

PANÓPTICA

ATIVISMOS JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO HOMOAFETIVO

Dóris de Cássia Alessi

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro, com base na Magna Carta de 1988, assegura tratamento isonômico e igualitário a todos os seus cidadãos. Entretanto, em algumas situações de extrema relevância e dignas de tutela, o legislador omite-se, criando verdadeiras lacunas que precisam ser supridas pelo Poder Judiciário.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo é realidade. Ainda que não disciplinadas expressamente nem na Constituição Federal nem na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica.

Diante da existência desses verdadeiros “vazios legais”, o presente trabalho tem como objetivo analisar o ativismo judicial como fonte dos direitos homoafetivos. Propõe-se um estudo da possibilidade de reconhecimento e garantia de direitos às uniões homoafetivas a partir dos princípios presentes na Constituição Federal e da justiça em sua função criadora do direito.

2. ATIVISMO JUDICIAL

José Augusto Delgado conceitua o ativismo judicial como "uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional¹".

¹ DELGADO, José Augusto. Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr, p.319

O ativismo judicial exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal, mas exige audácia na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, reivindicando, então, para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado preciso aos mesmos, concretizando-os, bem como julgar os atos dos outros poderes que interpretam estes mesmos princípios.

A interpretação da Constituição deve ser feita de maneira a preservar sua unidade e sua maior efetividade, como bem observa Canotilho²:

“O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas[...]princípio designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferis-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.

O estudo da legitimidade democrática no ativismo judicial faz-se cada vez mais relevante, na medida em que o Judiciário, muitas vezes, intervém em políticas públicas que, em princípio, seriam de implementações próprias dos Poderes Legislativo e Executivo.

Elival da Silva Ramos³ dispõe a respeito do Conceito de Ativismo Judicial. Em um primeiro momento, analisa o ativismo e o Direito Comparado, pois será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário. Parte-se da premissa de que é bem mais complicado falar em ativismos judicial nos países que adotam o sistema da common law e relação àqueles que adotam a civil law.

De acordo com René David⁴, na civil law “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”. Já na common law, a decisão tem a caráter vinculativo, no sentido de não ser possível debater questões já decididas e também valor de precedente.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeda, 2003. p. 1223.

³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.104.

⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Brás. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.120.

É imprescindível se ter presente, que no sistema de *commom law* o direito criado a partir de casos julgados interfere na maneira dos juízes e tribunais considerarem o direito legislado. Como afirma Cappelletti⁵, “o direito legislativo é visto em um certo sentido como fonte excepcional do direito”.

Entretanto, afirma ainda Elival⁶:

“não há como se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. O principal argumento é a afirmação de que os tribunais não se comportam como órgão legislador porque estão compelidos a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica”.

Thamy Pogrebinski⁷, combinando aspectos sociopolíticos e jurídicos, considera como juiz ativista aquele que:

“a) use seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites a sua atividade”.

Um dos grandes temas da filosofia do direito, reconhecido inclusive pelos combatentes ao ativismo, é a Hermenêutica, cujas indagações voltam-se ao papel do intérprete diante do texto da lei e em que medida seria legítimo o papel criador do juiz. Várias escolas contribuíram para o desenvolvimento da Teoria da Interpretação, valendo citar o positivismo de Kelsen, o historicismo de Schleiermacher e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Atualmente, reconhece a moderna hermenêutica a existência de uma relação de polaridade-implicação entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser interpretado, de modo a reconhecer a insuficiência do texto e necessidade de integração da norma como condição antecedente a sua aplicação ao caso concreto. Como sintetizado pelo professor Elival da Silva Ramos⁸, ao tratar do processo de interpretação preconizado pela moderna hermenêutica:

“Disso resulta uma dissociação lógico-temporal entre enunciado normativo e norma de decisão, em que o texto é o ponto de partida do processo hermenêutico, que culmina com a formulação da norma concretizada pelo intérprete-aplicador, o qual

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993, p.123.

