abertura principiológica, relacionada aos direitos fundamentais, permite uma proteção de minorias contra decisões da maioria que as afetem de maneira anti-jurídica, de modo ínsito à democracia constitucional[17]:

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupo de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum. (...) Mas outras restrições assumem a forma daquilo que freqüentemente se chama de padrões "vagos", como por exemplo o dispositivo que determina que o governo não poderá negar a nenhum indivíduo o processo legal justo ou a igual proteção perante a lei.

Não se pode submeter a uma discussão de maioria a possibilidade ou não de casais homossexuais terem uma constituição familiar reconhecida pelo Direito. Esse reconhecimento já existe como decorrência de uma interpretação adequada, voltada para a afirmação de pluralidade, igualdade e liberdade, que nada tem de meramente moral, tampouco pode ser retirada (ou negada) pela simples vontade da maioria.

Esse é o entendimento de onde partiram as experiências internacionais acerca do tema.

(ii) A experiência internacional reforça a previsão constitucional das relações homoafetivas.

Hoje seis países reconhecem expressamente a possibilidade de uma entidade familiar homossexual: Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul e Noruega. Devido às características da conformação da regulamentação jurídica da família nesses países, a discussão acerca do reconhecimento da família homossexual não passou pela união estável (não presente nesses ordenamentos), mas pela discussão própria do significado de casamento[18].

Em todos esses países a regulamentação que adveio acerca das entidades familiares homossexuais não se deu como mera decisão política majoritária, mas como forma de afirmação de uma garantia contramajoritária já prevista constitucionalmente, exercendo o Poder Judiciário, para isso, relevante papel de interpretação pela unidade da Constituição, e não como mero ativismo judicial.

O processo de aprovação do casamento homossexual no Canadá se iniciou com a decisão da Suprema Corte Canadense em consulta feita pelo parlamento. Essa decisão, exarada com base em um diálogo com a tradição e a reconstrução dessa tradição a partir de princípios constitucionais, acarretou no entendimento de que uma legislação contrária à efetivação da proteção aos casais homossexuais seria necessariamente inconstitucional. Essas questões podem ser obtidas no sítio eletrônico do tribunal, no endereço <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.html>.

A aprovação do casamento homossexual na África do Sul se deu de modo muito semelhante ao ocorrido no Canadá. A discussão iniciou-se na Suprema Corte de Apelações da África do Sul, na decisão exarada no caso 232/2003, em que o tribunal entendeu, a partir da reconstrução do significado de casamento com base em princípios constitucionais, notadamente o princípio da igualdade, a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e, além, a inconstitucionalidade da manutenção da exclusão da possibilidade do casamento homossexual. Na ocasião, determinou o prazo de um ano para que o parlamento aprovasse a regulamentação que disciplinava o casamento como sendo a união entre duas pessoas em exclusão de todas as outras, independentemente da orientação sexual envolvida, o que efetivamente ocorreu em 14 de novembro de 2006. Esse entendimento prevaleceu no julgamento, pela Corte Constitucional Sul Africana, do caso CCT 25/03, que pode ser obtido em <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cqisirsi/8YafaG4AOn/0/57/518/0/J-CCT25-03>.

Entendimento similar se verifica na exposição de motivos da Ley 13/2005^[19], que regulamentou o casamento homossexual em Espanha:

Certamente, a Constituição, ao encomendar ao legislador a configuração normativa do matrimônio, não exclui de forma alguma uma relação que delimite as relações de casal de uma forma diferente do que já tenha existido ao momento, regulação que dê abrigo às novas formas de relação afetiva. Mas, ademais, a opção refletida nessa lei tem alguns fundamentos constitucionais que devem ser levados em conta pelo legislador. Assim, a promoção da igualdade efetiva dos cidadãos no livre desenvolvimento de sua personalidade (artigos 9.2 e 10.1 da Constituição), a preservação da liberdade em que as formas de convivência se referem (artigo 1.1 da Constituição) e a instauração de um marco de igualdade real no desfrute dos direitos sem discriminação alguma por razão de sexo, opinião ou qualquer outra condição pessoal ou social (artigo 14 da Constituição) são valores consagrados constitucionalmente, plasmados que devem ser no reflexo da regulação de normas que delimitam o status do cidadão, em uma sociedade livre, pluralista e aberta.

