

A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

THE IMPLEMENTATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY IN HOMOAFETIVAS UNIONS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE THEORY IN STRUCTURING FRIEDRICH MÜLLER

*Karla Cristine Reginato*⁹

*Andy Portella Battezzini*¹⁰

RESUMO: O presente artigo expõe o tema relativo ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, face ao princípio da igualdade constitucionalmente positivado – fundamentando-se na Teoria pós-positivista de Friedrich Müller. Objetiva-se identificar a compatibilidade da metódica mülleriana com o tema proposto; apresentar a atuação do princípio constitucional da igualdade nesse cenário, demonstrando o caráter estrutural do sistema constitucional brasileiro; evidenciar o posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal nas questões que envolvem este direito. Proceder-se-á dessa forma, de modo a responder se há, efetivamente, compatibilidade entre a teoria por Müller defendida e o modelo brasileiro constitucional, tomando-se como base o princípio da igualdade – conferindo-se a hipótese ventilada - resposta positiva. Na realização deste estudo utilizar-se-á o método indutivo pela investigação bibliográfica de doutrinas, legislação e jurisprudência. Inicialmente, faz-se breve abordagem relativa ao novo conceito de família, e procede-se a apresentação da Teoria Estruturante do Direito de Müller, para, ao final, perquirir acerca da colocação do princípio da igualdade dentro da teoria supramencionada, compatibilizando-a, por conseguinte, ao modelo constitucional brasileiro, de modo a conferir efetividade ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Palavras-chave: União homoafetiva. Igualdade. Teoria Estruturante do Direito.

⁹Advogada. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes-Anhanguera Uniderp. Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu/Mestrado em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional/IMED. Endereço: Rua Padre Germano Classen, 28, Centro, David Canabarro/RS CEP: 99980-000. karlacreginato@hotmail.com.

¹⁰Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2013). É Pós Graduada em Direito Tributário pela LFG - Anhanguera (2014), Pós Graduada em Gestão de Pessoas pela Anhanguera - UNIDERP (2015). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor, Direito Civil e Direito Tributário. , Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu/Mestrado em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional/IMED. Endereço: Rua Capitão Eleutério, 680, ap.603, Centro, Passo Fundo/RS CEP: 99010-060. andy_battezzini@hotmail.com.

ABSTRACT: This paper presents the question of the recognition of homoafetivas unions as family entities, based on post-positivist theory of Friedrich Müller. The objective is to identify the compatibility of Müllerian methodical with the theme; present the work of the constitutional principle of equality in this scenario, demonstrating the structural nature of the Brazilian constitutional system; highlight the position taken by the Supreme Court on issues involving this right. It will be take such action, in order to respond if there is, effectively, compatibility between theory by Müller and defended the constitutional Brazilian model, taking as a basis the principle of equality - giving up the vented positive response hypothesis. In this study will be used the inductive method, the bibliographical research doctrine, legislation and jurisprudence. Initially, it is soon approach the new concept of family, and proceeds to the presentation of the Structuring Theory Müller of law, for in the end, to assert about the placement of the principle of equality within the above theory, aligning it, therefore, the Brazilian constitutional model, in order to give effect to the recognition of homosexual union as a family entity.

Keywords: homosexual Union. Equality. Structuring Theory of Law.

1 INTRODUÇÃO

A problemática envolvendo o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar é causa de grandes dissensões. O conceito tradicional de família, ainda muito arraigado no cotidiano das instituições, gera significativa dificuldade em se conferir igual tratamento àquele atribuído às uniões heteroafetivas. O princípio da igualdade, nessa medida, é instrumento hábil à garantia desse direito, orientado sob a perspectiva da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller.

A Teoria Estruturante do Direito, doutrina moderna, pós-positivista, entabulada pelo jurista alemão Müller compõe uma ideia de conjugação de elementos no intuito de se criar a norma de decisão. Aludida norma seria construída a partir do caso posto, consideradas as suas particularidades, e, especificamente, para este, de modo a lhe conferir julgamento mais adequado.

O estudo de Müller se contrapõe totalmente aos velhos ditames positivistas clássicos que contemplavam a lei positivada como a solução pronta e definitiva para quaisquer conflitos jurídicos. Em esfera totalmente oposta concebe a necessidade de se aferir a realidade fática juntamente com o texto legal. Trata-se da análise do âmbito da norma e do programa da norma, respectivamente, - conceitos oriundos da Teoria por Müller criada.

