

O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS BRASILEIRA E SUL- AFRICANA NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN BRAZIL AND SOUTH AFRICA IN ACKNOWLEDGEMENT OF THE SAME-SEX UNION

Thiago Serrano Pinheiro de Souza¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A importância das Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana: perspectiva comparada. 2. As argumentações desenvolvidas pelas Cortes Constitucionais. 2.1. O conteúdo da decisão brasileira. 2.2. O conteúdo da decisão sul-africana. 3. Os remédios utilizados na busca pela efetividade das decisões e o ativismo judicial. 4. A complementaridade existente entre o direito ao afeto e o princípio da igualdade nas decisões de reconhecimento da união homoafetiva. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a importância das Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana, diante do reconhecimento da união homoafetiva. A partir de um discurso comparativo, buscar-se-ão os embasamentos jurídicos, que levaram as mencionadas cortes à efetivação do direito fundamental à preferência sexual. E, através de uma leitura pautada na nova hermenêutica constitucional, será realizada a investigação dos remédios utilizados para a concretização do referido reconhecimento. Por fim, restará provada a complementaridade das duas decisões, consubstanciadas no valor afeto e no princípio da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: União Homoafetiva. Jurisdição Constitucional. Afeto. Igualdade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the importance of Constitutional Courts in Brazil and South Africa, before the acknowledgement of same-sex union. Will be fetched the legal bases, which led the mentioned courts to realization of the fundamental right to sexual preference. Through a reading based on new constitutional hermeneutics, will be held the remedies used for the achievement of that acknowledgement. Finally, remains proved the complementarity of the two decisions, embodied in the affect value and the principle of equality.

KEYWORDS: Same-sex Union. Jurisdiction Constitutional. Affection. Equality.

¹ Advogado. Professor de Direito Civil e de Prática Jurídica da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público e Evolução Social na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos da Universidade Estácio de Sá. Email: thiagoserrano@ymail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o papel das Cortes Constitucionais da República Federativa do Brasil e da República Federativa da África do Sul, quanto ao reconhecimento da união homoafetiva em seus respectivos territórios. Com isso, por meio de um discurso comparativo, buscar-se-ão os fundamentos que direcionaram as referidas cortes à efetivação do direito fundamental à preferência sexual, que culminou na legitimação dos relacionamentos estabelecidos entre pessoas do mesmo sexo.

Traçar o escopo de um direito fundamental nem sempre é uma tarefa fácil, pois se exigem conhecimentos, que transcendam a simples fronteira do que se acha justo e razoável. É necessário apuro técnico-jurídico, que é obtido nas incursões, tanto na teoria dos direitos fundamentais, quanto na jurisprudência de ambas as Cortes Constitucionais pesquisadas. Diante do cosmopolitismo judicial calcado no elemento isonômico, nada melhor, do que se ter como referência países, que sofreram a violência do colonialismo em seus territórios.

Diante da necessidade de concretização dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que as Cortes Constitucionais possuem relevante atribuição, em decorrência do desiderato constitucional, que assim determina. Somado ao referido desejo, encontra-se o clamor social, que exige a observância do direito aos novos anseios da população. Ao buscar a compatibilização das premissas apresentadas, é de se concluir, preliminarmente, que este trabalho tem, como diretriz metodológica, a união, dos elementos representativos do que se *quer*, com os instrumentos necessários para se *ter*, através de remédios apropriados, utilizados pelos tribunais.

O arcabouço conceitual da Constituição comporta diferentes leituras para a efetivação do direito fundamental à preferência sexual, que determinam o reconhecimento das uniões homoafetivas, sendo todas elas válidas e legítimas. Desta forma, as decisões, ora pautam-se no direito ao afeto para promover o mencionado reconhecimento, ora vinculam-se ao princípio da isonomia, potencializando a matriz em que se constrói o Estado Democrático de Direito.

Importante destacar, que muitos textos que tratam do constitucionalismo experimentado na África do Sul, revelam o anseio e a necessidade daquele povo em romper com o passado. E, quando o passado é pesado demais para ser suportado, a expectativa de amadurecimento ético é mais latente, e a materialização dos direitos fundamentais é ainda mais esperada. A presente tarefa de efetivação é suportada pela

Corte Constitucional, que já se deu conta de sua importância, ante a necessidade em se construir uma sociedade igualitária.

O Estado Democrático proclamado pela Constituição Federal de 1988, no Brasil, também se abaliza no neoconstitucionalismo, o que, decerto, exige uma postura peculiar do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, modificar a estrutura de pensamento acerca da efetivação dos direitos fundamentais, é uma das funções da Corte brasileira, que deve estar atenta às novas relações sociais e aos laços, que as unem.

Por fim, em decorrência do caráter aberto da matéria em discussão e, à época do julgamento, da ausência de legislação comum regulamentando a união homoafetiva, restará evidenciada a complementaridade existente entre as decisões de ambos os tribunais. É que a teoria dos direitos fundamentais busca embasamento no elemento constitucional, formado por determinados comandos, sendo o princípio da igualdade e o valor afeto, exemplos dos mais significativos.

1 A IMPORTÂNCIA DAS CORTES BRASILEIRA E SUL-AFRICANA: PERSPECTIVA COMPARADA

O neoconstitucionalismo² impõe ao intérprete a análise da importância das Cortes Constitucionais, que, como será demonstrado a seguir, passam a ocupar papel de destaque, dentro do Estado Democrático de Direito. Diante da premissa de que a origem do direito é o fato social e, portanto, ciência social aplicada, a apropriação metodologicamente correta acerca da função das referidas cortes, torna-se necessária, a fim de se evitar pré-compreensões equivocadas, que possuem, em seu bojo, o mal da contaminação subjetiva.

Isso se dá em decorrência do tema, que será tratado em linhas posteriores. O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil e na África do Sul, apesar de não possuir regulamentação infraconstitucional³, foi matéria conhecida pelos tribunais, diante do desenho institucional delineado pelas Cartas Constitucionais, que atribuem às

² Para VALLE, o neoconstitucionalismo destaca-se por sua abertura à dimensão dos valores e dos princípios jurídicos, também sendo chamado de constitucionalismo ético. Assim, com apoio nas teorias de Alexy, Dworkin e Nino, preconiza-se a centralidade da figura argumentativa do juiz na garantia e promoção dos direitos fundamentais (VALLE, Vanice. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de análise jurisprudencial do STF, Curitiba: Juruá, 2009, p.107).

³ Importante destacar, que até o pronunciamento das Cortes Constitucionais acerca do reconhecimento da união homoafetiva, não havia regulamentação ordinária a respeito. No caso brasileiro existe projeto de lei nº 6960/2002 tramitando no Congresso Nacional. Já no caso sul-africano foi editada a lei que regulamenta o casamento homossexual em 14 de novembro de 2006.

cortes competência para fornecer valor ao sistema jurídico. Assim, não se pode olvidar o caráter transformador das decisões proferidas, que nada tem a ver, na presente ordem de ideias, com o ativismo judicial.

A judicialização da política é fenômeno contemporâneo, concernente às nações democráticas, sendo uma de suas finalidades, a efetivação dos direitos fundamentais⁴ (dentre eles o direito à preferência sexual e o conseqüente reconhecimento da união homoafetiva). O Poder Judiciário, a fim de concretizá-los, está (ou deveria estar, nas palavras de Nieto e Gordillo⁵) aparelhado com instrumentos hábeis e, mais, construções ideológicas pautadas na tolerância, a partir do respeito à pluralidade de opiniões; no abandono dos grandes relatos e na convivência com as aporias do sistema, buscando dirimi-las.

Importante destacar, que apesar de haver certa homogeneidade na estruturação das Cortes Constitucionais no mundo ocidental – pelo menos no que diz respeito às suas atribuições e importância – deve-se entender pela ausência de um universo comum⁶. É que cada sociedade experimenta uma pluralidade infinita de situações, decorrentes de sua história social. Para Valle:

A expansão do protagonismo político dos tribunais nas democracias contemporâneas, constitui um fenômeno que caracteriza este início de século. *Revoluções constitucionais* vêm sacudindo, inclusive, os últimos bastiões da democracia majoritária como os sistemas políticos da África do Sul, Canadá, Israel e Nova Zelândia. Muitos têm sido os fatores responsáveis pela ampliação e consolidação desse processo, como apontam cientistas, políticos, sociólogos e juristas⁷.

Na África do Sul o regime conhecido como *apartheid* (1948/1994) discriminou e segregou a maioria negra de seu contexto social, por meio de um conjunto normativo contrário à liberdade, havendo, desta maneira, a institucionalização de uma política excludente, a fim de beneficiar uma minoria branca. A busca pela igualdade passou a ser o maior objetivo do povo sul-africano, presente desde a edição da Constituição interina até os dias atuais, a partir da necessidade de concretização dos direitos fundamentais dispostos em sua Carta definitiva.

