



ESTUDO DAS ATECNIAS JURÍDICAS NO JULGAMENTO DA ADI Nº 4277 À LUZ DA TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ingrid Gabriela Saraiva de Melo¹

Layse Rhayana Marcelino Dias²

RESUMO

Através do julgamento conjunto da ADI n.º 4277 e da ADPF n.º 132, o Supremo Tribunal Federal aplicou a Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais decidindo pela constitucionalidade da união estável homoafetiva. Diante disso, o objetivo geral deste trabalho é analisar a decisão mencionada sob a ótica das Teorias dos Direitos Fundamentais, com ênfase na Teoria Liberal. Sobre os objetivos específicos, tem-se o exame do voto do Ministro Relator, e perquirir as alegações destoantes do ordenamento jurídico pátrio. Quanto à tipologia da pesquisa, serve-se do método indutivo, sendo, sobre a natureza, um estudo de caso, lastreado numa análise jurisprudencial documental-bibliográfica.

Palavras-chave: Entidades familiares. Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais. Igualdade formal. ADI-4277. ADPF-132.

“A liberdade perturba os padrões”

(Robert Nozick)

¹ Graduanda no curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisadora do grupo de pesquisa Constituição Federal e a sua concretização pela Justiça Constitucional (PPGD - UFRN).

² Graduanda no curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisadora do grupo de pesquisa Constituição Federal e a sua concretização pela Justiça Constitucional (PPGD - UFRN).

1 INTRODUÇÃO

Tão clichê quanto dissertar sobre a incessável mutabilidade dos arranjos sociais, é manifestar a necessidade do Poder Legislativo atender os anseios dessa nova dinâmica. Apesar disso, faz-se essencial lembrar essa questão para combater o conservadorismo contrário à regulamentação ou consentimento de certas situações que, mesmo já consolidadas de fato, sentem a ausência do aval legislativo.

Nesse viés intelectual, a rigidez conceitual de “entidade familiar”, correlacionada restritamente ao matrimônio, é rompida e substituída por miríades formas distintas de família. Isto é, com respaldo na Constituição Federal brasileira, o casamento não é mais a única modalidade de família chancelada pelo Estado. Muito pelo contrário, a partir da simples leitura do art. 226, caput, da Constituição Federal, é possível concluir que esse vocábulo é reconstruído cotidianamente conforme as mudanças sociais. Isto é, o poder constituinte não exauriu em palavras o que é e/ou o que será a família, com efeito, é encargo de cada indivíduo optar pela estrutura familiar que lhe convém.

Visto isso, a família como união estável é protagonista na hodierna conjectura formada por indivíduos interessados na conservação da afetividade em detrimento da institucionalização das relações sociais. Após a batalha histórica para romper a discriminação associada ao status de concubinato e a positivação constitucional da proteção especial à união estável, tornou-se infundada qualquer desvalorização dessa entidade familiar.

Apesar do dito, muitos ainda sustentam os resquícios patriarcais do Direito das Famílias, quer dizer, ainda é notório a condenação moral (e/ ou legal) das famílias destoantes dos padrões comuns – como a união estável decorrente de casais homoafetivos. Com fito, para esmaecer as interpretações pautadas na discriminação do art. 226, Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal subscreveu o caráter ilustrativo dos termos “homem” e “mulher”.

Sobre este último ponto, trata-se de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) sob o nº 4277, bem como, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 132, propostas, respectivamente, pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro à época, Sérgio Cabral. Ademais, coube ao ministro Ayres Britto a relatoria das ações aludidas, devendo ao Supremo Tribunal Federal decidir acerca do reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos.

Indo ao cerne da ADI nº 4277/DF, essa pleiteou que o art. 1.723 do Código Civil (CC) fosse interpretado conforme à Constituição Federal, objetivando a compreensão dos mesmos efeitos da união estável formada por casais heterossexuais para os homossexuais.