Nesse cenário, a questão relativa ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, é tema que não se encontra amparado pelo programa da norma, ao passo que, não há previsão expressa de ordem constitucional, tampouco infraconstitucional. No que toca ao âmbito norma, no entanto, denota-se tratar-se de reivindicação social presente fortemente nos dias atuais.

Dessa forma, não obstante não haver mencionada previsão no aparato legislativo brasileiro, há que se considerar a positivação, inclusive de status constitucional, do princípio da igualdade. Isto porque, trata-se de ditame constitucional dotado de normatividade, autoaplicável, e que determina a vedação de quaisquer discriminações, dentre elas àquela concernente ao sexo. Nessa medida, tendo em vista a proposta da Constituição vigente com vistas a efetivar, em maior extensão possível, os direitos e garantias fundamentais nela contidos, entende-se como plenamente possível a adequação do tema em apreço no programa da norma fundamentada no princípio da igualdade.

O entendimento aqui defendido contempla o ordenamento jurídico como um sistema, hierarquicamente escalonado, em que a Carta de 1988 ocupa o mais elevado patamar, o que, por conseguinte, impõe sejam as normas infraconstitucionais a ela subordinadas. Nesse contexto, e considerada a teoria mülleriana que traz em seu bojo a ideia de que o âmbito normativo é elemento constitutivo da norma de decisão, não se pode desconsiderar a questão aqui em exame, verdadeira reivindicação social.

Nesse sentido, as informações introdutórias aqui expostas confirmam o tema proposto por este artigo acadêmico – perquirir acerca da concretização do princípio constitucional da igualdade nas uniões homoafetivas sob a perspectiva da Teoria Estruturante de Friedrich Müller. A questão proposta se justifica, ao passo que retrata situação atual e causadora de impasses de grande proporção. Reflete, ainda, uma necessidade de regulamentação, eis que surte efeitos em diferentes esferas da vida civil.

Objetiva-se identificar a compatibilidade da tese de Müller com o momento social vivido; apresentar a aplicação do princípio da igualdade como forma de se suprir a necessária regulamentação legal; demonstrar a consonância do entendimento com a jurisprudência dominante e, por fim tecer contornos específicos, de modo a responder, com maior probabilidade, a uma hipótese afirmativa.

Proceder-se-á, dessa forma, primeiramente na delimitação de um conceito de família, ultrapassando-se a visão clássica restritiva. Em um segundo momento, o estudo

se detém a apresentar a teoria mülleriana e, por conseguinte, sua compatibilidade com o sistema brasileiro. Por derradeiro, pretende-se demonstrar a possibilidade real de se valer do princípio da igualdade como ferramenta concretizadora do direito ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar sob a ótica da Teoria Estruturante.

Importa mencionar, ainda, que a confecção do presente ensaio valeu-se do método indutivo¹¹, e, no que toca ao instrumento procedimental, de investigação bibliográfica¹² acerca da doutrina, legislação e jurisprudência oriunda da Corte Maior.

2 UNIÃO HOMOAFETIVA: UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

A legislação brasileira, de ordem constitucional e infraconstitucional, no que toca à regulamentação da vida civil nos âmbitos do casamento e da união estável, apresenta um cenário composto pela família vista sob uma ótica tradicional – homem e mulher. No entanto, referida visão tradicional é, também - considerados os ditames constantes da Carta da República - desigual.

A família composta pelo homem, sua mulher e os filhos retratada nos diplomas constitucionais¹³ e de hierarquia inferior¹⁴, não mais se coaduna com a realidade dos dias atuais¹⁵.

As uniões homoafetivas, em verdade, refletem realidade remota¹⁶, mas que, no entanto, não era revelada, tampouco discutida. Hodiernamente, contudo, aludida tese apresenta maior intensidade de debates, eis que, carente de regulamentação legal.

¹¹ (...) base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

¹² (...) técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, 2011, p. 207.

¹³ Art. 226 CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁴ Art. 1.723 CCB. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹⁵ O conceito de família mudou e os relacionamentos homossexuais – que passaram a ser chamados de uniões homoafetivas – foram, pouco a pouco, adquirindo visibilidade. DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direito homoafetivo*. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/upload/52-homoafetividade-e-direito-homoafetivo.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2015. P.01.