A Constituição sul-africana inspirou-se, dogmaticamente, no neoconstitucionalismo, desejando bem mais do que constituir um Estado Democrático de Direito, mas também uma sociedade pautada em valores democráticos, bem como

⁴ HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, Vol. 75, No 2, p. 721, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951610>.

⁵ NIETO, Alejandro, e GORDILLO, Agustín. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 61-62.

⁶ VALLE, *op. cit.*, p. 29.

⁷ VALLE, *op.cit.*, p. 32.

em direitos humanos. Na apontada perspectiva, a Corte Constitucional possui papel de destaque, pela necessidade de se conferir às normas comuns uma interpretação consubstanciada na igualdade material, por tanto tempo negligenciada em seu território. Com isso, o mencionado tribunal passou a se ocupar em garantir os enunciados prospectivos do texto fundante, buscando a sua eficácia.

A Corte Constitucional sul-africana adquiriu, desde sua estruturação, grande importância ao Estado Democrático de Direito, que estava sendo constituído e desejado, a partir do fenômeno conceituado como judicialização da política. O Poder Legislativo, reduzindo o seu primado, delegou ao Tribunal Superior competências vitais para a consolidação do regime democrático, perpassando pela confirmação do ordenamento constitucional definitivo, possuindo amplos poderes de revisão⁸.

A presente realidade também pode ser percebida no Brasil, como bem demonstra Werneck Viana⁹. Para o autor, o Poder Judiciário torna-se o garante, em última instância, por iniciativa da representação política, a partir da institucionalização da representação funcional. É o próprio legislador, portanto, quem confirma o Judiciário no seu papel de equivalente funcional do *welfare* (o que não impede um alargamento, a fim de abarcar os demais direitos fundamentais). E, o Supremo Tribunal Federal se tem comportado como uma agência de legitimação da judicialização da política, através de suas decisões.

No Brasil, com o advento do Estado Democrático de Direito e da subjacente valorização da esfera jurídica – a chamada revolução copernicana de que fala Jorge Miranda¹⁰ – assistiu-se ao redimensionamento do papel destinado à Corte Constitucional. Desta maneira, objetivou-se não apenas reconstruir o sistema de direito, mas também, sobretudo, resgatar a sua força, incumbindo à jurisdição constitucional a concretização dos valores materiais positivados na Constituição Federal.

Segundo Streck¹¹: “a noção de Estado Democrático está, pois, indissocialmente ligada à realização dos direitos fundamentais (...) aquilo que se pode denominar de *plus*

⁸ CHRISTIANSEN, Eric C., *Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative uses of Constitutional Court authority do advance substantive justice*. pp. 580-581 (january, 2011). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1890885>, acesso em 28/05/2012.

⁹ WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In R. G. Oliven et alii (orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008. Disponível em <http://blog.estudoshumanos.com/wp-content/uploads/2008/12/artigo-werneck-vianna.pdf>, acesso em 18/03/2012.

¹⁰ STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: Uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 149.

¹¹ STRECK, *op. cit.*, p. 148.

normativo do Estado Democrático de Direito”. Na presente perspectiva, o Estado, na figura de sua Corte Constitucional, por meio do direito, busca efetivar o desiderato constitucional, “entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico”.

2 AS ARGUMENTAÇÕES DESENVOLVIDAS PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Superadas as considerações acerca da importância das Cortes Constitucionais em um contexto denominado neoconstitucionalismo, necessário se faz a análise das argumentações desenvolvidas, tanto no Brasil, como na África do Sul, em relação ao reconhecimento da união homoafetiva em seus respectivos territórios.

Preliminarmente, é de se constatar que ambas as decisões estruturaram-se dentro da moldura estabelecida pelo estatuto jurídico dos direitos fundamentais¹², que, como importante técnica interpretativa, privilegia a coerência, a integridade e a eficácia do sistema jurídico. As Cortes pautaram-se na hermenêutica constitucional moderna, que, segundo Barroso¹³, possibilita a aplicação principiológica em superação ao legalismo estrito, mas sem retornar às categorias metafísicas do jusnaturalismo.

De acordo com a nova hermenêutica apontada, a Constituição Federal é tida como um sistema jurídico aberto, e, assim, os princípios adquirem normatividade (dentre eles o princípio da isonomia), a argumentação jurídica passa a ser valorizada e uma teoria dos direitos fundamentais é edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana¹⁴.

A Constituição adquire uma finalidade precípua, já que não comporta apenas os meios procedimentais para deliberação política dos cidadãos, bem como a estrutura

¹² Segundo CANOTILHO, existe a necessidade de se promover a conciliação entre normatividade e eficácia, a partir de um discurso jurídico-constitucional reflexivo. Tal objetivo, na visão do autor, somente será alcançado, ao se alicerçar o estatuto jurídico dos direitos fundamentais, tarefa tentada pela Teoria de Justiça de Rawls e pela Teoria do Direito de Alexy, que constaram a existência de algumas dificuldades: paradoxos, fragilidades e pré-compreensões (CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 99).

¹³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. pp. 5-6. Disponível em <https://direitodoestado.com.br/rere.asp>, acesso em 11/03/2012.

¹⁴ Para o Tribunal Constitucional alemão, diante da mencionada abertura do ordenamento jurídico, o texto constitucional deve ser concebido como uma ordem objetiva de valores, determinando a dignificação do fenômeno jurídico e culminando no processo de filtragem das normas infraconstitucionais.

básica do Estado e os princípios sociais relevantes, tomando para si a tarefa de transformar a realidade social circundante, a partir da obrigação assumida pela neoconstitucionalismo, qual seja, a de construir um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Desta sorte, o Poder Judiciário deve assumir o papel de intérprete habilitado, a fim de reconhecer os valores, que consubstanciaram a formação dos textos constitucionais.

Cientes da estrutura apresentada, as cortes, diante do direito fundamental à preferência sexual, buscaram soluções adequadas e ajustadas à constituição de seus países, dentro de uma construção principiológica baseada no elemento hermenêutico. Assim, a jurisdição está encarregada da aplicação das normas constitucionais dentro do Estado Democrático, com a finalidade de concretizar o ordenamento jurídico, sem, no entanto, realizar atravessamentos interpretativos, decorrentes de um ativismo judicial irracional, desatento, pois, à coerência e à integridade do sistema.

2.1 O CONTEÚDO DA DECISÃO BRASILEIRA

No caso brasileiro coube ao Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Carta Constitucional, reconhecer como entidade familiar, a união homoafetiva, decorrente do direito fundamental à preferência sexual, disposto em seu art. 3º, inciso IV¹⁵, bem como do valor afeto, inerente à dignidade humana. Analisar-se-ão os votos dos ministros que compõem o Tribunal, já que no caso brasileiro, não existe uma única decisão que teria o condão de vincular toda a corte, mas sim uma pluralidade de fundamentações, que por seu turno, determinam, de forma unânime, o mencionado reconhecimento.

Partindo-se para o objeto do presente artigo, constata-se que a análise da união homoafetiva, pelo Supremo Tribunal Federal, ocorreu a partir do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF¹⁶, cujo objeto era a interpretação conforme a

¹⁵ Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁶ Importante destacar, que a ADPF 132/RJ foi encampada pela ADI 4.277/DF. Nas palavras do ministro relator: “(...) Conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da interpretação conforme a constituição. O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção”.

constituição do art. 1.723 do Código Civil¹⁷. Pleiteava-se, na referida ação, a declaração de que uma das vertentes hermenêuticas do artigo em exame encontrava-se em rota de colisão com a Constituição Federal, ante a polissemia de seu arcabouço literal.

Diante da propugnada polissemia, Barroso¹⁸ assevera que, a interpretação conforme a constituição é considerada uma moderna técnica de hermenêutica constitucional, ao observar que o mesmo enunciado, incidindo sobre diferentes circunstâncias de fato, poderá produzir normas diversas. Atenta o autor, para a circunstância de que a decisão deve ser sempre reconduzida ao sistema jurídico, ou seja, a uma norma constitucional que lhe sirva de embasamento. Assim, quando da análise do art. 1.723 do Código Civil, observar-se-á que o STF determinou-lhe o sentido, a fim de abarcar, em seu bojo, a união homoafetiva, sob a ótica do art. 3º, IV da Constituição Federal. A partir da interpretação conforme a constituição, cada ministro pôde elaborar seu próprio voto, por meio de recortes jurídicos, determinados pelos elementos constitucionais, que foram considerados pertinentes a resolução da matéria.

