

de Justiça a editar a Resolução nº 175/2013. No ano de 2017, mais uma vez, o STF iluminou as interpretações legislativas em favor da afirmação de direitos e garantias fundamentais com o reconhecimento da herança nas relações homoafetivas. Nesse contexto, o objetivo desse estudo é demonstrar que o tratamento sucessório entre cônjuges e companheiros deve estendido para também abrigar as relações homoafetivas. Enfim, tem-se que a interação entre a Constituição Federal de 1988 e o Poder Judiciário devem trilhar caminhos em paripasso para garantir proteção aos direitos fundamentais que envolvem todos os tipos de formações familiares. A metodologia adotada foi qualitativa e exploratória, a partir do exame direcionado a doutrinas e jurisprudências sobre a matéria.

Palavras-chave: Família homoafetiva. Tutela. Herança. Neil MacCormick.

HERITAGE HOMOAFETIVE UNDER THE VIEW OF NEIL MACCORNICK'S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION

Abstract: The purpose of the present study is to examine the recognition of the equalization of inheritance rights for couples living in a stable union in the same model of civil marriage. Bringing to it the theory of argumentation of Neil MacCormick. This means a striking achievement for families in general, however with greater relevance for homoffective families who were targets of prejudice in the past. The research on the screen shows that the new position of the Federal Supreme Court represents an effective step towards repressing discrimination and social injustice for this type of family formation. With a focus on integrative constitutional hermeneutics and aimed at socializing the issue, the Supreme Court adapted the dictates of the norm to modern social reality to materialize democracy and affirmation of justice, which are essential pillars of the State of the country. Thus, this article seeks to demonstrate, above all, the evolutionary progression of the rights recognized to homoffective families. In 2011, the Excelório Pretorio had already recognized the stable homoafetive union as a family entity

and such a decision motivated the National Council of Justice to edit Resolution 175/2013. In the year 2017, once again, the Supreme Court has illuminated legislative interpretations in favor of affirming fundamental rights and guarantees with the recognition of inheritance in homosexual relationships. In this context, the purpose of this study is to demonstrate that succession treatment between spouses and partners should be extended to also harbor homosexual relationships. Finally, the interaction between the Federal Constitution of 1988 and the Judiciary Branch must follow paripasso paths to ensure protection of fundamental rights that involve all types of family formations. The methodology adopted was qualitative and exploratory, based on an examination of doctrines and jurisprudence on the subject.

Keywords: Homoaffective family. Guardianship. Heritage. Neil MacCormick

Introdução

Este estudo tem a pretensão de abordar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na interpretação dos direitos fundamentais, traçando considerações sobre a construção da jurisprudência da referida Corte em relação ao reconhecimento da união homoafetiva e seus efeitos jurídicos. A problemática abordada busca explicar a solução atribuída pelo STF ao seguinte questionamento: ‘É legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente da união estável?’

É oportuno ressaltar que o posicionamento atual da Suprema Corte reflete o dever inarredável de respeito às formações familiares modernas, nos termos prelecionados no artigo 226 da redação constitucional, que reconhece a família como base da sociedade, logo, detentora de especial proteção do Estado.

A Constituição Federal de 1988 é um regramento que concedeu significativa proteção aos direitos e garantias fundamentais em sentido amplo. Assim sendo, ao realizar uma análise superficial, sobretudo, dos termos do artigo 5º, é notória a percepção de que esse catálogo de direitos foi importante para o constituinte.

Por essa razão, depois de abastados debates com a participação ostensiva de *amici curiae* de diversas alas da sociedade, as decisões do STF no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 477 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, julgadas em conjunto no ano de 2011, desbravaram o caminho da nação para a criação de uma lei sobre o tema em comento.

Seguindo a linha de reconhecimento progressivo de direitos fundamentais e proteção de entidades familiares em todas as suas formas, em tempo mais recente, no ano de 2017, o STF tornou a analisar a matéria sob outro prisma, a saber, a herança homoafetiva. Para tanto, os ministros que votaram em favor dos direitos patrimoniais decorrentes de uniões estáveis homoafetivas destacaram que as tutelas do patrimônio e da paz doméstica têm por objetivo fazer cessar possíveis interferências de agentes externos na intimidade das relações familiares.

Nesse contexto, o objetivo geral desse estudo é analisar o recente posicionamento do STF sobre a herança homoafetiva exarado no recurso extraordinário nº 878.694, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Os objetivos específicos são: demonstrar a independência do Poder Judiciário brasileiro e o ativismo jurídico no intuito de propagar o bem e a harmonia social. Nesse sentido, o Plenário do STF afastou as distinções de tratamentos entre cônjuges

e companheiros para fins sucessórios, condição que também abriga as famílias homoafetivas. Os ministros determinaram, ainda, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil vigente e se manifestaram positivamente sobre o direito de herança entre companheiros heterossexuais e homoafetivos.