¹⁶ Sobre: A tendência de engessamento dos vínculos afetivos sempre existiu, variando segundo valores culturais e, principalmente, influências religiosas dominantes em cada época. No mundo ocidental, tanto o

Nesse sentido, em atenção à relevância apresentada, aludido tema chegou a mais alta corte de jurisdição, tendo o Supremo Tribunal Federal – STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277¹⁷ e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132¹⁸ se posicionado favoravelmente ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Veja-se, nessa medida, relato sucinto¹⁹ das decisões mencionadas: em apreciação dos casos o ministro Ayres Brito assevera que o art. 3º, inciso IV da Carta Maior *veda* qualquer discriminação motivada em razão de sexo, raça ou cor e que, diante disso, ninguém pode vir a sofrer discriminação ou diminuição em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”. Nessa medida, qualquer interpretação desconforme colide com o mandamento constitucional constante do art. 3º, IV.

Os demais ministros – Fux, Lewandowski, Barbosa, Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Peluso, assim como as ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie, ao acompanhar o voto do relator, entenderam, pela *exclusão* de qualquer interpretação do art. 1.723 do CC tendente a impedir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

As decisões colacionadas revelam os novos contornos atribuídos à concepção de entidade familiar. Não mais, apenas, homem e mulher compõem a definição do termo *família*.²⁰ Reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, casais homossexuais possuem, dessa forma, idênticos direitos conferidos às uniões heterossexuais nas diferentes áreas em que surtem efeitos.

Estado como a Igreja sempre buscaram limitar o exercício da sexualidade ao casamento. A família, consagrada pela lei, tinha um modelo conservador: entidade matrimonial, patriarcal, patrimonial, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual. O vínculo que nascia da livre vontade dos nubentes era mantido, independente e até contra a vontade dos cônjuges. Ora identificado como uma instituição, ora nominado como contrato, o casamento ainda é considerado a base da sociedade. Daí a excessiva intervenção estatal para impedir sua dissolução. A sacralização do casamento, e a tentativa de sua manutenção como única estrutura de convívio lícita e digna de aceitação, fez com que os relacionamentos chamados de marginais ou ilegítimos, por fugirem do molde legal, não fossem reconhecidos, sujeitando seus atores a severas sanções. DIAS, Maria Berenice. P. 01.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver>>. Acesso em: 09 dez 2015.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver>>. Acesso em: 09 dez 2015.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 09 dez 2015.

²⁰ A discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual. RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº 6, dez. 1998.

Veja-se que a Corte Suprema²¹ enfatiza o posicionamento firmado nos julgados no sentido de estender também às relações entre pessoas do mesmo sexo o conceito atribuído às famílias. Denota-se, assim, uma interpretação que se coaduna à realidade social apresentada, direcionada à análise dos princípios, sobretudo, o princípio da igualdade²².

Essa interpretação que considera não somente a norma, mas esta conjugada ao fato social presente no caso concreto revela, com clareza, sua adequação nos moldes da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. A reunião dos elementos norma/realidade preceituados na teoria de Müller se faz perceptível nos termos das decisões.

Nesse contexto, e, tendo a convicção de que os breves argumentos aqui apresentados acerca do conceito de família jamais exaurem o tema, passa-se, ao estudo do princípio da igualdade como elemento constitutivo da concreção do direito em comento, aliado à aplicação da Teoria Estruturante do Direito, eis que, constituem estes, o foco principal desse trabalho.

3 TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER: CONTEÚDO E APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar é tema bastante complexo - objeto de discussões ferrenhas travadas na atualidade. A omissão presente na legislação infraconstitucional civil que não se atém à previsão de aludido direito enseja sua inserção no rol das matérias a serem discutidas sob uma perspectiva constitucional.

A “Teoria Estruturante do Direito”²³ do jurista alemão, pós-positivista, Friedrich Müller, nesse contexto, é instrumento que se mostra apto à análise do assunto, que pela

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 09 dez 2015.

²² A igualdade substancial consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.

²³ Müller pretende superar as posições tradicionais: do positivismo normativista, na linha de Kelsen, para quem o texto normativo fixa os limites (a “moldura”) da decisão e o jurista atua criativamente nas lacunas em que falha a concepção silogística, mantendo, porém a visão exegética segundo a qual a norma é previamente dada; e do decisionismo, na linha de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação real com os textos normativos, no que concerne aos problemas da validade e sentido desses mesmos

complexidade apresentada, entende-se como elevado ao status constitucional, situando-se em uma esfera pautada pelo princípio constitucional da igualdade²⁴.

