

# O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil e nos Estados Unidos – estudo de caso precedente ADI 4277 (ADPF 132-RJ) e *Perry v. Brown*

*Heliana Maria Coutinho Hess*<sup>1,2</sup>

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** O reconhecimento da união homoafetiva como união estável no Direito brasileiro e casamento civil no Direito norte-americano. 1. ADI 4.277/DF (ADPF 132/RJ). 1.1 Introdução no Brasil. 1.2. Breve Histórico. 2. *Case study* *Perry v. Brown*. 2.1 Introdução nos Estados Unidos. 2.2 Breve Histórico. 3. Comparativo entre os precedentes. 4. Implicações legislativas e jurisprudenciais dos precedentes no Brasil e nos Estados Unidos. Conclusão. Bibliografia.

**Palavras-chave:** união estável e casamento homoafetivos – princípios constitucionais. Precedentes do STF e Corte Federal do 9º circuito dos EUA. Efetivação do direito fundamental.

**Abstract:** Recognition of same-sex partnership as “união estável” in Brazilian Law and as civil marriage in American Law. Precedents in leading cases ADPF 132/RJ and ADI 4.277 of the Federal Supreme Court of Brazil and *Perry v. Brown* in the United States of America. Legislative and jurisprudential implications of the precedents. Conclusion. Bibliography.

**Keywords:** same-sex partnership and marriage – constitutional principles – precedents of the Supreme Federal Court of Brazil and the Ninth Circuit Court of Appeals in the US – upholding of the fundamental rights.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito do Estado pela USP (2005) e Pós-Doutora em Ciência Política pela Unicamp (2008).

<sup>2</sup> Com a colaboração de Rodolfo Mazzini Silveira, estudante da Faculdade de Direito da USP, estagiário de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo e intercambista na Erasmus University Rotterdam, 2014/2015.

## O reconhecimento da união homoafetiva como união estável no Direito brasileiro e casamento civil no Direito norte-americano

### 1. ADI 4.277/DF (ADPF 132/RJ)

#### 1.1. Introdução no Brasil

União Homoafetiva é a designação dada a todo relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, em convivência estável e compartilhando direitos e deveres. A união entre pessoas do mesmo sexo, segundo Cláudia Thomé Toni<sup>3</sup>, é um fato social cada vez mais constante e que deve receber plenamente a proteção do Estado em todos os direitos patrimoniais e pessoais.

A Constituição Federal no artigo 226, § 3º, estabeleceu a proteção do Estado e o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, com a facilidade de converter em casamento. Esse preceito constitucional foi ampliado com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental do Estado do Rio de Janeiro, que discutia direitos decorrentes da união homoafetiva<sup>4</sup> (ADPF nº 132/RJ)<sup>5</sup> e da ADI 4.277 pelo STF em 5.5.2011, com efeito vinculante e erga omnes, conferindo a interpretação conforme a Constituição Federal, estendendo os direitos da união estável à relações homoafetivas.

Como diz Maria Berenice Dias, a discussão sobre o direito da união estável como entidade familiar foi resistida por parte do Judiciário, que afastava o instituto do direito de família, para considerá-lo como um direito de obrigações na esfera cível, por considerá-lo como sociedade de fato e os integrantes como partícipes de relações sem vínculo de afetividade, mas de obrigações e direitos, como numa “empresa

---

<sup>3</sup> *Manual de direitos homossexuais: legislação e jurisprudência*. São Paulo, SRS, 2008. p. 11.

<sup>4</sup> Termo cunhado pela Desembargadora Maria Berenice Dias (Vide DIAS, Maria Berenice entrevistada por Revista Justilex. *Em defesa das mulheres e das uniões homoafetivas*. Revista Justilex, n. 38, Brasília, DF, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-revista-justilex-em-defesa-da-mulher-e-das-uniões-homoafetivas.cont>>. Acesso em: 9 mar. 2016).