⁶ Cf. Ativismo Judicial. p.110.

⁷ POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000, p.122.

⁸ Cf. Ativismo Judicial. p.306.

traz para a atividade exegética toda uma carga de pré-compreensões, sendo, de outra parte, influenciado pelas circunstâncias fáticas que lhe incumbe normatizar”.

Trata-se de um tema plenamente presente na realidade fática do Brasil, principalmente com as mudanças desenvolvidas sob a égide da Constituição de 1988. Não são raras as vezes em que o Judiciário, seja por um juiz de primeira instância, seja por um ministro do mais elevado Tribunal, é chamado para decidir sobre temas que ainda não estão bem definidos no consenso social geral, referentes às mais diversas questões.

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa⁹.

Outro exemplo, agora de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição: o caso da verticalização¹⁰. O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea. É possível incluir nessa mesma categoria a declaração de inconstitucionalidade das normas legais que estabeleçam cláusula de barreira, isto é, limitações ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não preenchessem requisitos mínimos de desempenho eleitoral.

⁹BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

¹⁰ SOUZA, Cláudio Pereira Neto, Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685, Interesse público 37, 2006.

Por fim, na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Caio Mario da Silva Pereira, após reconhecer que a função do Poder Judiciário não é formular regras, mas aplicá-las, atribui ao julgador um papel atualizador da lei, adaptando-a às transformações sociais e econômicas, concluindo:

“Nesse sentido, é irrecusável que jurisprudência atua como força científica, induzindo até o legislador a elaborar novas normas de disciplina e de solução de problemas que repercutem no pretório antes de nas assembléias legislativas”¹¹, como ocorrido no caso da união estável, por exemplo.

Ricardo Vieira Carvalho Fernandes¹², em seu artigo “Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira”, consegue de forma clara e objetiva demonstrar o que vem a ser o ativismo no Brasil. Conceitua:

“Ativismo judicial é uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional)”.

O aspecto jurisdicional refere-se à inovação no sistema jurídico por meio da interpretação de normas jurídicas extraída diretamente da Constituição – dos seus princípios ou regras – sem a existência de alguma intermediação legislativa. Ou seja, é criação de direito pelo Poder Judiciário em sua atividade típica, que não se limite à produção da norma jurídica individual e concreta (sentença, acórdão ou decisão).

¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, vol I.20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 58.

¹²<http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira?page=11>. Acesso 08/11/2010.

Importante lembrar dos possíveis riscos que o ativismo pode acarretar. Daniel Sarmento¹³ é um dos doutrinadores de destaque na tentativa de identificar limites ao ativismo judicial: os riscos para a democracia em face da judicialização excessiva da vida social, o perigo da jurisprudência calcada em metodologia muito aberta, problemas que podem advir do excesso na constitucionalização do Direito para a autonomia privada, entre outros.

3. RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Amparadas pelos princípios constitucionais, as uniões homoafetivas ganharam relevo a partir do momento em que o obsoleto modelo patriarcal e hierarquizado de família cedeu lugar a um novo modelo fundado no afeto. A propósito, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas pelo amor, respeito e comunhão de vida preenchem os requisitos previstos na Constituição Federal em vigor, quanto ao reconhecimento da entidade familiar, na medida em que consagrou a afetividade como valor jurídico¹⁴.

Enquadrar hoje as uniões homoafetivas dentro do âmbito da família é mais do que uma questão constitucional, trata-se de uma postura ética. Como bem alerta Dias¹⁵,

“Ao contrário do que se pensa, considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade e deixar de ser marginalizadas”

O debate mais caloroso quanto à inclusão das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo no conceito de família gira em torno do art. 226 da Constituição Federal. Se por um lado é certo que não há previsão constitucional expressa nesse sentido, por outro, também é correto dizer que é por meio de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição que se irá inferir tal conclusão.

¹³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. in QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 288-300.