Referida teoria, criada e desenvolvida por Müller, de índole eminentemente contrária ao positivismo clássico, contempla uma ideia de concreção de direitos²⁵. A norma jurídica, nesse sentido, seria *construída no momento de sua aplicação*, não nascendo, desse modo, como dispositivo perfeito e acabado. É o que se depreende da leitura de fragmento de texto retirado da obra do autor:

Como ciência social normativa, a ciência jurídica deve, para além de toda e qualquer mediação meramente linguística e conceitual, incluir com a maior abrangência possível os teores materiais envolvidos a serviço da implementação prática, da objetividade normativamente fundamentada e da validade universal plausível no âmbito do ordenamento jurídico positivo. (...) A racionalização da aplicação do direito visa, portanto, não em último lugar, a inserção metodicamente controlada dos teores materiais envolvidos na concretização de prescrições jurídicas.²⁶

Nesse sentido, importa avaliar a norma considerando-se reflexões internas da própria ciência jurídica, aliadas à realidade fática e também a outras ciências.²⁷ A criação da norma jurídica, de acordo com os ensinamentos de Friedrich Müller, se dá pela conjugação dos elementos realidade fática e norma positiva – expressa pelos vocábulos ser e dever-ser.

Nesse cenário traçado pela teoria mülleriana em que se aprecia não apenas a norma escrita em uma interpretação puramente literal, mas - em contraposição - valendo-se de outros elementos na criação da norma de decisão, impende transcrever as palavras de Streck que bem ilustram a tese em apreço: “A hermenêutica não é mais reprodutiva

textos, nem quanto ao problema de justificação da decisão 149. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 237.

²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

²⁵ Sobre a construção da norma jurídica: “não se trata (...) da antiga dicotomia ‘norma/realidade’, mas sim do problema referente à concretização das normas constitucionais, que, nessa perspectiva, não se confundem com o texto constitucional”. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. P.76-77.

²⁶ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 110.

²⁷ SIMÕES, Alexandre Gazetta. PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. *A concretização da constituição diante do direito constitucional implícito da felicidade e dignidade da pessoa humana na união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 09 dez 2015.

(Auslegung); é, agora, produtiva (Sinnggebung). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico”.²⁸

A tese defendida pelo jurista alemão se contrapõe aos ditames positivistas²⁹ clássicos, que entendiam a lei, vista de forma isolada, como instrumento suficiente à resolução dos conflitos. O positivismo tradicional vislumbrava um sistema jurídico completo, isento de lacunas, aplicável de maneira silogística³⁰.

Müller, contudo, divergindo totalmente desse ideário de aplicação lógica das leis refuta de forma expressa o pensamento de Kelsen³¹ proposto em sua *Teoria Pura do Direito* em que se concebe um conhecimento dirigido tão somente ao Direito, livre de quaisquer elementos estranhos à ciência jurídica, entendendo, Müller, como mencionado acima, pela necessidade de serem considerados aspectos da realidade quando da análise dos casos postos, em contraposição ao pensamento kelseniano.

Refere que a compreensão da norma jurídica como hipótese, transformada em análise lógica formal, em verdadeiro silogismo, é, indubitavelmente, falha. É preciso que se proponha a análise a partir de uma aproximação entre direito e realidade e, assim, “simultaneamente a questão de uma compreensão sustentável da norma, bem como da ciência jurídica como ciência das normas”.³²

Como se percebe, a teoria defendida por Friedrich Müller revela contornos diversos daquele ideário juspositivista clássico firmado. Em posicionamento divergente ao positivismo de Kelsen³³, o jurista alemão afirma que não há uma moldura definitiva para a norma, pelo contrário, esta necessita ser *concretizada*, o que ocorre no momento exato de sua aplicação ao caso concreto.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 77.

²⁹ O argumento fundamental que guia os operadores do direito no seu raciocínio jurídico é o princípio da autoridade, isto é, a vontade do legislador que pôs a norma jurídica; pois bem, com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: *Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.78-79.

³⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23 -24.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins fontes, 2000. P. 01.

³² Müller, 2009, p. 22.

³³ O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247.

Fala-se, assim, nas lições de Müller, de “programa da norma” e “âmbito da norma”. Na expressão do autor:³⁴ uma norma jurídica abrange muito mais que seu teor literal. Sua literalidade comporta, conjugados todos os seus recursos interpretativos, o denominado “programa da norma”. O âmbito da norma -por sua vez - em esfera oposta, contempla a estrutura básica do segmento da realidade social que o programa da norma – tal como assevera o autor – “escolheu para si como sua área de regulamentação”.