<sup>5</sup> Interpretação dos incisos II e V do artigo 19 e incisos I a X do artigo 33, ambos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), sobre limitação de direitos de pessoas homossexuais. Essa ação foi incorporada na ADI 4.277, que abrangia a discussão sobre a interpretação conforme a constituição do artigo 226, § 3º, da CF e artigo 1.713, *caput*, do Código

de natureza humana com natureza trabalhista, pois só via labor onde existia amor.”<sup>6</sup>

Mas ao receber o amparo dos princípios constitucionais, o direito de família modificou-se profundamente e o que antes era hierarquia e discriminação passou a ser concebido de forma mais abrangente possível com pluralidade de conceito de família, que não mais se assenta por contração de matrimônio civil ou religioso formal. O artigo 226, § 3º da CF ao mencionar a união estável formada entre homem e mulher, não exclui o reconhecimento de outras formas de reconhecimento da entidade familiar, seja esta monoparental, homoafetiva, as quais foram recepcionadas por tratados e convenções internacionais. A homossexualidade existe e é um fato que se impõe na sociedade e não cabe mais neste século o estigma do preconceito ou da marginalidade, por fugir aos padrões estereotipados da nossa sociedade, por isso denominar-se de “relações heteroafetivas ou homoafetivas”,<sup>7</sup> baseadas no sentimento de afeto e de assistência mútua, com ou sem prole e aquisição de patrimônio (a Justiça Especializada de Família do Tribunal do Rio Grande do Sul, foi a primeira a reconhecer o direito de herança entre parceiros do mesmo sexo<sup>8</sup>).

A parceria homossexual é um fenômeno histórico que vem sendo reconhecido e atribuído direitos e deveres ao redor do mundo. O início, como relembra Cláudia Toni<sup>9</sup>, de reconhecimento de direitos foi nos países escandinavos: em 1989, na Dinamarca; em 1993, na Noruega, e em 1994, na Suécia. Nos Estados Unidos, já no ano de 1997 ao menos dez estados norte-americanos admitiam união civil homossexual.

## 1.2. Breve histórico

No Brasil, a jurisprudência dos Tribunais dos Estados foi trazendo paulatinamente à discussão os direitos da personalidade e patrimoniais das relações homossexuais.

A evolução dos direitos foi estabelecida por meio de interpretação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo

---

Civil.

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 5.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 7.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 18.

1º, inciso III), da igualdade de tratamento de todos os brasileiros e estrangeiros perante a lei (artigo 5º, *caput*,), e da não discriminação de pessoas ou grupos em diversas áreas (artigo 3º, IV, conjugado com artigo 5º, LXI, LXII, artigo 7º, XXX, artigo 12, artigo 215, *caput* e 226, § 5º da CF).

As leis esparsas, como colaciona Cláudia Toni<sup>10</sup>, começaram a ajustar-se aos princípios constitucionais, reconhecendo direitos de pessoas do mesmo sexo, v.g. a legislação previdenciária federal de benefícios por companheiros (Instrução Normativa 25/2000), e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em Ofício Circular 257/2004, para a condição de dependente do companheiro(a) homossexual, com fins ao recebimento do seguro obrigatório. Em âmbito estadual, as constituições de Alagoas (artigo 2º, §, I) e do Pará (artigo 3º, inciso, IV), e leis ordinária de São Paulo (Lei 10.948/2001), Minas Gerais (Lei 14.179/2002), Rio de Janeiro (Lei 3.406/2002), Piauí (Lei 5.431/2004, Santa Catarina (Lei 12.574/2003), Rio Grande do Sul (Lei 11.872/2002), Distrito Federal (Lei 2.615/2000) e Bahia (Lei 5.275/97), vedam a discriminação por orientação sexual.

Porém, por omissão legislativa do Congresso Nacional, não houve promulgação de Emenda Constitucional para modificar o parágrafo 3º do artigo 226 da CF, com o reconhecimento da união estável dos homossexuais como “entidade familiar”, para fins de proteção estatal.

Ademais, não foram promulgadas as leis infraconstitucionais apresentadas por parlamentares para o reconhecimento dos direitos advindos da união homoafetiva para garantir direitos pessoais e patrimoniais, estendendo-se aos herdeiros. Foi por meio da jurisprudência dos Tribunais Estaduais que esses direitos foram paulatinamente sendo reconhecidos, abrindo o leque para a consolidação do reconhecimento da união estável, que resultou no debate mais intenso do precedente paradigma originado da ADPF 132/RJ em conjunto com a ADI 2.477/2011 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a interpretação conforme à constituição e sistemático-teleológica dos princípios constitucionais culminou com o reconhecimento, em decisão vinculante e *erga omnes*, de direitos fundamentais da união estável homoafetiva.