Mesclando argumentos jurídicos e extrajurídicos o relator da ADI, Ministro Ayres Brito, afirmou em seu voto, que o grande incômodo da sociedade em relação a opção sexual alheia, se dá quando há uma quebra do padrão convencionado pela tradição, qual seja, o da heterossexualidade. E, nesta esteira, buscou, ao reconhecer a união entre homossexuais, acabar com o dissenso estabelecido entre juízes singulares e membros dos Tribunais, que ficavam, muitas vezes, vinculados a subjetivismos em detrimento da racionalização do sistema jurídico.

Foi possível perceber que o Ministro, antes de julgar o mérito da questão, traçou o limite material no qual sua decisão teria aptidão para produzir efeitos jurídicos, de modo vinculante. Desse modo, necessário aferir, em cada caso, a soma de alguns antecedentes, quais sejam: durabilidade da união homoafetiva, conhecimento público e continuidade, além do propósito ou anseio de constituição de uma família. Desta sorte, exige-se a configuração dos mesmos requisitos impostos ao reconhecimento da união heteroafetiva, não assumindo, o tribunal, a posição de legislador positivo, ou seja, criando comando inexistente.

¹⁷ Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 7.

Diante da configuração dos requisitos dispostos acima, construiu-se a concepção de direitos subjetivos de natureza homoafetiva, resultantes da autonomia da vontade, materializando-se a possibilidade de buscá-los judicialmente, uma vez que configuram situação jurídica ativa. Não se fala, nessa quadra da história, de simples proibição do preconceito aos homossexuais, mas sim na proclamação do direito fundamental à preferência sexual, constituindo, pois, verdadeira cláusula pétrea.

A Constituição Federal comporta, dentro de seu arcabouço normativo, o direito fundamental à preferência sexual, em seu art. 3º, IV. Isso decorre da nítida opção política realizada pelo poder constituinte originário, em respeitar a diversidade sexual, em contraponto a sua padronização, que, decerto, não consubstancia o contexto social brasileiro. Não se pode, na presente perspectiva, retirar a escolha do sujeito em relação a sua sexualidade, uma vez que tal opção é inerente a sua esfera de personalidade, constituindo um verdadeiro bem jurídico.

É cediço que o direito fundamental à opção sexual tem origem constitucional, correspondendo a um bem inerente à personalidade humana, decorrente do valor que alimenta todo ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana é considerada o valor supremo do Estado Democrático de Direito, que, apesar de não possuir um contorno objetivo, pode ser definida como o respeito à pluralidade de bens que compõem a personalidade do homem. Tais bens se desprendem de sua matriz, ganhando o *status* de direito fundamental, sendo, portanto, considerados direitos subjetivos, passíveis de reivindicação judicial.

Buscando o diálogo entre o direito fundamental à preferência sexual, que tutela um bem inerente à personalidade e dignidade humana, importante destacar a posição de Gomes¹⁹. Para o mencionado autor os direitos fundamentais possuem por escopo resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos ataques que possa vir a sofrer por parte dos indivíduos e do Estado, sendo essencial ao desenvolvimento do sujeito. Com isso, os atributos, expressões ou projeções da personalidade humana consistem em bens jurídicos de natureza especial, que devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico. Corroborando o que foi dito, importante transcrever parte do voto do ministro relator:

(...) Nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De autoestima no mais elevado ponto da

¹⁹ GOMES, Orlando. *Direitos da personalidade*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 216, p. 5, 1966, p. 5.

consciência. Autoestima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1768) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. 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 homossexualmente²⁰.

O Ministro Celso de Melo ressaltou em seu voto, a necessidade da plena realização dos valores da liberdade e da igualdade (em sua vertente de não discriminação), que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade democrática. No sentido de concretizar a Constituição é necessário materializar o princípio da isonomia, assegurando a observância da autonomia individual em relação à orientação sexual, decorrente da pluralidade humana, sendo possível a convivência pacífica entre os contrários, em respeito ao princípio da diferença. Há, na presente perspectiva, o repúdio à “desigualação” jurídica²¹, a partir da promoção do bem de todos, que também possui sede constitucional.

Importante observar, que o Ministro relator destacou a importância do chamado constitucionalismo fraternal, em que há o fomento à isonomia por meio de políticas públicas afirmativas, direcionadas aos extratos sociais historicamente desfavorecidos e vilipendiados. Tratar de forma igualitária os homossexuais é conceder a estes o direito de optarem livremente por sua sexualidade, permitindo que estabeleçam relações com quem desejarem, em decorrência do afeto.

O termo homoafetividade, que substituiu expressões como homossexualismo e homossexualidade, tem como acepção o vínculo de afeto e de solidariedade entre pessoas do mesmo sexo, possuindo utilização praticamente unânime no Brasil. Pelo direito de não ter dever (norma geral negativa de Kelsen²², em que tudo que não estiver juridicamente proibido, está juridicamente permitido), as funções sexuais devem ficar ao livre arbítrio de cada um, ou seja, o indivíduo tem autonomia para estabelecer relações afetivas com quem bem quiser. Tal liberdade impede ao direito, proibir o factual, natural e axiologicamente irregulamentável.

Para o Ministro Marco Aurélio, o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável dos indivíduos, não se cogitando o sexo das pessoas envolvidas, a teor dos artigos 1º, 3º e 5º constitucionais. Desta maneira, a Carta permite

²⁰ Cf. voto do Ministro Ayres Brito na ADI 4.277/DF, p. 20. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

²¹ Expressão cunhada por Ayres Brito, cuja finalidade é ressaltar o impedimento normativo em estabelecer qualquer preconceito, entendido, este, como conceito carente de apoio na realidade.

²² Hans KELSEN, lembrado por Ayres Brito.

que a união homoafetiva seja admitida como entidade familiar, a fim de promover a dignidade dos partícipes dessa relação, regida pelo afeto existente entre eles.

Importante, na presente ordem de ideias, transcrever o que se segue:

A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização²³.

Mais uma vez a liberdade afetiva é mencionada pela Corte Constitucional brasileira, a fim de fundamentar o reconhecimento da união homossexual. No texto colacionado acima, é possível perceber uma gama de ilações efetuadas pelo ministro, que vincula o respeito à individualidade da pessoa, ao fato dela ter a possibilidade em estabelecer relações afetivas com quem bem quiser, ou seja, a autonomia da vontade, que cada ser possui em escolher seus parceiros, determina sua individualidade.

Não se pode entender, da mesma maneira, que a presente união deve ser institucionalizada em categoria jurídica imprópria, ou que seus efeitos restringem-se a aspectos de ordem patrimonial, sob pena de desmerecimento do vínculo afetivo construído entre os sujeitos. Se a sociedade ainda é reticente em encarar a união homoafetiva como um dado concreto, não cabe ao Estado descurar-se de uma de suas tarefas precípuas: a criação de instrumentos para se concretizarem e tutelarem os direitos fundamentais de seus cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

É certo que o ordenamento pátrio vive um processo de despatrimonialização de seus institutos, através da constitucionalização do fenômeno jurídico, axiologicamente vinculado à dignidade humana. As relações familiares não passam ao largo disso, pautando-se no afeto e não mais em suas repercussões de caráter patrimonial. A partir da releitura do sistema, o afeto é entendido como pré-condição do pensamento e, para Scheler²⁴, “o ser humano, antes de ser pensante ou volitivo, é um ser amante”.

O Ministro Ricardo Lewandowsky²⁵ acentuou, em seu voto, que a sociedade não comporta mais o antigo modelo de família patriarcal, de base patrimonial e constituída para fins de procriação. Com isso, outras formas de entidade familiar surgem, formas

²³ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio na ADI 4.277/DF, p. 12. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

²⁴ Max SCHELER, citado por Ayres Brito.

²⁵ Cf. voto do Ministro Ricardo Lewandowsky na ADI 4.277/DF, p. 12. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

tais fundadas no afeto, valorizando-se a busca da felicidade, do bem estar, do respeito e do desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

Quanto à entidade familiar, o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal²⁶ parecia criar um verdadeiro embaraço para a inclusão da união homoafetiva em sua normatização. É que o mencionado parágrafo faz literal alusão aos gêneros homem e mulher, para que haja o reconhecimento da união estável. Segundo o Ministro relator, somente o *caput* do mencionado artigo constitucional foi contemplado com a proteção estatal, ou seja, a entidade familiar gozaria desta proteção, independentemente de ter sido constituída por casais heterossexuais ou homossexuais.

A Constituição Federal, no entender do Ministro relator, não atrela, em nenhum momento, a formação da entidade familiar a casais heteroafetivos, ou, inclusive, a qualquer formalidade cartorária e, também, a celebrações de ordem civil ou religiosas. O parágrafo 3º ao se referir aos gêneros homem e mulher, o faz, apenas, como referência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental, de que o Brasil faz parte.