¹⁴ FONTANELLA, Patrícia. União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do Garantismo Jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 82-83.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito & a justiça. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

De fato, não há no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de normas específicas a regular as uniões homoafetivas e os efeitos que dela decorrem. Trata-se, segundo Jenczak¹⁶, de “um direito novo a exigir posituação, para o que é indispensável a cooperação interdisciplinar de todos os políticos do Direito”. O autor enfatiza que, a exemplo do que ocorreu em outros países, essa legislação só será formalizada se houver um trabalho interdisciplinar.

Fachin¹⁷, ao discorrer sobre o silêncio do Código Civil de 2002, com relação às uniões homoafetivas e seu caráter excludente, adverte que “os fora dessa lei não estão fora da lei quando é de outra lei que se trata”, ensejando uma remissão à Constituição Federal.

Diante da ausência de norma especial reguladora, sobressai uma corrente doutrinária que defende a inclusão das uniões homoafetivas dentro do conceito de entidade familiar por meio da analogia ao instituto da união estável, prevista no art. 226, §3º da Constituição Federal.

O Tribunal de Justiça gaúcho foi pioneiro no reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas (“Neologismo cunhado com brilhantismo pela Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS”, nos termos do Ministro Humberto Gomes de Barros, no REsp 238.715/RS). Em densos e extensos votos, discorrendo sobre aspectos jurídicos, psicológicos, históricos e antropológicos, os julgadores gaúchos foram sedimentando o que seria pioneiro no país.

A respeito desse assunto expõe Sumaya Saady Morhy Pereira¹⁸:

“A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul parecia trilhar por caminho coerente: reconheceu a competência das varas de família para julgar questões referentes a uniões de pessoas do mesmo sexo (o que já pressupunha o reconhecimento da natureza familiar dessas uniões) e também reconheceu às uniões homossexuais os mesmos efeitos patrimoniais inerentes às demais relações familiares de maneira geral. As decisões do Tribunal gaúcho reconheceram a possibilidade de se estender indistintamente a homens a mulheres, independentemente de sua orientação sexual, o direito de constituir família, garantindo nas relações familiares entre pessoas do mesmo sexo eficácia (indireta) aos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade, a partir da vinculação dos julgadores a esses direitos fundamentais na interpretação e aplicação do direito privado”.

¹⁶ JENCZAK, Dionísio. ANDRADE, Paulo Henrique Horn. Aspectos das Relações Homoafetivas à Luz dos Princípios Constitucionais. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.103.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: Direito de Família Contemporâneo e os novos direitos. Coord. OLMO, Florisbal de Souza Del’, ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Col. MATTOS, Adherbal Meira, [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-92.

¹⁸ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos fundamentais e relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 165.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio¹⁹ demonstrou possuir igual entendimento: "Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal).

Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. (...) ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual."

Em razão do recurso à analogia, os critérios para a caracterização da união estável homoafetiva apontam para a aceitação dos mesmos exigidos para a união estável. O que se tem hoje como certo em matéria de reconhecimento de união estável, seja entre pessoas de sexos opostos, seja entre pessoas do mesmo sexo, é a necessidade de demonstração quanto a ocorrência de: "a) uma relação em que seus membros convivam um com o outro, isto é, estabeleçam uma comunhão estreita de vida e de interesses, ainda que não haja coabitação entre eles; b) que esta relação seja duradoura, contínua e perdure por um período de tempo que revele estabilidade e interesse na constituição de família; c) que esta relação seja igualmente pública, ou seja, de conhecimento notório e inequívoco das pessoas que integram o círculo de relações dos companheiros; e, sobretudo, d) que por meio da união estabelecida, os conviventes tenham o objetivo de constituição de família, que "se revela pelo comportamento social à moda de casados e uma gama de elementos variáveis, como a frequência a lugares públicos, a participação em reuniões, festividades e compromissos familiares, a situação de dependência de um dos companheiros, as viagens em conjunto, a colaboração nas empreitadas de interesse comum, a abertura de contas bancárias conjuntas, a existência de filhos em comum, o tratamento dispensado por parentes, conhecidos e amigos, a aquisição de bens em condomínio etc."²⁰.