Segundo o Ministro Barroso, a interpretação conforme à constituição, é um

<sup>9</sup> Op. cit. (nota 1, supra), p. 12.

[...] mecanismo de controle de constitucionalidade [...] que permite ao intérprete, sobretudo o tribunal constitucional preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nesta hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirmo* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição.<sup>11</sup>

Nesse sentido, a novidade no julgamento pelo STF seria a ampla possibilidade de reconhecimento de direitos pelo Estado da união estável homossexual como entidade familiar, ampliando o significado do termo cunhado no artigo 226, § 3º, da CF, para além dos gêneros de “homem e mulher”.

Ressaltam nesse sentido Alexandre Bahia e Paulo Vecchiatti<sup>12</sup> a garantia desses direitos às minorias homossexuais pelo Supremo Tribunal, que supriu a omissão histórica do Legislativo, superando os mecanismos de representação formal dos partidos políticos no Parlamento, os quais deixaram de implementar por longos anos os direitos fundamentais das relações homossexuais.

A omissão legislativa e a ação afirmativa dos precedentes dos Tribunais Estaduais nos muitos casos de reivindicação de direitos dos homossexuais motivou a interpretação analógica e extensiva conforme à constituição para o reconhecimento da entidade familiar da união Homoafetiva.

## 2. *Case study* Perry v. Brown<sup>13</sup>

### 2.1 Introdução nos Estados Unidos

A longa trajetória de luta dos homossexuais buscando o direito ao matrimônio finalmente resultou em uma vitória expressiva. Referimo-nos

<sup>10</sup> Op. cit. (nota 1, supra), p. 20-21.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 301.

<sup>12</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, São Paulo, p. 4, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

ao julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Obergefell v. Hodges*, que reconheceu a obrigatoriedade, por força da Décima Quarta Emenda, de todos os Estados permitirem o casamento de casais homossexuais, bem como reconhecerem os matrimônios legalmente realizados alhures.<sup>14</sup>

Porém, antes dessa decisão paradigmática, houve outras que pavimentaram o caminho rumo à igualdade civil dos casais homoafetivos. No presente, gostaríamos de deitar luz sobre o precedente, que tomamos para análise: *Perry v. Brown*, julgado pela Corte Federal de Apelações do Nono Circuito, em 2012.

Neste, a referida Corte avaliou a constitucionalidade da Proposta n. 8 do Estado da Califórnia<sup>15</sup>, que buscava retirar dos casais homossexuais o matrimônio legal, embora mantivesse a possibilidade de estes constituírem uma parceria doméstica registrada<sup>16</sup>, com os mesmos direitos e deveres, faltante apenas o status do casamento.

## 2.2 Breve histórico

A matéria da constitucionalidade da vedação ao casamento homossexual já havia sido ventilada em 2008, quando a Suprema Corte da Califórnia, no *In re: marriage case*<sup>17</sup>, opinou pela inconstitucionalidade da Proposta n. 22, entre outras provisões, argumentando que o casamento é um direito fundamental, não podendo ser negado a qualquer casal meramente por razões históricas, e que não há interesse estatal em preservar a denominação “casamento” como exclusiva para casais heterossexuais.

<sup>13</sup> United States Court of Appeal, Ninth Circuit, nº 10-16696, D.C. no 3:09 cv.02292-VRW, Feb.07.2012

<sup>14</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015), p. 1.