A metodologia adotada para a pesquisa foi jurisprudencial e bibliográfica, do tipo descritiva, observacional e retrospectiva, a partir da análise de julgados proferidos pelo Pretório Excelso. Os tópicos que compõem esse artigo são: a relação entre a Constituição Federal de 1988, o Estado e os cidadãos; a jurisprudência atual emanada do STF sobre a pluralização das formações familiares; a atuação compromissada do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a matéria; o estudo jurisprudencial dos Recursos Extraordinários nº 646.721 e nº 878.694; e a interpretação constitucional sobre a felicidade.

1 A relação entre a Constituição Federal de 1988, o Estado e os cidadãos

Em comparação com a Constituição da América do Norte e os padrões das Constituições Europeias, pode ser dito que a Lei Fundamental de 1988 bosqueja 78 (setenta e oito) incisos e 4 (quatro) parágrafos, conclamando direitos fundamentais que ultrapassam os limites da redação do artigo 5º, uma vez que podem ser observados em todo o corpo normativo constitucional. Ademais, esta prevê outras normas para compatibilizar direitos e deveres traçados entre Estado e indivíduos.

O constituinte de 1988 quis romper com a tradição de que direitos e garantias fundamentais devessem ter feição for-

temente retórica. Isso significa que foram tomadas precauções para encerrar a inserção de promessas no plano constitucional, as quais, posteriormente, seriam ineficazes no plano fático. De tal modo, a redação constitucional ampliou o sistema de defesa dos direitos fundamentais.

2 A jurisprudência atual emanada do STF sobre a pluralização das formações familiares

A visão jurisprudencial moderna sobre o reconhecimento da pluralização das formações familiares representa o compromisso atual do STF em corrigir injustiças do passado, exaurindo a cultura de aceitação de preconceito quanto à forma escolhida pelo ser humano para amar e ser feliz.

Os direitos e garantias fundamentais estão vazados em uma linguagem ampla e podem ser associados às mais diversas demandas sociais. Sob esse argumento, o STF passa a corrigir imprecisões constitucionais nas hipóteses em que o Poder Legislativo se nega a fazê-lo. As interpretações ativistas do STF, em regra, buscam corrigir injustiças como o desprezo legal e social destinado a reconhecidas formações familiares homoafetivas ao longo dos anos que se passaram.

De modo bastante enfático, as vozes da doutrina que defendem a tese de inovação interpretativa devem ser adotadas para que o STF supra as omissões legislativas e cumpra com louvor seu papel de guardião da Constituição Federal de 1988. Essa ideia se apoia no brocardo jurídico que diz que o direito deve servir ao homem e não o inverso.

3 A atuação incisiva do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a matéria

É importante que se reconheça que inexistente o dever constitucional de legislar, visto que a questão de editar leis frequenta o delicado âmbito da discricionariedade legislativa fundamentada na soberania e no princípio da independência dos poderes. Nesse sentido, para promover inovações interpretativas, o STF tem trilhado muitas vezes o caminho da prudência, especialmente em relação a temáticas que adentram nos planos da dignidade, da intimidade e da personalidade humana.

A concessão de *status* de entidade familiar a casais homoafetivos superou a esfera jurídica e gerou repercussões em inúmeras esferas sociais. Na hipótese de assumir posicionamento contrário ao fincado, o STF, certamente, atingiria os direitos fundamentais de forma conspurcada.

Existem demandas sociais que reclamam respostas mais contundentes e precisas, mormente nos casos em que o legislador atuou de forma incompleta, insatisfatória ou que a evolução hermenêutica demonstrou que a lei já não mais protege uma dada circunstância, como é seu desiderato. Nesses casos, a rigor, as famílias homoafetivas permaneciam à margem de proteção, com maior destaque para questões de natureza sucessória e previdenciária.

De modo a justificar a interpretação legal sobre a possibilidade de reconhecer as relações homoafetivas como entidade familiar apta a receber a tutela estatal no que toca à partilha de bens, é preciso observar os critérios hermenêuticos e parâmetros principiológicos utilizados para embasar a construção dessa tese justa que melhor se adapta à realidade moderna.

A inovação da interpretação constitucional está diretamente ligada à tarefa de adaptar as ideias originais do legislador ao surgimento dos fenômenos sociais modernos desprovidos de disciplina e/ou regulamentação. Por outro aspecto, a realização da tarefa apontada não importa em menosprezar elementos tradicionais da hermenêutica, tais como gramatical, histórico, sistêmico e semântico. É válido mencionar que todos os elementos auxiliares da hermenêutica se complementam na busca da melhor solução para o caso concreto levado à análise jurisdicional.

Os princípios que circundam a interpretação constitucional difundem a crença de que as normas não acarretam sentido único ou objetivo válido para todas as situações que possam vir a incidir. O trabalho do intérprete deve superar o limite de revelar o conteúdo preexistente da norma, pois é preciso ir além, uma vez que a norma deve ser utilizada como meio para atingir a justiça.

Permite-se, assim, entender que o conteúdo principiológico é aberto e guarda relação de dependência com a realidade subjacente, por isso não se presta a sentido uníssono. O relato da norma infere inúmeras possibilidades de interpretação, mas deve ser preservado o sentido constitucional que influenciou o legislador a promover sua criação.