Desde que presentes esses requisitos e comprovada a inexistência de relações matrimoniais por ambos os conviventes, estará caracterizada a união estável e a ela poderão ser concedidos todos os efeitos legais dela decorrentes, inclusive aqueles de natureza sucessória.

¹⁹ DJ 20/02/2003, pág. 24. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

²⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: RT, 2002, p.156.

Neste ponto, deve-se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 820.475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 02/09/2008, DJe 06/10/2008, assentou expressamente a possibilidade jurídica do pedido formulação em ação declaratória para o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo. Na oportunidade, assentou-se que: "A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada

Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador".

Ademais, Maria Berenice Dias, citada por Maria Cláudia Cairo²¹ observa novo argumento de interpretação do § 4º do art. 226, comparando a União Homoafetiva à união estável e assim salienta,

"não há, portanto, como deixar de visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. O adjunto adverbial de adição 'também' utilizado no § 4º do art. 226 da CF, é uma conjunção aditiva, a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar. Só as normas que restringem direitos têm de ter interpretação de exclusão."

E continua afirmando que:

²¹ CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. *Unões homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva Civil - Constitucional*. Disponível em Acesso em 02/04/2008.

"nada justifica o estabelecimento da distinção de sexos como condição para a identificação da união estável. Dita desequiparação, arbitrária e aleatória, estabelece exigência nitidamente discriminatória. Frente à abertura conceitual levada a efeito pelo próprio legislador constituinte, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por consequência, de todo descabido a ressalva feita no sentido de só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos."

Recentemente, a jurisprudência tem decidido no mesmo sentido: Rio Grande do Sul – APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELO DA SUCESSÃO. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. (TJRS, 8.^a C.Cív. AC 70035804772, rel. Des. Rui Portanova, j. 10.06.2010).

A Constituição Federal tem como regra maior o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o seu art. 1º, inc. III, que serve de norte ao sistema jurídico. Tal valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei, como bem explícita Konrad Hesse²²: “o fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito”.

4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ATIVISMO JUDICIAL

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelece que todos são merecedores de igual proteção de sua dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas.

²² HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

Ingo Wolfgang Sarlet²³ propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”.

Para Luís Roberto Barroso²⁴, dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.

A idéia da existência de um valor intrínseco da pessoa não é recente, e certamente Kant²⁵ é um de seus mais bem sucedidos expositores. Ele concebe a dignidade da pessoa como parte da autonomia ética e da natureza racional do ser humano. Para ele, o homem existe como um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser tratado como objeto.

A dignidade da pessoa humana tem uma dupla dimensão. Por um lado, constitui expressão da autonomia da pessoa, ou seja, é vista como algo inerente ao ser humano, que não pode ser alienado ou perdido, representando um limite à atuação do Estado e da comunidade (dimensão defensiva). De outra parte, também é algo que necessita da proteção por parte da comunidade e do Estado (dimensão protetiva, assistencial, prestacional). Assim, se a pessoa tem demência, a dimensão assistencial e protetiva da dignidade prevalecem sobre a dimensão autonômica. Portanto, pode-se afirmar que o Estado não apenas deve respeitar a dignidade da pessoa humana, que serve de limite à sua atuação, mas também tem o dever de promover essa dignidade e, para isso, deve gerar inclusão social²⁶.

Na lição de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti²⁷,

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

²⁵ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45.

²⁷ VECCHIATTO, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade. São Paulo: Método, 2008. p. 313

a reprovação do Estado ao amor homoafetivo, o que é incompatível com o direito de respeito à dignidade, necessariamente implica em desrespeito à liberdade de envolvimento afetivo com quem se quiser, sem que isso seja motivo para se menosprezar jurídica ou socialmente.