<sup>15</sup> Na íntegra, “This initiative measure is submitted to the people in accordance with the provisions of Article II, Section 8, of the California Constitution. This initiative measure expressly amends the California Constitution by adding a section thereto; therefore, new provisions proposed to be added are printed in italic type to indicate that they are new. SECTION 1. Title This measure shall be known and may be cited as the “California Marriage Protection Act.” SECTION 2. Section 7.5 is added to Article I of the California Constitution, to read: SEC. 7.5. *Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California.*”

<sup>16</sup> *Registered domestic partnership.*

<sup>17</sup> 43 Cal. 4th 757. O *In re: marriage cases* foi uma opinião conjunta da Suprema Corte da Califórnia a respeito de seis diferentes apelações, todas envolvendo a possibilidade, em face da Constituição da

Assim,

[...] foi surpreendente, mesmo chocante [...], quando seis meses após a decisão da Suprema Corte da Califórnia garantindo o direito de gays e lésbicas ao casamento, os eleitores da Califórnia retiraram esse direito por meio de uma iniciativa popular de emenda à Constituição estadual.<sup>18</sup>

Referimo-nos, é claro, à Proposta n. 8, que foi votada e aprovada pela população californiana, vedando novamente a possibilidade do casamento civil homossexual.

Teve início, então, uma cruzada dos opositores da emenda, que buscaram auxílio de renomados advogados para encontrar um meio de impedir, por via judicial, a efetivação da mudança constitucional<sup>19</sup>. Essa luta levou a *Perry v. Brown*, que é o resultado da conjugação de esforços entre opositores da medida que se mobilizaram para invalidá-la, os autores da ação propriamente dita, bem como dos advogados, todos unidos pela manutenção do direito ao casamento homossexual.

A Corte de Apelações do Nono Circuito, instada a exarar uma opinião sobre a constitucionalidade da emenda, não se afastou das conclusões a que havia chegado a Suprema Corte da Califórnia em *In re: marriage cases*, decidindo “que a Proposta n. 8 é inconstitucional ante a *Due Process Clause* porque nenhum interesse estatal significativo justifica negar aos casais homossexuais o direito fundamental de casar.”<sup>20</sup> Ainda, apontou que a proposta de emenda “viola a *Equal Protection Clause*, porque não há fundamento racional para limitar a denominação de ‘casamento’ a casais heterossexuais.”<sup>21</sup>

O que salta aos olhos é que nenhum direito substantivo é retirado da minoria homossexual pela Proposta n. 8, mas mesmo assim a Corte considera configurada uma grave discriminação contra esse grupo<sup>22</sup>, e

---

Califórnia, da vedação ao casamento homossexual.

<sup>18</sup> BOIES, David; OLSON, Theodore. *Redeeming the dream*. New York: Penguin, 2014. p. 7.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 48-49.

<sup>20</sup> *Perry v. Brown*, p. 18.

<sup>21</sup> *Perry v. Brown*, p. 19.

<sup>22</sup> No dizer do juiz Reinhardt: “Uma lei que não tem qualquer efeito prático exceto retirar de um grupo o direito ao uso de uma designação autorizada pelo estado e socialmente relevante é tanto mais curiosa do que uma lei que imponha maiores mudanças, e gera uma ‘suspeita ainda maior que a

isto porque a denominação “casamento” carrega força e significância que não pode ser alcançada com o emprego de qualquer outro termo; ou seja, é uma palavra que não comporta sinônimos.

Em nenhum momento, porém, os juízes enfrentam a questão que, anos depois, seria discutida na Suprema Corte dos Estados Unidos, qual seja, se há um direito fundamental dos homossexuais ao casamento. Antes, discute-se apenas a constitucionalidade de retirar dos homossexuais o direito ao casamento já conferido previamente.<sup>23</sup>

A Corte, para chegar à decisão pela inconstitucionalidade da proposta de emenda, analisa cada um dos argumentos oferecidos em favor dela, refutando-os à luz da Constituição.