Assim, a constituição realiza uma briga particular, a fim de tentar arejar a mentalidade brasileira para os novos ares do século XXI, desconstituindo preconceitos e desvalorizações às mulheres, que optam pela união estável em detrimento do casamento, nada tendo a ver com a dicotomia heteroafetividade e homoafetividade. Tal parágrafo, nas palavras de Mendes²⁷, não pode ser responsável por separar o que a vida uniu pelo afeto.

Na presente realidade social, assevera Ayres Brito: “É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do *afeto*, [não] soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração²⁸”. Resta claro, que a postura conservadora cristalizada pelo legislador, não mais se adequa ao tratamento do tema, cabendo ao Poder Judiciário a releitura dos princípios e valores constitucionais, a fim de albergar legitimidade a presente situação fático-jurídica, e, desta forma, *desprender as amarras e permitir que o navio siga o seu caminho*.

²⁶ Artigo 226. 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.

²⁷ MENDES, Sérgio da Silva. *Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo*. In: CONPEDI, XX, 2011, Vitória. Anais ... Vitória: RENOVAR, 2011, pp. 979.

²⁸ Cf. voto do Ministro Ayres Brito na ADI 4.277/DF, p. 4. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

2.2 O CONTEÚDO DA DECISÃO SUL-AFRICANA

Na África do Sul a Corte Constitucional cumpriu papel de destaque no reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, como decorrente da efetivação do princípio da isonomia, disposto no artigo 9 (1) de sua Constituição²⁹. A necessidade de “curar as feridas do passado e guiar a sociedade para um futuro melhor”, nas palavras de Langa³⁰, levou o tribunal ao aprimoramento do tratamento digno aos cidadãos sul-africanos, possibilitando a cisão com um passado excludente, em que existia a concepção – inaceitável frise-se – da existência de cidadãos de segunda categoria.

O tribunal vem impressionando o mundo ocidental, quando o tema é efetivação dos direitos fundamentais, a partir, tanto da racionalidade de suas decisões³¹, quanto da busca pela correta fundamentação para a solução dos conflitos existentes, sob a égide dos direitos explicitamente reconhecidos pela Constituição. Diante da ideia de implementação gradual dos referidos direitos³², a corte desonera-se da abstração do fenômeno jurídico, criando um modelo objetivo, afeto à realidade sócio-ecônomico-cultural de seu país, uma vez que a sociedade sul-africana é considerada multifacetada e dividida, nas palavras de Sacks.

Segundo Sacks³³, é papel do tribunal, tornar adequadas as leis infraconstitucionais ao *Bill of Rights*. Quando as normas ordinárias não efetivarem o desiderato constitucional, caberá à corte desenvolver o direito comum, através do desdobramento de seu conteúdo regulatório, zelando para que a injustiça seja corrigida.

No caso do reconhecimento do casamento homossexual, o importante foi garantir que os indivíduos fossem tratados como iguais, apesar de suas diferenças, não sendo, desta forma, uma questão de escolha e sim uma obrigação da corte, em ajustar a lei comum aos valores constitucionais, independentemente de qualquer orientação religiosa, política ou ideológica.

²⁹ Seção 9 (1) Todos são iguais perante a lei e possuem o direito à igual proteção (tradução nossa).

³⁰ Moshekwa LANGA, lembrado por Sacks em seu voto no caso Fourie.

³¹ No presente contexto, é de se constatar, segundo VALLE, o fenômeno conhecido como *parametricização* teórica dos critérios adotados (VALLE, Vanice. Constitucionalismo de transição: O modelo de implementação gradual da África do Sul. Curso de Mestrado. 2012. Notas de Aula).

³² Para VALLE, a implementação gradual pressupõe a apropriação de uma técnica jurídica, delineada pela Corte Constitucional sul-africana, a partir da aferição da capacidade econômica (no caso dos direitos sociais), do respeito ao sentido de coletividade social e da exigência de comprometimento do Estado, para efetivação dos direitos fundamentais.

³³ Albie SACKS é ex-ministro da Corte Constitucional da África do Sul e relator do caso Fourie.

O caso Fourie³⁴ possibilitou à Corte Constitucional sul-africana, decidir acerca do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em breve histórico, as litigantes Marie Fourie e Cecilia Bonthuys ajuizaram ação para que fosse registrada a sua união, uma vez que mantinham uma relação estável há mais de dez anos, além do pleito pelo reconhecimento de todas as consequências jurídicas, inerentes a um casamento heteroafetivo (*status*, benefícios e responsabilidades). O Supremo Tribunal de Apelações negou o pedido das autoras, não ordenando o mencionado registro, nos termos da Lei do Matrimônio de 1961. Desse modo, foi elaborado o recurso da presente sentença, sendo submetida a questão à Corte Constitucional.

O ministro relator iniciou seu voto com duas perguntas, que, na sequência, foram respondidas, por meio de robusta argumentação jurídica. O primeiro questionamento referia-se à ausência normativa e suas repercussões, ou seja, se a referida lacuna poderia ser utilizada para negar igual proteção aos casais homossexuais e se tal fato acarretaria discriminação injusta em decorrência da orientação sexual. O segundo questionamento referia-se ao remédio, que deveria ser utilizado pela corte, caso esta se pronunciasse favoravelmente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo³⁵.

Para Sacks, a lei não pode negar a igual proteção, que possui sede constitucional, e, assim, pactuar com a discriminação perpetrada às uniões de pessoas do mesmo sexo. Existe, pois, um direito fundamental em ser diferente, o que expressa o anseio da Constituição sul-africana, na medida em que esta provoca uma ruptura decisiva com o passado – vergonhosamente racista e autoritário – estabelecendo verdadeiro compromisso com uma sociedade democrática, universalista, igualitária e solidária. Segundo o ex-ministro, devem ser consideradas as seguintes características, a fim de se refutar a discriminação alicerçada no passado do país:

Este Tribunal tem cinco decisões consecutivas, destacando pelo menos quatro características inequívocas de que a proibição contra a discriminação em razão da orientação sexual devem ser analisadas. A primeira diz respeito ao fato de que a África do Sul tem uma infinidade de formações familiares, que estão evoluindo rapidamente como o nossa sociedade se desenvolve, de modo que é inadequado estabelecer uma única forma social e legalmente

³⁴ O caso Fourie foi instruído em 17/05/2005 e decidido em 01/12/2005.

³⁵ Dispõe o art. 167 (4) da Constituição Sul-Africana: Only the Constitutional Court may: a) decide disputes between organs of state in the national or provincial sphere concerning the constitutional status, powers or functions of any of those organs of state; b) decide on the constitutionality of any parliamentary or provincial Bill, but may do so only in the circumstances anticipated in section 79 or 121; c) decide applications envisaged in section 80 or 122; d) decide on the constitutionality of any amendment to the Constitution; e) decide that Parliament or the President has failed to fulfil a constitutional obligation; or, f) certify a provincial constitution in terms of section 144.

aceitável [diversidade]. A segunda é a existência de um imperativo constitucional que precisamos reconhecer, qual seja, a longa história, em nosso país e no exterior, de marginalização e perseguição de gays e lésbicas, ou seja, de pessoas que apresentam as mesmas características gerais do resto da população, exceto quanto ao fato de sua orientação sexual ser condicionada ao desejo erótico e afinidade para com indivíduos de seu próprio sexo, sendo definidas socialmente como homossexuais [isonomia]. A terceira é que, embora inúmeras descobertas tenham sido feitas em áreas particulares, não há nenhuma regulamentação legal acerca dos direitos familiares de homoafetivos [legislação]. Finalmente, a Constituição representa uma ruptura radical com um passado baseado na intolerância e na exclusão, em um movimento pautado no desenvolvimento de uma sociedade baseada na igualdade e no respeito por todos [contexto social]³⁶ (tradução nossa).

Quanto à diversidade, uma sociedade democrática, universalista, igualitária e solidária deve aceitar as pessoas como elas são, em respeito à dignidade humana. Igualdade, no presente contexto, ao contrário do que muitos pensam, não implica em um nivelamento ou homogeneização de comportamento, nem a exaltação de uma forma apenas como suprema, mas sim na confirmação e na aceitação da diferença. O reconhecimento desta é particularmente importante na África do Sul, onde há séculos houve a segregação baseada em características biológicas, e a cor de pele foi fundamento para vantagens e desvantagens.

Importante destacar, que a Constituição sul-africana reconhece a diversidade entre os indivíduos que compõem a nação, afirmando o direito fundamental em ser diferente. Na mencionada perspectiva, a questão vai além da remoção de uma injustiça suportada por uma minoria, devendo, pois, ser entendida de forma mais abrangente, na qual os interesses de toda a coletividade estão envolvidos. Discriminar os homossexuais, impedindo seu casamento, é repudiar toda a construção constitucional baseada na tolerância e no respeito mútuo.