Visto o exposto, perante a importância do rigor técnico e coerente das decisões judiciais na atual dinâmica processual pátria, o grande escopo desta pesquisa é analisar a aplicação das Teorias dos Direitos Fundamentais, em especial, a Teoria Liberal, nos votos da decisão supramencionada. Em minúcias, pretende-se destrinchar as alegações do relator, assim como as dos ministros que divergiram da sua fundamentação, buscando exaltar os inúmeros argumentos regados pelo senso comum e isentos de preceitos técnicos. No mais, este estudo não visa desvalorizar o resultado da decisão, mas esclarecer quais seriam os meios adequados e sérios para alcançá-la.

Ademais, concernente a tipologia de pesquisa aplicada, trata-se, quanto ao procedimento, de um estudo de caso pautado no método indutivo. Ademais, fora utilizado a análise jurisprudencial, bem como documental-bibliográfica.

2 DO CASO: O PRECONCEITO CIRCUNSCREVENDO A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIVERSOS MODELOS DE FAMÍLIA

Como já explicado superficialmente, a atribuição do status de família à união estável é um conquista histórica. Quer dizer, atinente à Constituição Federal de 1969, art. 175, §1º, a indissolúvel figura do casamento é única gênese legítima para constituir família. Em decorrência, várias relações afetivas não eram protegidas pelos desígnios constitucionais, mais que isso, pregou-se pela marginalização das famílias informais não chanceladas pelo Estado. Com efeito, o vocábulo “concubinato” fora destinado para discriminar qualquer união não marcada pelo casamento.

Por óbvio, essa restrição normativa se viu incapaz de reter a pluralidade das entidades familiares, nesse sentido, mesmo tardia, a Constituição Federal de 1988 reformou o entendimento do Direito das Famílias ao englobar o concubinato na definição de união estável e o incluí-lo no rol exemplificativo das entidades familiares . Em razão do desígnio constitucional, a doutrina postula sobre as incontáveis (e hierarquicamente iguais) entidades familiares.

Contrariando a posição exposta, em calorosa discussão na Câmara, o Pastor da Assembleia de Deus, Silas Malafaia, introduziu a hipótese dos casais homoafetivos não

englobarem o previsto no art. 226, §3º, Constituição Federal, pois o dispositivo traz expressamente os termos “homem” e “mulher” – e não “homem” e “homem” e/ou “mulher” e “mulher”. Do contexto citado, transcende a ideia de combater o notório preconceito e desvio interpretativo por via judicial, objetivando, assim, cessar qualquer insurgência contra as uniões estáveis homoafetiva.

Frente ao exposto, é fácil compreender a importância e impacto social gerado pelo julgamento analisado, porém, insta tecer breve comentário acerca da necessidade de aplicar o controle direto de constitucionalidade nessa situação.

Utilizar o Poder Judiciário quando era possível usar o Legislativo é, no mínimo, desarrazoado. Melhor explicando, as ações do legislador são identificadas pelo povo como se suas fossem – visto a representatividade atribuída através do voto. Assim, além de respeitar o princípio da economicidade processual, a simples edição do Código Civil para salvaguardar as entidades familiares homoafetivas legitimaria popularmente o fato social.

Explicado isso, cumpre fazer um pequeno relatório com o afã de esclarecer o que está em análise. Primeiro, o Governo do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF de nº 132/RJ, a qual requeria, a priori, que se conferisse uma interpretação conforme à Constituição Federal a certas normas estaduais, sendo que essas, inclusive, eram anteriores ao texto constitucional. Contudo, o Supremo Tribunal Federal observou a existência de dispositivos na legislação fluminense que vieram posteriormente (portanto, derogando os anteriores, segundo a máxima “lei posterior derroga a anterior” e que já cuidaram de dar outro semblante ao tema, “conforme a Constituição” por assim dizer . Logo, o pedido principal quedou-se prejudicado, dada a perda do seu objeto; entretanto, o remanescente almejava imprimir a interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, de modo que esse fora reconhecido na roupagem de ADI. De mais a mais, tal pedido viera reprisado na ADI nº 4.277/DF, razão pela qual há de se falar em prevenção pela coincidência de objetos.