A sexualidade, aqui compreendida no aspecto da orientação sexual e das condutas sexuais do indivíduo, se consubstancia como um alicerce essencial para o livre desenvolvimento dessa individualidade e da própria personalidade de cada qual. A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual do indivíduo é direta, na medida em que a proteção dos traços formadores de cada um inclui a sua opção sexual e, por conseguinte, o seu respeito e a sua proteção pela sociedade e, evidentemente, pela ordem jurídica em vigor.

O Professor Rizzatto Nunes²⁸ ensina que

"a dignidade nasce com a pessoa, é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo o que o compõe tem que ser respeitado", concluindo que: "a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa".

A dignidade da pessoa humana não é apenas uma palavra com conotação ética, ela também expressa "o elemento que qualifica e completa o ser humano e dele não pode ser destacado", ou seja, aquilo que "assegura ao indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais²⁹".

No escólio de Rodrigo da Cunha Pereira³⁰, "A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana." E conforme o exposto, o "sentido do Princípio da Dignidade Humana só se torna efetivo, quando se verifica na Constituição de 1988, o poder atribuído a cada cidadão de se realizar plenamente em sua personalidade".

²⁸ NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

²⁹ BORGES, Rosângela Mara Sartori. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da Não-Discriminação. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Método, 2008. p. 229-242.

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106.

Segundo Dworkin³¹, a dignidade humana é constituída por duas dimensões, cada uma delas ressaltando um aspecto ético fundamental para a realização do ser humano enquanto pessoa moral. A primeira dimensão, à qual Dworkin denomina de “princípio do valor intrínseco da vida humana”, significa que “o sucesso ou derrocada de qualquer vida humana é, por si só, importante, algo que todos nós temos razão para querer ou lastimar”. Todo indivíduo, portanto, conforme já afirmava Kant, é um fim em si mesmo, ou seja, a vida humana possui um valor intrínseco e é insubstituível³².

Decorre dessa primeira dimensão da dignidade humana que, uma vez que o ser humano é um fim em si mesmo, isso significa que somente o homem é capaz de viver segundo leis que ele mesmo elabora. Ou seja: o homem caracteriza-se pela sua responsabilidade, pela autodeterminação, pela autonomia da vontade. E é exatamente esta a segunda dimensão da dignidade humana, que, nas palavras de Dworkin, é o “princípio da responsabilidade pessoal”, segundo o qual “cada pessoa tem uma responsabilidade especial pela realização do sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui o exercício do julgamento acerca de qual vida será a de maior sucesso para ele.”

A dignidade humana, expressa na Constituição da República no artigo 1.º, inciso III, deve ser compreendida como um direito e um dever: um direito a igual direito e consideração, dada a essencialidade da vida humana para cada indivíduo em uma sociedade democrática, e um dever à otimização da vida humana, usufruindo do exercício da responsabilidade individual.

Luis Edson Fachin³³, de forma salutar expôs uma nova concepção de família, que baseada no afeto, perpassa pela Dignidade da Pessoa Humana e o respeito à sua Liberdade e, por sua vez, constituem os fundamentos sólidos e inequívocos da família contemporânea. Assim relata: “com efeito, é por meio da dignidade da pessoa humana, alicerce concreto do direito fundamental à liberdade, neste incluso o direito subjetivo à liberdade de orientação sexual, que a nova concepção de família será gestada.”

³¹ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006, p.10.

³² COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2.ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 297.

³³ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A Constituição Federal veda veementemente qualquer tipo de discriminação. Confere igualdade de qualquer natureza, inclusive igualdade "sem distinção de sexo e de orientação sexual". José Afonso da Silva³⁴ salienta "a questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem".

Nas palavras de Maria Berenice Dias³⁵,

"qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal, não se podendo subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições de direitos servindo de fortalecimento a estigmas sociais e causando sofrimento a muitos seres humanos".