O primeiro argumento trazido é de que o convívio com uma família biológica é melhor para o desenvolvimento das crianças, e que uma das funções do casamento é evitar a “procriação irresponsável”, ficando esvaziado no casamento homossexual. A refuta da Corte aponta que “ambas as partes da argumentação dos proponentes não encontra respaldo na realidade contemplada pela legislação”, não podendo ser considerada racional.<sup>24</sup>

O segundo argumento aduzido pelos proponentes é que a Corte, ao tratar do instituto do casamento, deveria proceder com cautela. A argumentação contrária, neste caso, é simples: falta pertinência com o discutido na Proposta n. 8, uma vez que o direito ao casamento homossexual já havia sido concedido.<sup>25</sup>

O terceiro argumento defendido é que a Proposta n. 8 seria benéfica à liberdade de religião, na medida em que evitaria que as entidades religiosas fossem penalizadas pela recusa de fornecer seus serviços a famílias homossexuais.<sup>26</sup> O raciocínio, entretanto, é claramente dúbio e, ademais, não tem relação com a Proposta, já que esta em nada altera as leis antidiscriminatórias existentes na Califórnia.<sup>27</sup>

O quarto argumento sustenta que, avançando a Proposta n. 8, ficariam as escolas prevenidas de ensinar sobre a homossexualidade. Por óbvio, esse argumento não tem qualquer base racional, de um lado

---

desvantagem imposta, é fruto de animosidade ante a classe de pessoas afetadas.” (p. 46)

<sup>23</sup> *Perry v. Brown*, p. 41-42.

<sup>24</sup> *Perry v. Brown*, p. 60.

<sup>25</sup> *Perry v. Brown*, p. 63.

<sup>26</sup> *Perry v. Brown*, p. 67.

<sup>27</sup> A deficiência na argumentação dos proponentes em defesa da Proposta n. 8 apenas sedimenta, de modo seguro, a conclusão de que a emenda constitucional não avança nenhum interesse relevante

porque não há qualquer obrigação das escolas ensinarem ou deixarem de ensinar sobre casamento homossexual, e de outro, porque continuariam impedidas de emitir juízo de valor sobre a situação. Ademais, de uma perspectiva sociológica, “[a]s escolas ensinam sobre o mundo como ele é; quando o mundo muda, os ensinamentos mudam.”<sup>28</sup>

Por último, recorrem ao argumento de que a emenda teria o efeito de restaurar a definição tradicional do casamento. Acontece que, como observa a Corte, a mera tradição não é suficiente para retirar de alguém um direito previamente conferido; nesse sentido, vale sempre lembrar as sábias palavras de Oliver Wendell Holmes: “É revoltante não ter melhor justificativa para uma norma jurídica senão a que assim era na época de Henrique IV.”<sup>29</sup>

### 3. Comparativo entre os precedentes

Assim nos dias atuais, a reivindicação de direitos sociais perante o Poder Judiciário, no Brasil e nos Estados Unidos, aumentou consideravelmente em políticas públicas porque existe um vácuo no Parlamento e posição consolidada de intervenção e controle do Executivo em matéria de direitos humanos por meio de intervenção judicial.

O protagonismo das Cortes nas modernas democracias neo-constitucionais<sup>30</sup> e a ascensão institucional do Judiciário estão embasadas no novo modelo de interpretação “final e vinculante das normas constitucionais” em todos os níveis de jurisdição.

Por essa razão, a decisão normativa geral e ampla que se empresta à decisão da ADI 2.477 e ADPF 132, ampliando a todos os Estados brasileiros o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, amplia a gama de direitos que lhe são inerentes, com base no princípio da dignidade humana, igualdade de direitos e não discriminação.

Ainda nesse contexto, a judicialização de relações sociais e, mais precisamente, a *judicialização da união homoafetiva*, parte dos princípios éticos e morais nas relações humanas contemporâneas, que são multiculturais, internacionais, espalhados na fluidez da tolerância e da aceitação do outro como um indivíduo.<sup>31</sup>

---

do Estado, sendo fundada única e exclusivamente em interesses discriminatórios.

<sup>28</sup> *Perry v. Brown*, p. 68

<sup>29</sup> The path of law. *Harvard Law Review*, v. 110, p.1001, 1996-1997.

<sup>30</sup> Op. cit. (nota 6) 2009, p. 2.