De outra sorte, ao investigar o direito comum sul-africano, é possível perceber a existência de norma legal disciplinando o casamento. Trata-se, pois, da Lei do Matrimônio (*Marriage Act*), que, em sua seção 30 (1), definia-o como instituição havida entre o homem e a mulher. Não se deve cogitar de ausência normativa³⁷, como faz parecer alguns, mas sim de simples omissão, não vedando a lei o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ao se pensar de forma distinta, conspira-se contra preceitos constitucionais de primeira grandeza, tais como: o princípio da igualdade, disposto na seção 9 (1) e a vedação de discriminação injusta, disposta na seção 9 (3).

³⁶ Cf. voto do Ministro Albie Sachs n caso CCT 10/05, p. 37. Disponível em: <https://www.constitutionalcourt.org.za>.

³⁷ Ausência normativa no sentido de vedação ao comportamento não expresso.

É cediço que a decisão da Corte sul-africana, até pelo histórico social do país, focou sua vertente argumentativa no princípio constitucional da isonomia. E o tribunal, através de seu poder em declarar inconstitucional as normas comuns, determinou que a definição de casamento disposta na Lei do Matrimônio, restrita a união de pessoas de sexos diferentes, é inconsistente com a Constituição, além de ser inválida na medida em que não permite aos casais do mesmo sexo desfrutar do *status* e dos benefícios, que concede aos casais heterossexuais.

Pela análise da Constituição da África do Sul (1996), resta claro sua opção em refutar condutas discriminatórias, a partir da premissa de que todos são iguais perante a lei e tem direito à igual proteção, sendo injusta, desta forma, a segregação baseada na orientação sexual. Nesta esteira, o direito comum, ao omitir que casais do mesmo sexo possam contrair casamento, comete discriminação injusta, e, portanto, inconstitucional.

Ao observar a Lei do Matrimônio, é claro constatar que o seu objetivo vai muito além de legitimar as relações sexuais e garantir a sucessão dos herdeiros legítimos, pois regulamenta outras questões, tais como: cobertura de serviço médico, filiação, dentre outras, constituindo, por isso, um inconveniente para os casais homoafetivos a omissão de reconhecimento de suas uniões. Tal omissão, nas palavras do ministro relator, representa uma declaração legal de que casais do mesmo gênero estão fora do contexto social e de que a tutela de suas relações familiares é, de alguma maneira, menor em comparação à de casais heterossexuais.

No que concerne à família, resta claro que esta pode ser constituída de formas diferentes a um padrão estabelecido, uma vez que a tradição e as práticas sociais mudam, e a lei comum deve acompanhar tais mudanças, decorrentes do desenvolvimento inerente à sociedade, respaldadas pelos valores constitucionais. É de se ressaltar que nas últimas décadas uma transformação acelerada ocorreu nas relações familiares, bem como nos seus conceitos legais e sociais. Esse novo modelo de constituição de família tem encontrado campo fértil na África do Sul, país cuja sociedade é heterogênea e dividida por diferenças de língua, religião, raça, hábitos, cultura, experiência histórica, diversidade, o que reflete nas construções acerca do casamento, família e posição das mulheres na sociedade.

Mesmo não havendo um direito fundamental ao casamento, a própria Constituição sul-africana proíbe qualquer interferência no direito de se casar ou de constituir uma família. O texto consagrou os valores da dignidade, igualdade e liberdade, obstaculizando que a lei comum estabeleça normativas a respeito de

casamentos forçados, proibições desarrazoáveis para casamentos ou imposição à escolha dos cônjuges. Os presentes valores decorrem da jurisprudência e devem nortear a análise deste assunto, em substituição a textos religiosos e a referências literárias alienígenas.

Dentro da perspectiva valorativa, a constituição garante que a dignidade é um atributo da personalidade de todos os indivíduos, vindo acompanhada de instrumentos, que a protejam, exigindo o seu respeito por parte do Estado e dos demais sujeitos sociais. O argumento de que os homossexuais são indignos para a constituição de entidades familiares, desrespeita a afetividade na formação de suas parcerias, além de reforçar preconceitos e esteriótipos. Com isso, a discriminação baseada na orientação sexual viola a dignidade humana, ao desprestigiar e inferiorizar seres humanos.

Há de se reconhecer que os homossexuais viviam em estado de vazio legal, em decorrência da tendência do legislador, em não promover a equivalência devida, desrespeitando a autonomia de cada indivíduo em optar por sua sexualidade, autonomia esta inserida no princípio da dignidade humana. É sabido que a África do Sul, depois de longo período de colonização, pertence a todos que nela vivem e que estão unidos pela diversidade. Não sendo tolerável ao Estado Sul-Africano, desta maneira, negar a autodefinição sexual de seus cidadãos. Corroborando a presente ilação, cabível transcrever o que se segue:

A marca de uma sociedade aberta e democrática é a sua capacidade para aceitar e administrar as diferentes visões de mundo, decorrentes de estilos de vida razoáveis e justos. O objetivo da Constituição é permitir que diferentes conceitos acerca da natureza da existência humana possam habitar no mesmo domínio público, impedindo que sejam mutuamente destrutivos e, que ao mesmo tempo, permita ao governo funcionar de forma isonômica, demonstrando consideração e respeito por todos³⁸ (tradução nossa).

No julgamento do caso *Fourie* foram apresentados alguns fundamentos contrários ao reconhecimento do casamento entre homossexuais, trazidos pelo Estado e por *amicus curiae*. Para estes, o remédio apropriado não seria a alteração radical da Lei do Matrimônio, que por sua natureza e evolução regulamenta a união entre pessoas de sexos diferentes. Na presente leitura, não se poderia incluir uma alteração da definição de casamento contida no direito comum e expressa na seção 30 (1) da referida lei em decorrência: da ausência de procriação por casais homoafetivos; do respeito à religião;

³⁸ Cf. voto do Ministro Albie Sacks no caso CCT 10/05, p. 60. Disponível em: <https://www.constitutionalcourt.org.za>.

da necessidade legislativa, a fim de se reconhecer sistemas diversificados de casamento e do reconhecimento dado pelo direito internacional ao casamento heterossexual.

Sacks, em seu voto, refutou todos os fundamentos apresentados. Diante da ausência de procriação por casais homoafetivos, foi lembrado o fato de que muitos casais não podem procriar, e, nem por isso, são impedidos de constituir família, através do casamento. Existem, ainda, os casos de pessoas que se casam com certa idade, não objetivando ter filhos, além daqueles casais que deliberadamente não desejam ter filhos, como consequência de sua autonomia da vontade. Desta forma, não houve como subsistir o presente argumento.

O respeito à religião também não pode ser tido como instrumento inviabilizador do reconhecimento do casamento homossexual. É que, apesar da importância da religião no seio da sociedade, esta não pode ser utilizada como fonte interpretativa da constituição. É claro, que os chefes religiosos não podem ser obrigados a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, se assim não determinar o dogma com o qual se unem.

A necessidade legislativa para o reconhecimento de sistemas diversificados de casamento parece ter sede constitucional, na seção 15 (1). Mas, como bem aponta Sacks, a interpretação da referida seção não pode ser utilizada como contenção ao reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O que se demonstra é, ao contrário, uma verdadeira sensibilidade constitucional em reconhecer a diversidade na estrutura da sociedade sul-africana, em matéria de casamento. Respeita-se, desta maneira, o pluralismo, não fazendo sentido utilizar-se da presente seção, a fim de obstacularizar a união homoafetiva, e, de certa forma, cancelar a inércia legislativa acerca do tema em comento.

Em relação ao direito internacional, é de se concordar que o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁹ faz referência à união entre homem e mulher, para fins de configuração do casamento. A presente referência é, tão somente, descritiva de uma realidade assumida, cujo objetivo seria evitar casamentos entre crianças ou a regulamentação de impedimentos decorrentes da nacionalidade, religião ou raça⁴⁰.

³⁹ Artigo 16 (1) A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.

⁴⁰ Importante lembrar que até pouco tempo atrás, o casamento inter-racial era criminalizado na África do Sul.

Deve-se entender que a família é o núcleo fundamental da sociedade, necessitando da tutela do Estado, o que não afasta a possibilidade de formação de outras entidades familiares, distintas da constituída por heterossexuais. Conclui-se, portanto, que não há nada no instrumento internacional, que vincule a família a um modelo especial.