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais atualmente decidiu nesse sentido: DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA – ART. 226, § 3º, DA CF/88 – UNIÃO ESTÁVEL – ANALOGIA – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – VERIFICAÇÃO – Inexistindo na legislação lei específica sobre a união homoafetiva e seus efeitos civis, não há que se falar em análise isolada e restritiva do art. 226, § 3º, da CF/88, devendo-se utilizar, por analogia, o conceito de união estável disposto no art. 1.723 do Código Civil/2002, a ser aplicado em consonância com os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput e inc. I, da Carta Magna) e da dignidade humana (art. 1º, inc. III, c/c art. 5º, inc. X, todos da CF/88). TJMG AC 1.0024.09.484555-9/001, rel. Des. Elias Camilo, p. 20/04/2010.

A Advocacia-Geral da União reconheceu no dia 04/06/10 que a união homoafetiva estável dá direito ao recebimento de benefícios previdenciários³⁶. Segundo a AGU, o principal motivo para a interpretação é a Constituição Federal, que não impede a união estável de pessoas do mesmo

³⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. União homossexual : aspectos sociais e jurídicos. Disponível em Acesso em 01/04/2008.

³⁶Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2220803/uniao-homoafetiva-e-reconhecida-pela-agu>, acesso em 17/07/10.

sexo, por não ser discriminatória. Pelo contrário, garante a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a intimidade e proíbe qualquer discriminação, seja de sexo, raça, e orientação sexual. Assim, não poderiam normas infraconstitucionais violar direitos fundamentais expressos em seu texto. O parecer é válido apenas para os trabalhadores do setor privado. "Numa interpretação sistemática da Constituição da República é possível verificar que o que se pretende é justamente proteger a liberdade de opção da pessoa", ressaltou o advogado da União, Rogério Marcos de Jesus Santos, responsável pela autoria do documento.

No dia 03/08/10, foi publicada Instrução Normativa da Receita Federal, o Parecer 1.503/2010³⁷ que dá direito à inclusão do companheiro na declaração do Imposto de Renda (IR) dos casais do mesmo sexo que têm união estável há dez anos. De acordo com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a decisão significa equiparar a união homoafetiva ao casamento e à união heterossexual. Os casais que se enquadram na situação poderão ainda retificar as últimas cinco declarações entregues.

No sentido acima exposto, percebe-se que enquanto o texto da lei mantém-se com lacunas frente a existência das relações homoafetivas, o ordenamento jurídico vale-se da analogia e dos costumes para fundamentar decisões que não se enquadram na concepção textual. A sociedade vem a passos largos efetivando modificações, uma vez que vive a realidade cotidiana e por isso almeja as criações e transformações culturais.

O ativismo judicial surge justamente quando aplicado com senso de justiça, quando o julgador verifica que a lei tende a produzir uma decisão injusta ou atentatória aos princípios constitucionais, principalmente o da Dignidade da Pessoa Humana.

Na ausência de dispositivos legais específicos, que visem assegurar a garantia dos direitos fundamentais condizentes com a diversidade sexual existente, cabe aos juizes e aos tribunais inovar e resguardar tais direitos amplamente violados.

A compreensão atual de alguns setores tradicionalmente excluídos da sociedade de que o direito se apresenta como uma forma de luta por uma sociedade mais justa é uma das facetas do

³⁷ Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>, acesso em 15/08/2010.

ativismo. Justamente aqui encontramos a ferramenta para luta no reconhecimento dos direitos homoafetivos.

Nesse sentido, o ativismo judicial vem a ser o exercício da função jurisdicional para além dos limites que incumbe institucionalmente ao poder judiciário, resolvendo litígios de feições subjetivas e controvérsias jurídicas de natureza objetiva. Ou seja, sendo fonte para satisfação dos direitos homoafetivos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal assegura já em seu preâmbulo, "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)". O respeito à dignidade da pessoa humana é a base do Estado Democrático de Direito, sendo a igualdade o princípio mais reiteradamente invocado na nossa Carta Magna.