O programa da norma, dessa forma, trata, basicamente, dos dados linguísticos pertinentes retirados do texto legal. Por outro lado, o âmbito da norma caracteriza-se pelos dados reais que condicionam a significação do primeiro. O âmbito da norma, nesse sentido, traz para o âmago do problema jurídico dados ônticos a serem também sopesados na interpretação e busca da solução mais adequada ao caso apreciado.

O texto normativo, tido de forma isolada, nesse cenário, é apenas o início do processo de construção - ou como denomina Müller, *concretização* – da norma, que se perfectibiliza pela apresentação e conjugação das circunstâncias factuais oferecidas ao jurista.

Nesse sentido leciona Miozzo³⁵, ao afirmar que uma das teses centrais da teoria, ora em discussão, se concentra na não identificação entre norma jurídica e texto de norma, no sentido de que, a primeira – a norma jurídica – é, inegavelmente, mais abrangente que a segunda, ao passo que, contemplados elementos da realidade – os chamados elementos materiais.

Alude o autor³⁶ que para a teoria mülleriana a norma não nasce pronta e, portanto, aplicável. Em contrariedade, inclusive, seu sentido complementa-se em cada caso de concretização. “Trata-se, como o próprio autor refere, de uma mudança paradigmática e não meramente terminológica”.

Referida mudança paradigmática pressupõe a impossibilidade de cisão entre interpretação e aplicação da norma. Nessa perspectiva, assegura Miozzo, *não apenas a norma é aplicada ao caso, mas também este é aplicado à norma*, em verdadeira relação

³⁴ MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência: *elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

³⁵ MIOZZO, Pablo Castro. Interpretação jurídica e criação judicial do direito: *de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 228.

³⁶ MIOZZO, 2014, p. 228-229.

de reciprocidade. “O fato não mais é concebido como puramente extranormativo, mas como constitutivo da normatividade”.³⁷

É nesse contexto de conjugação dos elementos norma e realidade em que se fundamenta a teoria de Müller e que se entende como inserido o tema relativo ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Veja-se que a questão da união homoafetiva, ora em exame, reflete, hodiernamente, verdadeira reivindicação da sociedade – é uma realidade nos dias atuais – e que, por isso, merece relevância e atenção no que toca ao reconhecimento e regulamentação pelo Direito.

Há que se ressaltar, inclusive, que o próprio autor, Friedrich Müller,³⁸ em entrevista concedida a revista jurídica *Sequência* em dezembro de 2005 afirma, expressamente, que sua tese é utilizável em qualquer ordenamento que se constitua como Estado Democrático de Direito, inclusive o Brasil.

Veja-se, nessa medida, na íntegra parte da aludida entrevista, cujo conhecimento se faz essencial a este exame:

Finalmente, não podemos esquecer que a TED, em seus enunciados fundamentais, não distingue apenas “norma jurídica” e “texto de norma”, mas que ela supera também a antiga oposição entre “ser” e “dever-ser”. O novo paradigma os torna compatíveis entre si, os torna operacionais pela prática cotidiana dos operadores do direito. Noções como “âmbito material”, “programa da norma”, “âmbito da norma”, “dados linguísticos”, “dados factuais primários ou secundários”, não são, pode-se dizer, mais do que a forma linguística resumida. É a realidade, em face da qual a constituição de 1988 foi editada, que a está regulando, melhorando, desenvolvendo em uma boa direção – esta realidade do país é, assim, uma parte integrante do conteúdo da constituição – e não somente seu “objeto” ou sua “contraposição”. *Por todas estas razões, a TED é uma concepção que oferece aos desafios da ordem jurídica e constitucional do Brasil uma base teórica e metodologicamente adequada. (Grifos nossos).*

A Teoria Estruturante é, assim, de conformidade com o aval de seu próprio criador, ferramenta que atende ao momento jurídico vivido pelo Brasil, mormente no que toca ao diploma constitucional de 1988. A abertura material aos princípios

³⁷ MIOZZO, 2014, p. 228-229.

³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Entrevista com Friedrich Müller*. Revista *Sequência*, nº 51, p. 9-30, dez. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15169/13795>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

constante da Carta da República em vigência revela a atenção conferida às reivindicações sociais consideradas no âmbito da teoria alemã em debate.