Indo ao cerne da ADI nº 4277/DF, essa aludia, esquematicamente, que fosse interpretado conforme à Constituição Federal o art. 1.723 do Código Civil, de modo que se estendessem aos casais homossexuais os efeitos da união estável, tanto os direitos como os deveres. Melhor dizendo, pretendia o reconhecimento da sua incidência sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

O dispositivo do acórdão relata a votação unânime no reconhecimento da ADPF nº132- RJ como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e, portanto, a admissão do julgamento conjunto daquela com a ADI nº 4277- DF.

Também de forma homogênea, deu-se procedência às ações protocoladas. Destarte, visto que se trata de controle de constitucionalidade abstrato, o Supremo Tribunal Federal garante o efeito *erga omnes* (para todos) e vinculante (antes mesmo da publicação do acórdão). Assim, em outras palavras, tornou inescusável o descumprimento da decisão - inclusive pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. Por fim, a análise substancial compreendeu os casais homossexuais como entidade familiar e asseverou a mesma proteção jurídica da união estável heteroafetiva.

3 DA DECISÃO

Feitos tais esclarecimentos, torna-se possível a análise da fundamentação dessa decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da união estável entre pessoas do mesmo sexo. De sorte que, a priori, cabe menção ao fundamento do relator, vez que esse fora seguido pelos demais ministros – no mais, isso não implica dizer que não houve divergências laterais, as quais, por seu turno, serão explicadas ao fim dessa síntese.

Inicialmente, a respeito do ponto de partida da análise meritória, o Min. Ayres Britto ocupou-se em realizar uma “elucidativa menção à terminologia em debate”, à vista de tornar clara a compreensão do que se trataria o termo “homoafetividade”. Acerca dessa questão, importa relatar que, em seu voto, o jurista utilizou o referido termo para alcinhar “o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo”.

Passando o enfoque para o mérito propriamente dito, o relator anota que a primeira oportunidade na qual a Constituição Federal serve-se do vocábulo “sexo” é no seu art. 3º, IV, o qual traria, em sua leitura, ao analisar sistematicamente o emprego do termo em outros dispositivos constitucionais, o nítido significado de “conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher”.

Assim, tratar-se-ia de um laborar normativo no sentido de diferenciar os dois gêneros da espécie humana. Britto sustenta, com efeito, que esse primeiro tratamento que é dado à matéria afirma a explícita vedação de atitudes discriminatórias ou desiguais por razão de gênero, sob pena de estar-se a colidir frontalmente como o “objetivo fundamental” de “promover o bem de todos” - salvo, é claro, caso houvesse dispositivo constitucional em contrário *sensu*. Dizendo de outra maneira, o ministro demonstra que a Constituição Federal traz, de modo patente, o repúdio ao preconceito em virtude do sexo, o que seria uma natural diferença entre homem e mulher.

Nessa linha, por cúmulo, percebe-se que tão repreensível quanto discriminar as pessoas por seu sexo biológico, seria sua discriminação em virtude da sua preferência sexual. Aduz-se isso vez que a proibição do preconceito em razão de “ser homem ou mulher”, não trata unicamente do fato de não sofrer segregação pela conformação anátomo-fisiológica contraposta, como também incide em tudo aquilo que tangencia o uso da sexualidade que esses são indispensavelmente portadores, isso é, de fazer ou não uso dessa sexualidade e, caso o faça, poder fazê-lo com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente. Conclui-se, até então, que há uma vedação constitucional no sentido de que ninguém poderia ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual, existindo, assim como existe o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, o direito líquido e certo dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heterossexuais.

Com efeito, sustenta o relator que o direito afigura-se como uma das mais engenhosas técnicas de controle social e, como tanto, busca submeter as relações entre os seres humanos “às normas que lhe servem de repertório e essência”, seja por meio de uma norma geral positiva ou negativa. Nesse sentido, argumenta que teria a nossa Constituição Federal se valido dessa última técnica mencionada. Dito de outra forma, haveria, em sua visão, um intencional mutismo da Constituição Federal quando se trata do uso da sexualidade humana, em razão do que decorre o direito à liberdade no uso dessa. Isso porque a inexistência de previsão normativa corresponderia exatamente à norma geral negativa no sentido kantiano estampado no art.5º, II da Constituição Federal, isso é, “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Nesse ínterim, resta claro o seu entendimento de que a Constituição Federal é silente por compreender que, no que respeita ao uso da sexualidade e do aparelho sexual, cabe, a cada qual, o livre arbítrio.