Diante do caso Fourie, abriu-se uma oportunidade para a Corte Constitucional sul-africana revisitar conceitos sociais que pareciam imutáveis e determinar-lhes um contorno mais abrangente e afeto ao desiderato constitucional. Neste contexto, pôde-se ampliar o que se entende por família e casamento, a fim de incluir, nos mencionados institutos, as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

3 OS REMÉDIOS UTILIZADOS NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DAS DECISÕES E O ATIVISMO JUDICIAL

Como pôde ser demonstrado em linhas anteriores, tanto a legislação infraconstitucional brasileira, como a sul-africana, encontravam-se incompatíveis com suas Constituições respectivas. O Código Civil e a Lei do Matrimônio detinham normas, que afrontavam o direito fundamental à preferência sexual, o princípio da isonomia e o valor da dignidade da pessoa humana, necessitando ser corrigidas à luz da Carta Constitucional. O que se impõe a partir de agora é o *remedy*⁴¹ utilizado pelos tribunais, a fim de efetivar o direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas, ou seja, sua materialização como verdadeiro direito subjetivo, oponível, tanto à sociedade, quanto ao Estado.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal realizou, como dito anteriormente, interpretação conforme a constituição, pronunciando-se, no sentido, de que o artigo 1.723 do Código Civil deverá ser lido de acordo com o direito fundamental à preferência sexual e ao valor afeto, inerente à dignidade da pessoa humana, a fim de abarcar as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Sua decisão não colocou em mora o Legislativo, devendo ser, pois, aplicada de imediato, reconhecendo-se, desta maneira, a união estável homoafetiva com todas as suas consequências jurídicas, ou seja, as mesmas observadas no caso de uma união estável heteroafetiva. Cumpre mencionar de imediato que, outra foi a solução dada pela Corte da África do Sul.

⁴¹ *Remedy* é o recurso utilizado pelo tribunal, a fim de corrigir a inconstitucionalidade de determinada norma, e, conseqüentemente, concretizar o arcabouço constitucional.

Tangenciando as duas decisões, importante destacar que, diferente de outros países, as Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana⁴² se ocuparam de tarefa, a primeira vista, inerente ao Poder Legislativo, e, para os mais críticos, dentre eles Streck⁴³, usurparam competência e agiram como legisladores positivos, no processo denominado ativismo judicial.

Em sede de *judicial review*, deve prevalecer o minimalismo judiciário, no qual o Tribunal Superior deve se apropriar das contenções ao subjetivismo irracional, e só funcionar ante as lacunas do sistema, por meio de robusta argumentação técnico-jurídica, que somente terá legitimidade ao buscar o devido elemento hermenêutico, decorrente, pois, do direito fundamental à correta fundamentação das decisões⁴⁴.

É certo que não há consenso quando o tema é ativismo judicial – tema inerente aos remédios desenvolvidos pelas cortes – e seu conhecimento será importante, a fim de se estabelecer parâmetros racionais de solução. As decisões alternam-se de acordo com o contexto social e com as repercussões políticas, em um novo desenho constitucional em que se privilegia a atuação da Corte Constitucional⁴⁵, quando da efetivação dos direitos fundamentais.

Prefere-se, diante da presente ordem de ideias, às considerações de Breyer, ministro da Suprema Corte americana, citado por Valle⁴⁶, ao afirmar que: “A Constituição (...) é um ente vivo: portanto, os juízes devem ir além da estrita interpretação literal das leis, sobretudo quando as palavras são ambíguas ou *incorporam um valor somente aplicado às circunstâncias atuais*” (grifo nosso).

Para Streck⁴⁷, diante do caso brasileiro, existiria um obstáculo para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, qual seja, o próprio texto constitucional, que faz referência aos gêneros masculino e feminino. Desta

⁴² VALLE sustenta que o presente argumento é mais frágil no caso da África do Sul, uma vez que sua constituição conta com cláusula expressa, permitindo a utilização de *remedies* alternativos pela Corte Constitucional. Assim, se ativismo há quando a corte fixa deveres de agir a outro poder, esse será um ativismo expressamente autorizado pelo Texto Constitucional.

⁴³ STRECK, Lênio. *Sobre a decisão do STF: uniões homoafetivas*. p. 1. Disponível em <https://leniostreck.blogspot.com.br>, acesso em 22/06/2012.

⁴⁴ SUSNTEIN, citado por VALLE, em aula ministrada no Curso de Mestrado da Universidade Estácio de Sá/RJ.

⁴⁵ Para VALLE: “Em um contexto no qual se intensifica o processo de uma das modalidades de ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal assume o importante protagonismo estratégico no sistema político brasileiro. A recente atuação dos tribunais no cenário político nacional determinou uma profunda alteração nos cálculos elaborados pelos diferentes atores políticos, institucionais ou não, para o arranjo, composição e consecução de seus objetivos, seja no tocante à adoção de políticas públicas, seja em relação à modificação das regras do jogo democrático” (VALLE, *op. cit.*, p. 135).

⁴⁶ VALLE, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ STRECK, *op. cit.*, p. 1.

maneira, não se poderia equiparar as uniões homossexuais e heterossexuais, sem que houvesse uma lei ou emenda à Constituição⁴⁸. Segundo o autor, o Supremo Tribunal Federal teria se comportado de forma ativista, uma vez que a própria Constituição estabeleceu um limite semântico-pragmático para a legitimação da união homoafetiva.

A justeza da causa não teria o condão de viabilizar um atravessamento hermenêutico perpetrado pela corte, já que a Constituição não comportaria lacunas constitucionais, devendo ser aplicada em detrimento de subjetivismos atrelados à consciência do julgador, decorrentes do imaginário gnosiológico⁴⁹, no qual os juízes criam o direito, julgam de acordo com sua consciência e a tarefa de decidir seria o mesmo que escolher⁵⁰.

Na visão de Streck houve o desvirtuamento do sentido literal do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, além de não ser possível a interpretação conforme a constituição do disposto no artigo 1.723 do Código Civil, uma vez que este encontra-se em sintonia com a norma constitucional mencionada.

O que não se leva em consideração, nas considerações descritas acima, é a composição da Constituição. No mesmo texto em que se faz referência à união estável entre pessoas de sexos diferentes, também se assegura o direito fundamental à preferência sexual, além da dignidade da pessoa humana e do princípio da isonomia.

Interpretar a Constituição é perceber suas vicissitudes e aporias, buscando a harmonização de seu texto às novas demandas sociais. Assim, ao respeitar acriticamente o disposto no parágrafo 3º do artigo 226, estar-se-ia desrespeitando a autonomia do indivíduo na escolha de sua sexualidade e, mais, no estabelecimento de relações com quem desejar, a partir do afeto.

Não se tem como retirar da Constituição um traço peculiar à natureza humana: a imperfeição. É notória ousadia acusar a Carta de imperfeita, mas não se pode pressupor a ausência de aporias, como também, de um modo para dirimi-las. Em caso contrário, estar-se-ia diante de utopia, que, decerto, desprestigiaria o arcabouço da Lei Fundamental. Foi por esta razão que Muller, criticando a utilização dos métodos clássicos de interpretação formulados por Savigny, dentro do direito constitucional,

⁴⁸ Na forma que aconteceu em países conservadores como Portugal e Espanha.

⁴⁹ WARAT, lembrado por STRECK.

⁵⁰ Esse é um ponto de diferença entre as decisões em comento. No caso da África do Sul a referência aos gêneros encontrava-se na lei, assim o argumento foi o lógico-tradicional, já no caso do Brasil a referência aos gêneros estava na constituição, onde a interpretação, por mais elástica que seja, tem por limite a literalidade da norma.

afirmou que o texto deve ser aberto ao tempo, de acordo com as seguintes considerações:

As regulações da Constituição não são nem completas nem perfeitas. (...) a incompletude da Constituição pode ter a sua razão nisto, que não é necessária uma regulamentação jurídico-constitucional. A Constituição não codifica, senão ela regula somente – muitas vezes, mais pontual e só em traços fundamentais – aquilo que aparece como importante e carente de determinação: todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica restante. Por causa disto, a Constituição de antemão não pressupõe a pretensão de uma ausência de lacunas ou até de unidade sistêmica⁵¹ (grifos nossos).

Em que pese a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerar a inexistência, no ordenamento jurídico pátrio, de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias⁵², há que se fazer uma leitura de algumas delas, como acontece com o parágrafo 3º do art. 226, à luz dos princípios, que estruturam o Estado Democrático de Direito (dentre eles o da isonomia); dos valores, que compõem o substrato fundamental do conjunto jurídico (dentre eles a dignidade humana), bem como de outras normas, que possuem, também, o status constitucional (dentre elas o artigo 3º, IV, que regulamenta o direito fundamental à preferência sexual). Permitindo a teoria dos direitos fundamentais, desta forma, a interpretação conforme a constituição das normas infraconstitucionais, bem como de normas constitucionais originárias, em respeito à coerência e integridade do sistema de direito.