A concepção teórica de Müller, como já mencionado, divide a criação da norma jurídica em dois elementos diversos: - o programa da norma e o âmbito da norma. O programa da norma, acima referenciado, trata do texto normativo positivado, ou seja, os caracteres linguísticos constantes dos diplomas jurídicos. O âmbito da norma, por sua vez, revela a realidade factual que se liga ao texto positivado.

Nesse sentido, e direcionando o estudo aqui realizado, especificamente, nos moldes do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, importa esclarecer que o tema em discussão não encontra previsão expressa na Carta Maior, tampouco na legislação infraconstitucional civil – o que não lhe confere, “*prima facie*”, colocação dentro do programa da norma. Quanto ao âmbito da norma, contudo, verifica-se que se trata de conteúdo que retrata reivindicação real da sociedade, encaixando-se, por conseguinte, neste requisito.

Ante a ausência de adequação ao quesito programa da norma, importa analisar a atuação do princípio da igualdade nos domínios da Teoria Estruturante – ponto específico abordado no subitem que segue.

4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE VISTO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER: A IGUALDADE COMO ELEMENTO DE CONCREÇÃO DO DIREITO AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Embora não haja aludida previsão³⁹ relativa ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares nos textos normativos de forma expressa, como já explicitado, a Carta Maior de 1988, como instrumento legítimo a conferir direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, em maior extensão possível, apresenta em seu artigo 3º, IV⁴⁰, e artigo 5º⁴¹, “caput” e inciso I, explícita menção ao *princípio da*

³⁹ O fato de não haver previsão legal para específica situação não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. O silêncio do legislador deve ser suprido pela justiça, que precisa dar uma resposta para o caso que se apresenta a julgamento. DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direito homoafetivo*. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads52-homoafetividade-e-direito-homoafetivo.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2015.

⁴⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

igualdade, o qual veda, totalmente, quaisquer discriminações, inclusive relativas ao sexo, enfoque deste artigo acadêmico.

Nesse cenário, ainda que indiretamente e de forma não expressa, e é este, inclusive, o entendimento conferido ao tema pelos Tribunais Superiores⁴², se entende que há sim previsão na norma *constitucional* no que tange às uniões homoafetivas.

Basta que se considere a Constituição Federal como um todo, em plena consonância com a tese de Müller⁴³, no sentido de que a análise não se concentre apenas na leitura e adequação silogística da lei ao caso sub *judice*. Nas palavras do autor⁴⁴: “na realidade, o ordenamento juridicamente isolado não existe; juntamente com outros elementos da “ordem real global”, ele se integra nesta última e cumpre a sua função ordenadora somente passando pela ordem global”.

Paulo Bonavides⁴⁵, em julgamento análogo, evidencia que todos os atos se concentram e direcionam à estruturação e racionalização do processo de concretização da norma, de modo que a atividade interpretativa possa estar vinculada com a racionalização metodológica – o que, em consequência – não diluiria o teor de normatividade da regra constitucional.

Streck, por sua vez, assevera que, considerando-se o texto constitucional, como um todo, dirigente e vinculativo, é imprescindível que todas as normas de ordem infraconstitucional passem pelo “processo de contaminação constitucional”.⁴⁶

Isto porque, como diploma orientador do sistema jurisdicional, a Constituição impõe sejam as normas hierarquicamente inferiores ao seu texto consonantes. É o que alude Streck⁴⁷ em contínua análise do tema, ao afirmar que a Constituição Federal não tem o condão de apenas apontar para o futuro. Em contrariedade, inclusive, tem a relevante tarefa de proteção dos direitos já conquistados. À utilização da principiologia

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (...).

⁴² STF: ADI 4277; ADPF: 132.

⁴³ MÜLLER, Friedrich. 2009, p. 34.ta

⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. 2009, p. 34.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P.499.

⁴⁶ STRECK. Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁷ STRECK. Lenio Luiz. 2009, p. 261.

constitucional é dado combater alterações conduzidas por maiorias políticas eventuais que, na contramão da programaticidade constitucional, legislam de modo a mitigar ou até mesmo suprimir conquistas sociais.

Destaque ao termo “programaticidade constitucional” pelo autor utilizado. É nesse sentido que este artigo pretende fixar seus contornos. Cumpre avaliar o caso concreto “*per si*”, em um ideal de construção da norma de aplicação, tal como refere a teoria mülleriana; apreciar a Carta Republicana como um *sistema* estruturado composto de princípios dotados, também, de normatividade.