Outrossim, a preferência sexual, do mesmo modo que o seu emprego, é vista como “direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III da Constiuição Federal). Isso, pois, nada é de maior intimidade ou privacidade que o seu emprego, o que, intrinsecamente, o torna poderoso fator de afirmação da autoestima: “a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade”. Desse modo, Britto aduz que isso se relacionaria ao próprio direito à busca da felicidade, vez que, da mesma maneira que os heterossexuais realizam-se e são felizes em relações com essa construção, os homoafetivos só podem se realizar homoafetivamente.

Ainda, o relator atenta que o exercício da sexualidade é condizente com outras liberdades fundamentais como intimidade e privacidade. Primeiro, porque tendo a Constituição Federal vedado expressamente o preconceito em razão do sexo e, de modo intencional, não

versado sobre o uso da sexualidade humana, nota-se que essa não o fez por reconhecer que esse uso compõe a autonomia da vontade. Logo, fazendo parte da autonomia da vontade e constituindo-se como direito subjetivo, alinha-se às clássicas liberdades individuais, sendo que essa liberdade se concretiza tanto sob a forma do direito à intimidade, como do direito à privacidade, os quais, não podemos esquecer, são direitos fundamentais (previsto no inc. X, art. 5º, Constituição Federal). Consequentemente, a liberdade para dispor do uso do aparelho sexual insere-se no rol dos direitos jusfundamentais. E, assim, portando tal feição, o relator menciona o §1º do mesmo art. 5º da Constituição Federal, de modo a ressaltar que a esse direito à liberdade sexual deve gozar da regra da aplicabilidade imediata. Adicionalmente, argumenta que tal direito somente sairia do âmbito de circunscrição dos dispositivos mencionados caso a Constituição Federal lavrasse em sentido diverso, embora, na sua ótica, isso não seja observado.

Como resultado do exposto, Britto conclui, novamente, que todos são iguais sem embargo do sexo biológico com o qual nasceram ou a preferência sexual que optarem. Desta feita, são também “iguais para titularizar direitos, ônus e interesses também juridicamente positivados”. Assim sendo, questiona se a Constituição Federal nega aos casais homoafetivos em união voluntária e estável o mesmo tratamento que dispensa aos casais heteroafetivos. Para responder ao seu questionamento, o relator elenca os dispositivos constitucionais que tratam sobre o que mencionam “família”, chegando à conclusão que a parte substancial é o caput do art. 226 por ser a única inteligência alusiva à família, sendo que essa é que fora contemplada com especial proteção estatal (e não outras condições, por óbvio). Nesse sentido, elucida que o conceito coloquial de família desconsidera se essa é constituída por casais heterossexuais ou homoafetivos. Observando, além disso, que a própria Constituição Federal, ao utilizar-se do vocábulo “família”, não limita sua formação a casais compostos por pessoas do sexo oposto, nem a formalidades, como a cartorária ou da celebração de uma cerimônia religiosa.

De mais a mais, o ministro persevera analisando o conceito de família, de modo que a percebe como um espaço consagrador para os direitos fundamentais, asilo inviolável para os seres humanos, e, mais que isso, compreende que essa é uma figura continente, da qual todo o resto é conteúdo. Em face do exposto, entende que deve-se utilizar essa noção de família como comandante para interpretação das demais vezes que o vocábulo em questão for citado no texto constitucional (e não reduzi-la com bases nessas outras), vez que a Constituição Federal, em sua totalidade, não lhe emprestou sentido ortodoxo que restrinja a sua constituição, bem como não a limitou, como dito, àquelas que são formalmente constituídas. Logo, não haveria distinção entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de

vertente homoafetiva. À vista disso, preconiza pela adoção de uma interpretação não reducionista do conceito do vocábulo família, compreendendo que o conceito em sentido contrário esbarraria num discurso preconceituoso ou homofóbico.

Doravante, considerando o conceito de família como “base da sociedade e credora da especial tutela do Estado”, analisa-se cada um dos institutos que resultam do art. 226 da Constituição Federal. Começando pelo casamento civil, esse é compreendido, em síntese, como uma das modalidades de constituição de família, que em nada prejudica a sua constituição por outra via, mesmo porque “o continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil”.