De modo expreso, é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. A Constituição Federal brasileira tem como núcleo do atual sistema jurídico o respeito à dignidade humana, atentando aos princípios da liberdade e da igualdade.

A proibição da discriminação sexual alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito à livre orientação sexual. Uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, não pode conviver com tão cruel discriminação, quando a palavra de ordem é a cidadania.

Nessa linha, Maria Berenice Dias³⁸:

"O art. 5º da Carta Constitucional, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, consagra: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Garante o mesmo dispositivo, modo expreso, o direito à liberdade e à igualdade. Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade. Pouco vale afirmar a

³⁸DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à homoafetividade. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 06/05/2010.

igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito”.

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra, em norma pétreia, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Na lição de Luís Roberto Barroso³⁹, “as uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação”.

A valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do estado democrático de direito não pode chancelar qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais, repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual do indivíduo, não se podendo admitir desrespeito ou prejuízo em função de sua orientação sexual.

De acordo com Elival da Silva Ramos⁴⁰,

“o ativismo judicial surge justamente para proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados”

O ativismo judicial exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal, mas exige audácia na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, reivindicando, então, para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado preciso aos mesmos, concretizando-os, bem como julgar os atos dos outros poderes que interpretam estes mesmos princípios.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mais iguais: O reconhecimento jurídico da uniões homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso 25/06/2010.

⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.110.

Quando há omissão do Legislativo, é justo e necessário que o Judiciário aplique a Constituição Federal a uma situação, ainda que esta não esteja expressamente contemplada no texto constitucional e independente do legislador ordinário.

Esse ativismo é a expressão do crescimento da democracia global e do primado da liberdade, vale dizer, o caminho da transparência.

Luís Roberto Barroso⁴¹:

“Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Havendo, porém, lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.”

6 REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000.

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. Revista Jurídica. Porto Alegre, Ano 53, n. 331.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Temas de direito constitucional, tomo IV. In: Resenha. Rio de Janeiro: 2009.

_____. Diferentes mais iguais: O reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso 25/06/2010.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Temas de direito constitucional, tomo IV. In: Resenha. Rio de Janeiro: 2009, p. 21

BORGES, Rosângela Mara Sartori. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da Não-Discriminação. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Método, 2008. p. 229-242.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almeda, 2003.

CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. Uniões homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva Civil - Constitucional. Disponível em Acesso em 02/04/2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. 2.^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2. ed. Brás. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva, o preconceito e a justiça. 4^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. Disponível em Acesso em 01/04/2008.

_____. Direito fundamental à homoafetividade. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 06/05/2010.

DELGADO, José Augusto. Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.

DWORKIN, Ronald. Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate. Oxford: Princeton University Press, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família*. In: *Direito de Família Contemporâneo e os novos direitos*. Coord. OLMO, Florisbal de Souza Del', ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Col. MATTOS, Adherbal Meira, [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FONTANELLA, Patrícia. *União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

GERBASE, Ana Brusolo. *O Reconhecimento das Uniões Homoafetivas dentro do Direito de Família Brasileiro*. Disponível em <http://www.arpensp.org.br>. Acesso em 10/05/10.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JENCZAK, Dionísio. ANDRADE, Paulo Henrique Horn. *Aspectos das Relações Homoafetivas à Luz dos Princípios Constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos fundamentais e relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Cláudio Pereira Neto, *Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685, Interesse público 37*.

VECCHIATTO, Paulo Roberto Iotti. *Manuel da Homoafetividade*. São Paulo: Método, 2008.

Dóris de Cássia Alessi

Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Interdições e Tutelas da Sede da Comarca de Dracena-SP. Mestranda em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM
E-mail: doris.alessi@gmail.com

[Recebido em 10-01-2011]

[Aprovado em 02-02-2011]

Artigo submetido a double blind peer review.