Nessa mesma linha de raciocínio é a contribuição de Alexandre Gazetta Simões e Celso Jefferson Messias Paganelli constante de artigo jurídico publicado em ambiente virtual. Na expressão dos autores⁴⁸:

A efetividade da Constituição, portanto, está ligada à realidade do momento atual e também ao caso concreto. Destarte, quanto a questões de direitos fundamentais e previdenciários ligados a casais homossexuais, não se pode imaginar uma interpretação literal ou gramatical, pois estar-se-ia assim violando o espírito da Constituição e demais princípios que regem a Carta Magna como um todo. O texto constitucional deve ser interpretado como máxima de garantias e direitos fundamentais, não o contrário. Imprescindível, portanto, a análise do caso concreto para possibilitar ao julgador exarar sua decisão de forma a possibilitar às minorias, mesmo que de relações homoafetivas, apesar de não citadas expressamente pelo texto constitucional (...).

Müller⁴⁹ em sua obra “Métodos de trabalho do direito constitucional” elege a teoria constitucional como campo privilegiado de desenvolvimento de seu trabalho, haja vista a textura aberta que possuem as normas constitucionais o que implica maior fundamentação das decisões a elas correlatas, englobando, nessa medida, a forma estruturada que preceitua aliada à apreciação da principiologia.

Em trecho de sua Teoria Estruturante Friedrich Müller⁵⁰ articula ser preciso que se enquadrem os caracteres gerais do caso, presentes no âmbito normativo, dentro do programa da norma; bem assim, também, deve-se proceder quanto às particularidades da norma abstrata que, serão, nessa medida, mais bem especificadas e atualizadas perante o âmbito normativo.

⁴⁸ SIMÕES, Alexandre Gazetta. PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. P. 6-7.

⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005^a.

⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. 2009, p. 263.

Em contínua análise assegura o autor⁵¹ que tanto o programa da norma, assim como o âmbito da norma, em hipótese alguma, conseguem ser reproduzidos de maneira satisfatória nos textos normativos, imperando, assim, no exame, sejam todos os dados envolvidos contemplados. Na expressão do autor⁵²: “Programa normativo e âmbito normativo devem também ser mutuamente corrigidos no que diz respeito ao caso particular que os “provoca” no sentido da palavra”.

O caso posto em apreciação, nessa medida, é que balizará a estrutura da norma de decisão. A interpretação lógica da norma positivada não mais cabe ao novo paradigma. Na expressão de Müller:

Não apenas a norma jurídica tipizada da teoria estruturante, mas também a norma concreta de decisão aparecem, pois, não como decisão lógica aplicada, não como imperativo executado, mas como ordenamento parcial que influencia a realidade, como decisão obrigatória do caso jurídico particular. *Dependendo da amplitude, da possibilidade de ser objetivo e da densidade material do âmbito normativo e, ainda, dependendo da fundamentação do programa normativo, ambos são em maior ou menor escala completamente passíveis de serem formulados pelo texto normativo.* Quanto mais inteiramente isso é possível, tanto mais o movimento teórico-normativo da “elipse” em favor de um processo se aproxima da “subsunção” surge no segundo plano. (Grifos nossos).⁵³

Ressalta-se a passagem do texto, nesse sentido, em que Müller afirma expressamente que ambos – *programa normativo e âmbito normativo* – *merecem correção em consonância ao caso que os provoca*. Refere, ainda, que dada a incompletude dos textos normativos em regular de forma satisfatória as relações sociais dinâmicas e mutáveis, importa considerar todos os elementos ligados o caso em uma interpretação que ultrapassa os limites da subsunção.

Veja-se, por oportuno, também, a declaração proferida por Müller, na qual atesta que a depender da amplitude do âmbito normativo aliado à fundamentação atribuída ao caso, torna-se, plenamente possível de serem, âmbito normativo e programa normativo, formulados pela norma de decisão.

Dessa leitura depreende-se que este é o cerne dessa discussão – uma interpretação fundamentada nos termos do texto constitucional que vem a conferir a

⁵¹MÜLLER, Friedrich, 2009, p. 263.

⁵² MÜLLER, Friedrich, 2009, p. 263-264.

⁵³ MÜLLER, Friedrich, 2009, p. 263-264.

amplitude necessária ao programa da norma, de modo a abarcar também as relações homoafetivas, no sentido de lhes atribuir idêntica classificação – como entidade familiar.