No caso sul-africano, foi possível constatar a preocupação da decisão com o remédio apropriado a ser utilizado pela corte, a fim de efetivar o reconhecimento do casamento homossexual em seu território. Importante asseverar, mais uma vez, a estrutura visionária e inclusiva da Constituição sul-africana, ao possibilitar uma postura pró-ativa do tribunal, através da aplicação de valores constitucionais à lei comum, dentro de um contexto de aceitação e justiça à diversidade sexual de todos.

Refutando tal postura, o Estado Sul-Africano afirmou, em seu recurso, que a Corte Constitucional não teria o poder para redefinir o espectro da Lei do Matrimônio, uma vez que somente o Poder Legislativo teria a mencionada prerrogativa. Isso decorreria da seção 172 (1) da Constituição, que restringiria a competência do Tribunal Superior à interpretação da norma, impossibilitando o seu desenvolvimento. Restaria evidenciada, para o Estado, a impossibilidade de a corte modificar a lei, e se assim o

⁵¹ MULLER, Frederich *apud* HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, pp. 39-40.

⁵² ADI 815-3, ajuizada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, na qual sedimentou, a jurisprudência pátria, a impossibilidade de uma norma originariamente constitucional, ser, ela própria, inconstitucional.

fizesse, acarretaria a destruição do instituto do casamento. Para ser empreendida uma mudança na estrutura normativa, dever-se-ia consultar o povo sul-africano, argumento insubsistente, já que foi, à época, elaborado relatório que comprovava a ampla consulta pública.

Após a delimitação da questão, a corte deteve a tarefa de traçar o contorno objetivo do *remedy*, a ser utilizado. Dois caminhos surgiram, e a opção por um teria o condão de excluir, necessariamente, o outro. De um lado, a possibilidade de alteração direta pelo tribunal do disposto na seção 30 (1) da Lei do Matrimônio, por outro lado a necessidade de suspensão da declaração de nulidade da mencionada seção e a consequente remessa ao Parlamento Sul-Africano⁵³, para que este sanasse o injusto. Buscando corroborar o que foi dito, importante transcrever parte da decisão:

Como já concluí, a lei comum e a seção 30 (1) da Lei do Matrimônio são inconsistentes com as seções 9 (1) e 9 (3) e 10 da Constituição, uma vez que não possibilitam a casais do mesmo sexo desfrutarem do status, benefícios e responsabilidades, que concedem aos casais heterossexuais. Nos termos da seção 172 (1) (a) da Constituição, este Tribunal deve declarar a inconsistência de qualquer lei com a Constituição, sendo esta inválida dessa forma. Nos termos do artigo 172 (1) (b) é possibilitado ao Tribunal realizar qualquer ordem que seja justa e equitativa. Tal ordem pode ser no sentido de suspender a declaração de nulidade, concedendo um prazo ao Congresso para corrigir o defeito⁵⁴ (tradução nossa).

Segundo Sacks, diante da necessidade de formulação do contorno objetivo de um remédio seguro, é necessário analisar as circunstâncias de cada caso concreto, a fim de se determinar a melhor maneira para a efetivação dos valores da Constituição, considerada uma ordem justa e equitativa. Modificando a Lei do Matrimônio para abarcar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a corte solucionaria o problema de inconstitucionalidade da norma, mas, ao mesmo tempo, negligenciaria a separação de poderes⁵⁵.

Para não incorrer em riscos à democracia, o melhor seria procrastinar-se a correção por um período adequado, suspendendo a declaração de nulidade, para que o Parlamento tivesse a chance de solucionar o defeito. Isso decorre do fato de que a medida temporária possui probabilidade menor em alcançar o desiderato constitucional (no seu viés da igualdade), do que a ação legislativa de caráter duradouro⁵⁶.

⁵³ O Parlamento sul-africano é identificado pela sigla ANC, ou seja, *African National Congress*.

⁵⁴ Cf. voto do Ministro Albie Sacks no caso CCT 10/05, p. 75. Disponível em: <https://www.constitutionalcourt.org.za>.

⁵⁵ No caso brasileiro, o argumento de equilíbrio anda um tanto desprestigiado, como se significasse subserviência do Judiciário aos demais poderes, o que de fato não ocorre.

⁵⁶ Importante comparar a presente postura com a do Tribunal Constitucional alemão. Para VALLE, com respaldo em KOMMERS, o tribunal mencionado busca suavizar o impacto político de suas decisões,

Ainda de acordo com Sacks, a importância pública da questão em debate deve ser considerada, sendo conveniente fornecer ao Legislativo a oportunidade para regulamentar a matéria, de acordo com os apelos sociais, que tal poder tem o dever de zelar, além de sua pronúncia fornecer legitimidade ao casamento homossexual, a partir do reconhecimento da sociedade ali representada. Porém, não se pode excluir os casais homossexuais das disposições acerca do casamento, que devem desfrutar dos direitos concedidos a casais heterossexuais, sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade da norma, em decorrência da marginalização do cidadão pelo ordenamento jurídico.

Não restavam dúvidas, à época do julgamento, de que o Parlamento encontrava-se legislando, mesmo que de forma tímida, acerca dos direitos homoafetivos, desempenhando o papel de tentar eliminar a discriminação. Com isso, a Corte Constitucional sul-africana, por maioria de votos, determinou, que o Legislativo no prazo de um ano, a contar da data do julgamento, sanasse a inconstitucionalidade e regulasse a matéria, suspendendo a declaração de nulidade.

Contudo, caso o Poder Legislativo não cumprisse a relatada decisão, dentro do prazo estabelecido, seria considerada plenamente efetiva a modificação da seção 30 (1) da Lei do Matrimônio, a fim de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Desta maneira, a ausência de regulamentação pelo Parlamento detonaria a extensão, aos casais homossexuais, do *status*, dos benefícios e das responsabilidades inerentes aos casais heterossexuais.

Cumprir mencionar que o ministro O'Regan divergiu do voto do relator, apenas em relação à suspensão dos efeitos da decisão pelo prazo estipulado, afirmando que um ano seria considerado muito tempo, para efetivação da igualdade aos cidadãos homoafetivos. Não haveria, na leitura do julgador, nenhum contratempo em possibilitar o reconhecimento do casamento homossexual de imediato, sendo cabível o andamento, em paralelo, das ações legislativas pertinentes.

Por fim, a utilização do remédio apropriado pela Corte Constitucional sul-africana teve a aptidão de efetivar o direito ao casamento homossexual, uma vez que o Parlamento editou nova lei sobre matrimônio, em 14 de novembro de 2006, cujo objetivo foi acabar com a discriminação perpetrada pela antiga norma infraconstitucional, respeitando, desta maneira, a decisão de sua Corte Suprema.

através de provimentos, nos quais o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação, a fim de corrigi-las ou revogá-las diretamente pela via legislativa. Ambas são consideradas estratégias destinadas à promoção de um diálogo institucional entre os poderes (VALLE, *op. cit.*, p. 28).

4 A COMPLEMENTARIDADE EXISTENTE ENTRE O DIREITO AO AFETO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS DECISÕES DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

É de se perceber que as decisões de ambas as cortes buscaram o arcabouço constitucional, a fim de reconhecerem um direito fundamental não disciplinado na legislação ordinária. A partir das construções evidenciadas anteriormente, foi demonstrado que o Supremo Tribunal Federal, através de interpretação conforme a constituição, reconheceu a união homoafetiva, baseando-se no direito à preferência sexual e no valor afeto, inerente à dignidade humana, enquanto a Corte Constitucional Sul-Africana, por meio de declaração de nulidade da norma infraconstitucional, efetivou o casamento homossexual, fundamentando-se no princípio da igualdade.

Por óbvio os resultados complementam-se, diante da perspectiva de construção do referido direito fundamental, até porque, tanto em uma, quanto em outra sentença, os elementos afeto e isonomia aparecem, com o intuito de justificarem a abordagem do tema e concretizarem tão importante direito.

Perante a análise da decisão brasileira, constata-se a preocupação do Supremo Tribunal Federal em materializar a isonomia entre parcerias homossexuais e heterossexuais, ao afirmar que as primeiras detêm igual direito subjetivo à constituição de uma família, em relação às segundas. Entende-se, portanto, que o afeto entre pessoas do mesmo sexo em nada se diferencia daquele observado em relações estabelecidas entre pessoas com sexos distintos. A fim de corroborar o que foi dito, importante a transcrição da seguinte parte do voto do Ministro relator:

(...) interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a *isonomia* entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de

se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos⁵⁷(grifo nosso).