Indo ao plano de fundo da questão, isso é, quanto ao §3º do art. 226 da Constituição Federal, Britto afirma que a referência feita à dualidade de “homem” e “mulher” se deve a especial proteção que a Constituição Federal visa conferir a essa última, isso é, com o focado propósito de estabelecer relações jurídicas sem hierarquia entre as duas espécies humanas no âmbito das sociedades domésticas ou, dito de outra forma, de consagrar a igualdade entre homem e mulher novamente. Destarte, tal opção linguística constituiu um esforço de fazer frente ao patriarcalismo nos costumes brasileiros e, portanto, nada diz respeito à dicotomia entre heteroafetivos e homoafetivos. Inclusive, caso compreenda-se de acordo com essa última dicotomia, estar-se-ia a fazer “rolar a cabeça” do art. 226 em virtude de um parágrafo extremamente restritivo desse tipo.

Outrossim, o ministro labora suas afirmações no sentido de defender a identidade constitucional entre os conceitos de “entidade familiar” e “família”. Nesse quadrante, quando o legislador utiliza a terminologia “entidade familiar” não pretendia diferenciá-la de “família”, tanto quanto não pretende designar a existência de uma diferença jurídica ou hierarquia entre essas, não existindo, pois, uma “subfamília”. Isso posto, assimila o emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de “família”.

No mais, seja no que tangencia à união estável ou ao casamento civil, a Constituição Federal não proscree a formação de família por pares do mesmo sexo. Mesmo porque, nos termos utilizados pelo relator, tem-se: “não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem”, o que, notadamente, não ocorre na situação analisada. Diz-se isso, pois, como visto, trata-se da equiparação das pessoas independente de preferência sexual e, é certo, não há de se falar num direito dos heteroafetivos a sua não equiparação com os homoafetivos, haja vista que o simples fato de ser heterossexual não coloca ninguém num patamar superior.

Acresce-se, ainda, em se tratando do direito à adoção, que se esse pode ser exercido tanto por uma só pessoa adulta sem que se faça distinção ou menção ao estado civil dessa, do mesmo modo, não deve ser feita diferenciação se o adotante é hétero ou homoafetivo.

Nesses termos, em sede de conclusão, a decisão, compreendendo que casais homossexuais também poderiam configurar uma “entidade familiar”, estendeu todos os efeitos da união estável àqueles casais. Cumpre asseverar, novamente, que dentre esses efeitos, inclui-se o direito previsto no art. 227, §5º, da Constituição Federal, que é o direito da adoção.

Por fim, cabe destacar que os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, da mesma maneira as ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie concordaram e seguiram o entendimento do ministro Britto, no sentido de reconhecer a procedência das ações para conferir, como dito, a interpretação conforme à Constituição Federal com a afã de excluir qualquer compreensão que configure um empecilho para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar do art. 1.723 do Código Civil, inclusive, atribuindo-lhes efeito vinculante.

Contudo, convém o registro de que, em que pese todos os votos tenham seguido a decisão do relator, não houve consenso absoluto entre as fundamentações. Diz-se isso pois, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso apresentaram algumas divergências em suas alegações quanto à fundamentação do relator, confluindo-se na cognição de que não seria possível enquadrar a união homoafetiva nas figuras constitucionais de família. Nada obstante, reconheceram que essa união seria possível na qualidade de uma nova formação de entidade familiar. Ainda, de acordo com o ministro Mendes, a restrição feita entrou em conformidade com o seu receio de desempenhar competências legislativas dentro do judiciário.

4 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO À LUZ DAS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

À vista do aludido, é fácil perceber a predominância da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais (também denominada civilista – bürgerlich) nas alegações dos votos. No mais, antes de revelar o ponto de convergência entre a Teoria Liberal e a fundamentação da ADI nº 4277, vale, para fins didáticos, uma breve explanação da corrente doutrinária supramencionada.