Impera, assim, na análise, um estudo mais aprofundado e amplo do caso jurídico em conflito. Implica considerar elementos extralegais - (norma e realidade) - estando amparada, a interpretação, no exame conjunto da lei positivada e o momento social vivido; - tudo, pautado nos ditames oriundos do princípio da igualdade.

O princípio da igualdade, nessa medida, entende-se como a ponte de ligação entre o caso em apreço – reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar – com o programa da norma, parte integrante da Teoria aqui aplicada. Müller⁵⁴ deixa claro em seu livro “O novo paradigma do direito” que é preciso que se *produza* a norma de decisão em atenção à provocação dos conflitos sociais. Pablo Castro Miozzo⁵⁵ conclui dizendo que não apenas a norma se aplica ao caso, mas também este é aplicado à norma.

Veja-se que é exatamente nesse sentido que se entende o princípio da igualdade como inserido no programa da norma. Ainda que as uniões homoafetivas não estejam contempladas de forma explícita no texto constitucional e na legislação civil pertinente, a positivação do princípio da igualdade em esfera constitucional se concebe como o liame que conduz o reconhecimento desse direito dentro do programa da norma.

E, assim, incluso no programa da norma em um status constitucional, referido direito se torna legítimo, mais ainda, em sede infraconstitucional, já que, como normas hierarquicamente inferiores, devem submissão à Carta da República.

A aplicação do princípio da igualdade, nesse âmbito, se deve à necessidade de se considerar o elemento âmbito da norma de que fala Müller – componente correspondente à realidade social da Teoria Estruturante do Direito.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou demonstrar a atuação do princípio constitucional da igualdade relativamente ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar – tudo isso, sob a perspectiva da metódica estruturante de Friedrich Müller.

⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: *introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 150.

⁵⁵ MIOZZO, Pablo Castro. 2014, p. 228.

A tese, por Müller ventilada, contempla a conexão de elementos extralegais na produção da norma de decisão. Trata-se de um ideário que julga como conjugados realidade fática e texto positivo. É a compatibilização entre o âmbito da norma e o programa da norma – noções estruturais da teoria mülleriana.

Como explicitado no corpo do texto, não há, de forma expressa e direta, no sistema normativo brasileiro, previsão no que toca ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Contudo, como retratado, a questão é realidade incontestável na atualidade.

Não se pode, em face de tal cenário, ignorar a reivindicação da sociedade – é preciso que se analise a problemática no intuito de lhe conferir amparo, sendo contemplado o aparato legislativo constitucional e infraconstitucional como um todo sistematizado e ordenado, regido pelos direitos e garantias fundamentais nele expresso, mormente, nesse contexto, o princípio da igualdade.

É exatamente nesse sentido que se acredita na compatibilidade da teoria de Müller, no momento em que referido autor entende como imprescindível que se considerem os elementos factuais na composição da norma. O caso em apreço – as uniões homoafetivas tidas como entidades familiares – retratam, justamente, o elemento factual de que fala Müller.

Assim, o caso presente revela pertinência no que tange ao âmbito normativo. É pertinente, também, no que toca ao programa normativo, enxergando-se a disciplina constitucional de maneira sistematizada.

Dessa maneira, ao final, se fez possível confirmar a hipótese de pesquisa, respondendo-se afirmativamente ao problema inicial proposto, concluindo-se, nessa medida, que o princípio constitucional fundamental da igualdade pode e, inclusive, é este o fundamento das decisões dos Tribunais Superiores, promover a compatibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar dentro do programa da norma da teoria mülleriana, desde que, observada a interpretação conforme o diploma constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Código civil, 2002. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html>. Acesso em: 09 dez 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/constituicao/Constituicaocompilado.html>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver>>. Acesso em: 09 dez 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver>>. Acesso em: 09 dez 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiasDetalhe.asp>>. Acesso em: 09 dez 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direito homoafetivo*. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/52-homoafetividade-e-direito-homoafetivo.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins fontes, 2000.

MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Entrevista com Friedrich Müller*. Revista Sequência, nº 51, p. 9-30 dez. 2005. Disponível em: <<http://periodicosufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15169/13795>>. Acesso em: 09 dez 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº 6, dez. 1998.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. *A concretização da constituição diante do direito constitucional implícito da felicidade e dignidade da pessoa humana na união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos?cod=f8a26bb636decd3a>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.