Essa busca por direitos nos tribunais, principalmente de grupos unidos representados pelos LGBTQs, é algo que se pode observar de forma ampla em todo o mundo, sendo paradigmática. Muitos foram os projetos de Lei de relatoria de Marta Suplicy: Lei 1.151/95 de união civil e direitos das pessoas do mesmo sexo da PEC 139/95, nº 392/2005 e 66/2003 reintrodução ao inciso IV, artigo 3º da proteção contra discriminação por orientação sexual, PL 4.242/4, 3.770/200, 5/2003 e 5.003/2001, que tratam da criminalização da homofobia, reunidas na PLC 122/2006.<sup>32</sup> Porém nenhuma dessas leis foi aprovada por forte colisão de interesses entre as bancadas mais liberais e as conservadoras, que compõem nos últimos dez anos o Congresso Nacional.

Assim, a jurisprudência nos Tribunais Estaduais foi aumentando a gama de direitos em casos concretos, com fundamento na interpretação de princípios e excetuando as questões de interesses e direitos que envolveram as relações homossexuais.

Nessa linha de raciocínio, nos Estados Unidos, desde o primeiro caso, *Goodridge v. Department of Public Health pela Suprema Corte de Massachusetts*<sup>33</sup>, o reconhecimento de direitos dos homossexuais também partiu da jurisprudência das Cortes Estaduais, provocando efeitos dentro do próprio Estado, pelo princípio do federalismo mais rígido do que no Brasil, cuja jurisprudência dos vários Estados serviu como precedente para as demais Cortes embasarem suas decisões.

Os precedentes têm a força de impulsionarem a discussão da constitucionalidade de direitos fundamentais até a mais alta Corte de Justiça, a qual acaba tendo a palavra final para sedimentar o reconhecimento dos direitos de minorias sexuais, no presente caso.

Essa interpretação que vem dos precedentes da jurisprudência ganha mais força sob a ótica de Robert Alexy:

Os precedentes apresentam tanto relevância fática quanto contribuição teórica ao direito, embora não possam ser classificados propriamente como fontes deste, mas aplicação do direito objetivo ao caso concreto. As regras do uso argumentativo de precedentes determinam, para a formulação de sua pretensão de correção, que se deve citar,

<sup>31</sup> Cf. BAUMANN, Zygmunt. *Amor líquido* – sobre a fragilidade dos laços humanos. 2010.

<sup>32</sup> Op. cit. (nota 6, *supra*), p. 6.

sempre que houver precedente a favor ou contra uma decisão (princípio da universalidade, com o mesmo tratamento para iguais ou semelhantes), assumindo a carga da argumentação quem dele quiser se afastar (conjugando os aparentemente contraditórios princípios da inércia e abertura de novas decisões, abertura esta sempre qualificada, não arbitrária, porque vinculada às regras e critérios do discurso jurídico.<sup>34</sup>

Assim, com base nesses precedentes jurisprudenciais, a Corte Constitucional Brasileira e a Corte de Apelações Federais Norte-Americana encontram subsídios para, na primeira Corte, com base na interpretação *conforme a constituição* das regras consonantes ao artigo 226 § 3º da CF e artigo 1.723 do CC., e na segunda, com base na interpretação teleológica da Constituição, do princípio da não restrição da liberdade, sem o devido o processo legal (5ª Emenda) e da igualdade perante a lei (14ª Emenda) afastar qualquer impedimento que pudesse impedir o reconhecimento da união duradoura, pública, legal entre pessoas do mesmo sexo, com entidade familiar ou casamento civil.

Assim, a decisão paradigma da ADPF 132 e ADI 4.277 ressalta no voto do relator Carlos Ayres Brito e dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Melo a proteção da jurisprudência vinculativa e a força do precedente no âmbito dos direitos fundamentais como consequência material da pluralidade de relações nas democracias modernas, afastando a discriminação de grupos e minorias.

O precedente do Rio de Janeiro somou-se à Ação de Declaração de Inconstitucionalidade, numa forma de integração de preceitos e de harmonização de temas, com a publicação do Acórdão na íntegra em 5 de maio de 2011.<sup>35</sup>

Já na parte material do direito e questão de preceito de igualdade e de não discriminação de gênero, ou de afastamento de preconceito (artigo, 3º, IV, CF) quanto à questão de orientação sexual, íntima e de

<sup>33</sup> 2003.

<sup>34</sup> *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.