As experiências internacionais não trataram as entidades familiares homossexuais como reconhecidas a partir de uma simples decisão majoritária, mas sim a partir daquilo que elas são em um contexto de Estado Democrático de Direito: um direito contramajoritário ao livre exercício da diversidade no âmbito privado da sexualidade.

III) Considerações Finais

O direito à união estável homossexual já se encontra garantido no ordenamento jurídico com base nos princípios elencados (igualdade, liberdade, dignidade e abertura para entidades familiares para além daquelas expressamente previstas no texto constitucional), sendo objetivo da ADPF 132 (ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, versando, igualmente, sobre a constitucionalidade da união estável homoafetiva) e da ADPF 178 (ADI 4277) afastar, em nome da interpretação pela unidade da Constituição, negativas indevidas ao exercício desse direito.

O entendimento que procura negar sua possibilidade acaba por gerar um cotidiano de desrespeito e negativa de reconhecimento por meio da manutenção desprovida de juridicidade da exigência de diversidade de sexos para configuração.

Se pretende-se levar os direitos a sério e interpretar-se a Constituição principiologicamente de forma a garantir sua unidade, deve-se reconhecer que não existe hoje, em nosso ordenamento, fundamento jurídico algum apto a conferir normatividade a um entendimento excludente da possibilidade de proteção constitucional de famílias homossexuais.

Reconhecer a possibilidade da união estável homossexual se demonstra como consequência da garantia da igualdade como forma de proteção da diferença e da diversidade, permitindo, por conseguinte, o exercício de um desenvolvimento livre de vida, inclusive quanto à possibilidade de escolha da forma de proteção jurídica às diversas formas de relacionamento existentes, algo já protegido e previsto em nosso ordenamento, como uma garantia

contramajoritária à diferença, não sendo possível de se submeter a uma decisão política da maioria.

[1] MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In.: *Novos Estudos*, nº 58. São Paulo: CEBRAP, Novembro de 2000. p. 185.

[2] MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In.: *Novos Estudos*, nº 58. São Paulo: CEBRAP, Novembro de 2000. p. 190.

[3] LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=107>. Último acesso em 20.11.2006.

[4] DWORKIN, Ronald. *Unenumerated rights: Wheter and How Roe Should be Overruled*. In.: *University of Chicago Law Review*. N. 59, 1992. P.386.

[5] Ibid. p. 387.

[6] DWORKIN, Ronald. *Unenumerated rights: Wheter and How Roe Should be Overruled*. In.: *University of Chicago Law Review*. N. 59, 1992. P.387.

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedia, 2003. p.p. 1223-1224.

[8] O constitucionalista estadunidense Michel Rosenfeld, (ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject*. New York, Cardozo Law School, January 1995) chama essa igualdade de "igualdade em grau 3", em que a diferença (no caso, a diferença de orientação sexual) não é suficiente para ensejar um tratamento desigual. Em verdade, a única forma de exercício dessa diferença, que propicie um livre desenvolvimento individual, é a promoção da igualdade, pela diferença, ou seja, o reconhecimento que, mesmo faticamente diferentes, o Direito, contrafaticamente, permite o igual acesso a direitos previstos para outros grupos, como forma de promoção de liberdade e autonomia privada, bem como o reconhecimento público do grupo "diferente" como igual sujeito moral.

[9] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.36.

[10] Ibid. p. 58.

[11] Ibid. p. 64.

[12] Ibid. p. 65.

[13] Ibid. p. 39.

[14] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.p. 42-43.

[15] Ibid. p. 129.

[16] Id.. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.p.256-257.

[17] Id.. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.p. 208-209.

[18] A distinção entre casamento, união civil britânica e Parcerias Domésticas Registradas (Domestic Registrated Partnerships), é por nós desenvolvida em artigo disponibilizado em

<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewfile/220/221>, em que se demonstra o porquê do reconhecimento como família só ocorrer nos países mencionados, existindo, nos demais casos, uma proximidade à idéia de um contrato de parceria, que institui alguns direitos, mas não uma família.

[19]

Disponível

em

<http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=actlegislativa&blobwhere=1119939178464&ssbinary=true>