É de se extrair do texto colacionado acima, a importância de se reconhecer juridicamente, de forma isonômica, uma situação recorrente no seio da sociedade brasileira. A ausência normativa não impede o estabelecimento de uniões homoafetivas, e o direito, ao não se apropriar do fenômeno, atribui às relatadas relações uma clandestinidade, incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Afeto, isonomia e clandestinidade são elementos encontrados, também, na decisão sul-africana. Segundo o ministro relator, o sujeito somente será tratado com isonomia, quando o afeto despendido por este em relação a outrem, for respeitado pelo Estado Democrático de Direito. O fato de não existir uma legislação comum regulamentando o casamento homossexual⁵⁸, como dito acima, não impediu o estabelecimento de uniões desse tipo, que, por conseguinte, foram relegadas à clandestinidade, como demonstra o trecho reproduzido a seguir:

As seções constitucionais 9 (1) e 9 (3) não podem ser lidas, apenas, para proteger casais do mesmo sexo de punição ou de estigmatização. As referidas seções vão além da simples preservação do espaço privado, em que casais de gays e lésbicas podem viver juntos, sem interferência do Estado. Na verdade, o que os apelantes buscam, não é direito de serem deixados sozinhos, mas sim o direito de serem reconhecidos como iguais, devendo ser tratados com dignidade perante a lei. O amor que foi forçado a ser clandestino, pode agora dizer abertamente o seu nome⁵⁹ (tradução nossa).

Desponta, na atual quadra da história, a formação de uma sociedade plural e heterogênea, devendo ser regulamentada pelo fenômeno jurídico, a partir de uma visão isonômica. Canotilho, citado por Valle⁶⁰, questiona, ao observar a introversão estatal social, o futuro dos direitos fundamentais de terceira geração. O autor pondera acerca da dificuldade em se incorporar ao acervo teórico, os direitos fundamentais de solidariedade, que envolvem um reconhecimento do outro e dos compromissos recíprocos para com os que compartilham a mesma condição humana, uma vez que ainda não se consolidou no campo dos direitos sociais a compreensão de que haja responsabilidade também do sujeito, e não apenas do Estado.

⁵⁷ Cf. voto do Ministro Ayres Brito na ADI 4.277/DF, p. 38. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁵⁸ Pelo menos até o julgamento do caso Fourie.

⁵⁹ Cf. voto do Ministro Albie Sacks no caso CCT 10/05, pp. 49-50. Disponível em: <https://www.constitutionalcourt.org.za>.

⁶⁰ VALLE, Vanice. Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: Renata Braga Klevenhusen. (Org.). *Direito público & evolução social* – 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 321.

A dificuldade de ver o outro como parte do mesmo, apresenta como consequência um comportamento individualista, em que somente o padrão convencional socialmente é aceito e, por conseguinte, regulamentado. Daí a necessidade de maturação de valores e princípios, que consubstanciam a inserção das minorias na sociedade. A partir de instrumentos jurídicos de contorno definido (ou pelo menos quase definido), possível será o tratamento isonômico substancial do sujeito, em respeito ao afeto, com o qual estrutura suas relações.

O princípio da igualdade e o valor afeto devem ser cogitados, em um mundo social que se quer formado pela diversidade. O respeito à diversidade não pode ser visto como algo meramente formal, através de normas ineficazes e frias, distanciadas, pois, da vida real. Ao contrário, o respeito à diversidade perpassa por um comportamento, ou seja, pelo fato de não ver o outro como outro em si, mas sim como parte do mesmo. A normatividade, no presente contexto, precisa acolher a diferença como pressuposto de elaboração de um discurso e de uma efetivação ética e inclusiva, a partir de uma análise antropológica.

Partindo-se do afeto chega-se à isonomia, diante do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Assim, o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, indo além de uma dimensão ética, pois é considerado como verdadeiro valor jurídico de perfil constitucional, decorrente da dignidade humana. A valorização do afeto, quando da formação da entidade familiar, faz presumir a inclusão de parcerias homossexuais no presente contexto, uma vez que a mesma comunhão e profundidade de sentimentos observados em tais parcerias são também inerentes à união entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para discriminar relações homossexuais, em respeito ao princípio da isonomia⁶¹.

CONCLUSÃO

É de se concluir, que as Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana tiveram papel de destaque na efetivação da união entre pessoas do mesmo sexo, em seus países. Concretizaram, assim, os maiores objetivos do constitucionalismo de transição,

⁶¹ D. SARMENTO. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: Perspectivas constitucionais, *in* Igualdade, diferença e direitos humanos, 2008, p. 643.

materializando valores, princípios e regras constitucionais, retirando-os de sua abstração e aplicando-os no mundo da vida.

Ambas as decisões estruturaram-se dentro da moldura estabelecida pela nova hermenêutica constitucional, que privilegia a coerência e a integridade do sistema jurídico. A Constituição Federal, na presente ordem de ideias, é tida como um sistema jurídico aberto, e, assim, os princípios adquirem normatividade, a argumentação jurídica passa a ser valorizada e uma teoria dos direitos fundamentais é edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.

A discriminação contínua contra uma minoria permanente na sociedade, que sofreu os padrões de desvantagem, exige da jurisdição a efetivação do legado constitucional para a sua tutela. Os indivíduos, componentes da minoria mencionada, ao estabelecerem relações com pessoas do mesmo sexo, foram considerados indignos e impossibilitados de desfrutar o respeito humano, concedido aos casais formados por pessoas de sexos distintos na constituição de suas famílias.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por meio do instituto da interpretação conforme a constituição, no sentido, de que o artigo 1.723 do Código Civil deverá ser lido de acordo com o direito fundamental à preferência sexual e ao valor afeto, inerente à dignidade da pessoa humana, a fim de abarcar as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Desta forma, houve a efetivação do importante direito à opção sexual, reconhecendo-se, assim, a união entre pessoas do mesmo sexo, estabelecida através do afeto.

A Corte Constitucional sul-africana, por seu turno, revolucionou seu país, reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em decorrência de sua função, proclamada constitucionalmente, de efetivar os direitos fundamentais. Diferente de outras partes do mundo em que tais direitos representam somente um catálogo de boas intenções, o tribunal concretizou o desiderato constitucional e, mais uma vez, materializou a igualdade, valor tão desrespeitado no passado de sua sociedade. Desse modo, a África do Sul passou a ocupar papel de destaque na temática dos direitos humanos, diante do indispensável respeito à diversidade, à vedação da discriminação injusta e ao amor.

Quando da análise do *remedy*, foi possível constatar, que a Corte brasileira reconheceu, de forma direta, a união homoafetiva, não se comunicando com o Congresso Nacional, a fim de se ter editada uma norma, que regulamentasse a matéria. De outra sorte, a Corte sul-africana, apesar de entender a favor do casamento

homossexual, sentiu a necessidade, como consequência da separação de poderes, de exigir a materialização de uma lei pelo poder competente, suspendendo, assim, a declaração de nulidade da Lei do Matrimônio, que era omissa em relação ao tema em comento.

Afeto e igualdade são valores que caminham lado a lado, alicerçando o Estado Democrático de Direito. A Constituição bem soube, que ao trazê-los para o seu bojo, se deflagrariam possibilidades múltiplas para a efetivação dos direitos fundamentais. Não são, em decorrência de sua abstração, valores sem contorno, pelo contrário, determinam os passos dos legisladores, o comportamento social, o desenho do país que se deseja ter para as próximas gerações. Tais razões impedem que o afeto tenha nome, padrão ou dimensão objetiva, ele só precisa ser sentido para que a vida se torne um pouco melhor. Já que o sentimento não tem, nem deve ter, destinatário, a igualdade resplandece e exige o reconhecimento de uniões, que já não precisam mais ser clandestinas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em <https://direitodoestado.com.br/rere.asp>, acesso em 11/03/2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In ____ **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CHRISTIANSEN, Eric C., **Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative uses of Constitutional Court authority to advance substantive justice** (january, 2011). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1890885>, acesso em 28/05/2012.

GOMES, Orlando. **Direitos da personalidade**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 216, p. 5, 1966.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HIRSCHL, Ran. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**. Fordham Law Review, Vol. 75, No 2, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951610>.

MENDES, Sérgio da Silva. **Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo**. In: CONPEDI, XX, 2011, Vitória. Anais ... Vitória: RENOVAR, 2011.

NIETO, Alejandro, e GORDILLO, Agustín. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais**, in Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Sobre a decisão do STF: Uniões homoafetivas**. Disponível em <https://leniostreck.blogspot.com.br>, acesso em 22/06.2012.

_____. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALLE, Vanice. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF, Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: Renata Braga Klevenhusen. (Org.). **Direito público & evolução social** – 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 321.

_____. **Constitucionalismo de transição: O modelo de implementação gradual da África do Sul**. Curso de Mestrado. 2012. Notas de Aula.

WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In R. G. Oliven et alii (orgs.), **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008. Disponível em <http://blog.estudoshumeanos.com/wp-content/uploads/2008/12/artigo-werneck-vianna.pdf>, acesso em 18/03/2012.