<sup>35</sup> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com finalidade de conferir “interpretação conforme à Constitui-

cada indivíduo, reforçando a ideia de sociedade multicultural e diversificada por liberdade de personalidade do ser humano, inserida no núcleo duro, imutável da norma constitucional.<sup>36</sup>

O tratamento constitucional a ser dado à matéria em âmbito de entidade familiar de cônjuges hetero e homoafetivos, com direito de constituir a base da sociedade brasileira pelo afeto e convivência mútua pacífica e ajuda patrimonial e pessoal no âmbito doméstico, com base na interpretação teleológica e extensiva do artigo 226, § 3º da CF, família ou entidade familiar como núcleo da sociedade.<sup>37</sup>

O conceito amplo de união estável, abrangendo todo tipo de formação e relação humana, pode ser delineado no propósito da fundamentação nas relações que se estabelecem abertas, sem hierarquia entre os indivíduos, sem estabelecer diferenças dos gêneros e impedimentos matrimoniais civis por anatomia sexual dos pares unidos por sentimento de afeição<sup>38</sup>.

Porém, anotação paralela sobre a divergência de enquadramento sobre união homoafetiva na espécie “família”, na acepção ortodoxa do termo, dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso.<sup>39</sup>

E a forma de interpretação aplicada e os precedentes das ações que serviram como base para o reconhecimento de norma constitucional para Corte Suprema e a aplicação a todos os Estados da Federação e validade de precedente paradigma do direito em todos os órgãos administrativos, legislativo e judiciais do país.<sup>40</sup>

---

ção” ao artigo 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

<sup>36</sup> 2-PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICONTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

<sup>37</sup> 3-TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA.

<sup>38</sup> 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR E “FAMÍLIA”.

<sup>39</sup> 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.

<sup>40</sup> 6. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Por fim, algumas considerações sobre o voto do relator Carlos Ayres Britto que merecem ser ressaltadas.

A primeira é a questão dos precedentes de jurisprudência em todos os Estados e a segurança jurídica e o efeito vinculante da decisão a todos os Entes da Federação, o que motivou a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo reconhecimento da conversão da união estável Homoafetiva em casamento civil, por força do efeito vinculante da decisão do STF:

[...] É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva [...].

O controle concentrado de constitucionalidade em razão da pertinência temática que diz respeito aos institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção, que afetam todos os Estados e suas legislações.

Método de exegese da “interpretação conforme à constituição do dispositivo legal impugnado do artigo 1.723 do Código Civil, para o tratamento que se pretende dar às uniões homoafetivas e suas consequências no mundo jurídico.

---

#### **4. Implicações legislativas e jurisprudenciais dos precedentes no Brasil e nos Estados Unidos**

A partir do estudo dos precedentes foram tomadas importantes medidas de implementação para assegurar na prática os direitos fundamentais afirmados nos julgamentos respectivos.

No Brasil, foi editada a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, com base no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, dispondo sobre o tratamento legal às uniões estáveis constituídas por relações homoafetivas estabelecendo para todas as autoridades, principalmente para os Cartórios de Notas e de Registro Civil de cumprir a determinação judicial, nos termos seguintes<sup>41</sup>:

---

COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.

<sup>41</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_175\\_](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_)

Artigo 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Artigo 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregeador para as PR ovidencias cabíveis.

Portanto, na prática em todo território nacional, houve equiparação de direito dos efeitos civis do matrimônio e da união estável, desde o julgamento do caso paradigma, sem a necessidade de criação de leis regulamentaras para sua formalização.

No caso paradigma norte-americano, a consequência prática foi a revalidação do casamento civil para os casais homossexuais no Estado da Califórnia.

Em nível federal, ainda não havia um posicionamento definitivo para todos os Estados-Membros, sendo que cabia a cada um legislar e adotar medidas de reconhecimento dos direitos dos homossexuais que lhe aproovessem.

O reconhecimento nacional nos Estados Unidos, somente ocorreu em 2015, com o caso *Obergefell v. Hodges*, na Suprema Corte que passou a reconhecer amplamente o direito fundamental sob todos os aspectos do direito material e pessoal do casamento homossexual.