Trocando em miúdos, essa teoria abarca o conceito de liberdade negativa, melhor dizendo, a pessoa humana dispõe de livre-arbítrio, pois, é ser independente, autônomo e responsável pelo seu destino. Sendo assim, a tese em pauta implica numa construção jurídico-

dogmática que repudia, em regra, a intervenção do Estado nas decisões do particular. Embora, a interferência estatal pode ser considerada cabível e coerente se for atrelada à justificativa proporcional e, via de consequência, impor os desígnios do princípio distributivo e ônus argumentativo.

No caso concreto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a “orientação” sexual é um atributo da autonomia da vontade. Também, respaldou-se nos direitos fundamentais à intimidade e vida privada para consolidar a decisão. Logo, uma hipotética intervenção estatal é incoerente e arbitral porque adentra no direito constitutivo familiar dos particulares, em razão da sexualidade.

Por isso, com intuito de negar a desigualdade jurídica, a Constituição Federal não veda a união estável homoafetiva. Em consonância, o constituinte optou por escolher a omissão proposital como técnica legislativa de regulamentação da matéria. Dessa forma, o artigo 3º, IV, Constituição Federal, além de prever a repulsa ao preconceito por questão de gênero, também engloba a discriminação em razão do exercício da sexualidade. É dizer, o legislador não faz referência ao modo de utilizar o aparelho sexual (opção pelo não-uso, onanismo ou emparceirado). Com efeito, o respeito à Constituição Federal se torna efetiva quando cada indivíduo desfruta do livre-arbítrio para estabelecer relações amorosas com outros do mesmo sexo ou não, sem ter seus direitos ceifados.

A afirmação feita se torna evidente em várias passagens do documento alvo de elucidação. Nesse diapasão, a liberdade, por si só, é pregada com equiparidade a um bem personalíssimo. Ademais, é considerado inadmissível penetrar na esfera da autonomia de vontade com escopo de mitigar o livre-arbítrio do ser humano.

No entanto, quando se afirma que a teoria mais utilizada fora essa, o que se enaltece, claramente, é a compreensão da liberdade de uso do aparato sexual como livre-arbítrio, não sendo conveniente ou sequer cabível uma intervenção estatal nessa seara. Contudo, há que se observar que a teoria liberal não cinge a esse ponto, vez que não se pode deixar de lado, por exemplo, as suas ferramentas metodológicas, bem como outros dos seus institutos. Assim sendo, merece menção que o Supremo Tribunal Federal não utilizou a Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais de forma adequada, de modo que nessa ocasião cabem duas críticas acerca da sua aplicação.

Acerca da primeira observação, a tese dos direitos jusfundamentais em questão é consistente na dogmática jurídica e preza pela separação rígida entre norma-parâmetro e objeto de análise. Visto por esse viés, os votos falharam na utilização deste recurso metodológico. Isso porque, muito embora seja um entendimento que contrarie a Constituição Federal vigente,

sendo essa considerada em sua globalidade, há de se anotar que o texto da norma objeto (art. 1723 do Código Civil) encontra compatibilidade com a norma parâmetro, o 226, §3º, Constituição Federal, posto que ambas fazem referência clara a "homem" e "mulher". Assim sendo, caso fossem observadas as ferramentas metodológicas que a teoria em comento traz impreterivelmente em seu bojo, notadamente não haveria de se falar em inconstitucionalidade - ao menos não se fossem utilizadas as normas citadas como parâmetro e objeto.

Quanto à segunda crítica, uma das balizas da corrente liberal é o princípio da separação entre legiferação (*Rechtssetzung*) ou divisão do exercício do poder. Em contrapartida, verificou-se que a decisão, de forma diametral, fugiu desse ideal e pregou o ativismo judicial. Inclusive, no que tangencia esse aspecto, convém lembrar o posicionamento do ministro Gilmar Mendes ao negar seguir a tese argumentativa do relator e demais votantes, elucidando que o papel dos operadores do direito não é equiparado ao do legislador positivo.