As consequências desse reconhecimento de direitos fundamentais trouxe maior amplitude de debates sobre as múltiplas formas de relacionamento interpessoal, que podem coexistir na sociedade atual e que demandam do Estado uma resposta positiva, como assinala Rodolfo Mazzini Silveira<sup>42</sup> da flexibilização de regras na instituição do instituto do casamento formal. Assina, que o atual reconhecimento da entidade familiar homoafetiva sirva de estímulo para que outros grupos sexuais minoritários, como os poligâmicos, “caso dos Mórmons” e dos “poliamoristas”, reivindiquem o reconhecimento de seus direitos junto às Cortes Superiores.

---

14052013\_16052013105518>.

<sup>42</sup> *What comes after same-sex marriage?* Facing the issue of polyamore. Monografia de final de curso apresentada na Erasmus University Rotterdam – School of Law, Prof. Mr. Dr. Sanne Taekema, 16

## Conclusão

Com este estudo de casos precedentes sobre a temática do reconhecimento dos direitos homoafetivos na sociedade moderna, procurou-se levantar dois casos contemporâneos (2011/2012) no Brasil e nos Estados Unidos, analisando-se o histórico e as linhas argumentativas que foram adotadas nas Cortes de cada país.

O reconhecimento dos direitos patrimoniais e pessoais dos relacionamentos homoafetivos partiu de princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e liberdade de agir, e da não discriminação de opção sexual, conforme estabelecidos nas respectivas Constituições Federais do Brasil e dos Estados Unidos.

Partindo de legislações esparsas nos Estados Membros que reconheçam direitos pessoais e patrimoniais, o Legislativo dos países permanecia omissos no Brasil e refratário nos Estados Unidos (Proposta n. 8).

Nesse contexto político e social, a reivindicação de direitos de grupos homossexuais foi sendo discutida no Judiciário dos Estados-Membros, com consequências de acordo com o Federalismo de cada país. No Brasil, as decisões jurisprudenciais dos Estados serviam de base para o avanço das decisões judiciais; nos Estados Unidos, cada Estado reconhecia por legislação ou Precedente, sem comunicação de efeitos jurisprudenciais.

A partir da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF foi possível a ampla discussão com efeitos vinculantes e gerais para todos os estados com o reconhecimento da união estável dos homoafetivos com entidade familiar para todos os efeitos de direitos. Na prática, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela Resolução 175/2012 regulamentou que as autoridades administrativas e notariais praticassem atos notariais e registros de casamento e direitos patrimoniais e hereditários.

Nos Estados Unidos, a revogação da Proposta n. 8, no Estado da Califórnia, revogou qualquer discriminação e devolveu o direito ao casamento e aos direitos homossexuais, que já eram reconhecidos anteriormente. Este caso contribuiu para o avanço de proteção dos direitos até à Suprema Corte pelo caso de 2015 *Obergefell v. Hodges*, dando reconhecimento erga omnes do direito casamento e suas implicações legais, sob a proteção do Estado

Este estudo pretendeu suscitar novos debates sobre as formas de reconhecimento das relações homoafetivas e suas consequências na sociedade moderna e nas democracias constitucionais.

## Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. ADI N. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido – sobre a fragilidade dos laços humanos*. São Paulo: Zahar, 2010.

BECKER, J. *Forcing the spring: inside the fight for marriage equality*. New York: Penguin, 2014.

BOIES, David; OLSON, Theodore. *Redeeming the dream*. New York: Penguin, 2014.

DIAS, Maria Berenice entrevistada por Revista Justilex. Em defesa das mulheres e das uniões homoafetivas. *Revista Justilex*, n. 38, Brasília, DF, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-revista-justilex-em-defesa-da-mulher-e-das-unioes-homoafetivas.cont>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVEIRA, Rodolfo Mazzini. *What comes after same-sex marriage? Facing the issue of polyamore*. Monografia de final de curso apresentada na Erasmus University Rotterdam – School of Law, Prof. Mr. Dr. Sanne Taekema, 16 páginas, 22/1/2015.

TONI, Claudia Thomé. *Manual de direitos homossexuais: legislação e jurisprudência*. São Paulo: SRS, 2008.

YOSHINO, Kenji. *Speak now: marriage equality on trail*. New York: Penguin, 2015.