Em suma, a decisão englobou a seara da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais e desencadeou uma análise jurídica mais racional e coerente – respeitando as questões de gênero e exercício da sexualidade. Constata-se tal afirmativa uma vez que, o Supremo Tribunal Federal entendeu não caber ao Estado a interferência na esfera da vida privada dos casais homossexuais. Desta feita, consagrando o livre-arbítrio dos indivíduos no tocante à escolha sexual e sua merecida igualdade em relação as entidades familiares heteroafetivas. No mais, a autonomia em discussão consiste no direito potestativo (situação jurídica/ direito subjetivo) que se concretiza apenas por meio de institutos (Constituição Federal e Código Civil), assim a Teoria Institucionalista também está, de forma implícita, ligada ao caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal não elenca exaustivamente os modelos de família nem tampouco posiciona determinada entidade familiar em hierarquicamente superior a outra. Dito isso, as uniões estáveis homoafetivas, alvo da ADI nº 4277, a partir da vigência do art. 266, Constituição Federal, tiveram nítida proteção constitucional. Assim, como Poder Legislativo poderia ter regulamentado a situação, com legitimidade popular atribuída pelo voto, a aplicação do controle direto de constitucionalidade neste caso se mostra desnecessária e onerosa – desgaste de tempo e dinheiro para ajuizar uma ação perante o Supremo Tribunal Federal.

Adentrando no estudo dos votos, os argumentos suscitam frequentemente os preceitos de liberdade negativa, assim como também, o caráter independente e autônomo do ser humano

protegido pelo ideal de livre-arbítrio. Com efeito, o resultado da decisão coincidiu com o pregado pela Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais.

Apesar disso, a leitura da fundamentação dos votos evidencia a aplicação inadequada da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais. Isso se deu em razão dois motivos: (a) desrespeito a separação rígida entre norma-parâmetro e objeto; e, (b) transgressão ao princípio da separação entre legiferação (*rechtssetzung*). Tanto o elemento (a) quanto o (b) são diretrizes importantes para a Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, com efeito, não foram observados na utilização desse recurso metodológico.

Se os elementos citados fossem destacados na fundamentação, não haveria de se falar em inconstitucionalidade da norma-objeto (art. 1723, Código Civil), muito pelo contrário, a norma-objeto é compatível com a norma-parâmetro (art. 226, §3º, Constituição Federal). Ademais, essa informação não confronta a constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas. Em decorrência disso, o voto do relator pregou, equivocadamente, o ativismo judicial.

Por fim, consta ressaltar o aspecto da unanimidade do julgamento em comento. Mesmo evidenciando concordância de votos, a aludida ADI teve divergências internas substanciais. Isso porque a fundamentação dos votos dos ministros, apesar de chegarem a uma mesma conclusão, destoaram entre si. Embora, como o ordenamento jurídico brasileiro volta seu olhar apenas para o resultado, o voto do relator foi seguido pelos demais ministros com pseudo unanimidade.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIMOULIS, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5º Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

LESSA, Danielle. Especial Família - O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (06'06").

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/385935-ESPECIAL-FAM%C3%8DRIA--O-RECONHECIMENTO-DA->

UNI% C3% 83O-EST% C3% 81VEL-ENTRE-PESSOAS-DO-MESMO-SEXO-
(06% 2706% 27% 27).html>.Acessado em: 05/10/2017.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionais: para além dos numerus clausus. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma completa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da União Estável Homoafetiva como Direito Fundamental pela Justiça Constitucional. p. 245 – 279. **Direito. UnB**, janeiro – junho de 2014, v. 01, n.01.

MOSCHETA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentaridade**: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE ADI Nº 4.277 ACCORDING TO THE LIBERAL THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

In judgment of ADI nº. 4277 and ADPF nº. 132, the Federal Supreme Court applied the Liberal Theory of Fundamental Rights deciding on the constitutionality of the stable homoafetive union. Therefore, the general objective of this work is to analyze the decision mentioned from the point of view of Fundamental Rights Theories, with emphasis on Liberal Theory. With regard to the specific objectives, it is necessary to examine the vote of the Minister Relator and to investigate the offenses of the national legal order. As for the typology of the research, it is used the

inductive method, being, on the nature, a case study, backed by a documentary-bibliographical jurisprudential analysis.

Keywords: Family. Liberal Theory of Fundamental Rights. Equality. ADI-4277. ADPF-132.