Esse pensamento se deve ao fato de que não adianta viver sob uma nova ordem constitucional com a mentalidade antiga de apego ao legalismo. Nas lições de Schier (1991, p. 34), pode ser lido que: “A Constituição, como norma que vincula axiologicamente todo o ordenamento infraconstitucional, determina que toda e qualquer lei ou norma regimental deva ser lida e compreendida à luz da Magna Carta”.

No tocante à interpretação das normas, Gonzaga (2010, p. 63) ensina que: “Interpretar é revelar um sentido objetivamente válido de uma norma jurídica contido nas leis, regulamentos, costumes e fixar seu alcance”. Em sentido similar, tem-se o pensamento de Ihering (2002, p. 27): “O Direito não é uma simples ideia, é uma força viva”.

O STF busca interpretar a norma sempre adequando o espírito do texto constitucional à realidade que pretende analisar. Não é sempre que a interpretação conforme a Constituição implica em redução de texto ou declaração de inconstitucionalidade parcial, tendo em vista que poderá ocorrer a interpretação extensiva para o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais.

No magistério esclarecedor de Moraes (2006, p. 19), tem-se que as garantias fundamentais exercem a função de: “limitar e controlar os abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo”. Como bem assentou Rawls (2003, p. 205): “Um regime constitucional é aquele em que as leis e estatutos têm de ser coerentes com certos direitos e liberdades fundamentais”.

Declarar uma norma inconstitucional é o mesmo que considerar sua hipótese de aplicação incompatível com a Constituição. O que ocorreu com o reconhecimento das relações homoafetivas como família foi a interpretação extensiva da norma constante no artigo 226, parágrafo 3º, promovendo patente respeito ao intuito inclusivo do texto originalmente criado pelo legislador constitucional no ano de 1988.

O que ocorreu durante o julgamento dos remédios constitucionais ADI nº 4277 e ADPF nº 132 foi a adição do sentido nor-

mativo compatível à Constituição. Esse mesmo espírito inebriou o julgamento dos Recursos Extraordinário nº 646.721 e nº 878.694, ambos julgados com repercussão geral reconhecida, momento em que restou declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil vigente para abolir o tratamento sucessório diferente entre cônjuges e companheiros.

Nesse passo, o STF fez uso de técnica jurídica para corrigir essa injustiça atávica e tentou, mas ainda sem lograr êxito, incentivar o Poder Legislativo a regulamentar a matéria. Não se pode olvidar que o tema ‘família homoafetiva’, embora seja objeto de projetos de lei, representa um tabu para determinados grupos políticos, notadamente, os representantes de convicções religiosas. Esses grupos aglomeram um número expressivo de parlamentares que fazem aliança e se mostram avessos à regulamentação desse tipo de matéria.

Os magistrados, em razão do que preleciona o inciso XXXV do artigo 5º do texto constitucional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não podem se furtar ao dever de analisar as demandas que chegam ao seu conhecimento. A atividade judicante deve ser pautada pelo livre convencimento, com especial atenção para a valoração dos fatos naturais da vida e responsabilidade social decorrente das decisões judiciais.

A prudência das decisões judiciais não deve ser apegada somente à letra fria da lei ou vinculada aos restritos ensinamentos de ordem religiosa justificados pela vontade divina. A virtude está em equilibrar a aplicação da lei e os ideários da justiça de cada momento histórico, isso porque o direito se sobrepõe a essas concepções e interfere diretamente na vida dos cidadãos e, nesse caso, especificamente, nas instituições familiares alvos de proteção constituio-

nal intangível. Conforme inferido, o direito deve servir à sociedade, portanto, a legislação deve ser inovada para se adaptar a demandas modernas. Essa postura pode ser observada na jurisprudência atual do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 878.694/MINAS GERAIS. [...] 15. Sensível às mudanças dos tempos, a Constituição de 1988 aproximou o conceito social de família de seu conceito jurídico. Três entidades familiares passaram a contar com expresso reconhecimento no texto constitucional: (i) a família constituída pelo casamento (art. 226, § 1º); (ii) a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º); e (iii) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4º). A Constituição rompeu, assim, com o tratamento jurídico tradicional da família, que instituíu o casamento como condição para a formação de uma família “legítima”. [...] Brasília, 10 de maio de 2017. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR.

Por ser uma nação pluralista, as decisões judiciais brasileiras, principalmente relacionadas aos direitos fundamentais, devem se afirmar com independência em relação a convicções religiosas e habilidade persuasiva dos causídicos. Merecem prevalecer as normas constitucionais e ordinárias cumuladas com o bom senso dos julgadores devidamente abalizados por seus valores morais e éticos.

Demais disso, as normas jurídicas são objetivas e motivadas, enquanto os regramentos religiosos são de ordem meramente subjetiva. Vale ratificar que a justiça não tem o condão de abalar a fé de forma reduzida ou fragmentada, no entanto deve obter êxito na missão de salvaguardar os princípios constitucionais, competindo ao Estado adotar medidas para vedar qualquer forma de opressão a esses direitos por parte de pessoas e de instituições oficiais ou privadas.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Brasil como uma nação laica, isto é, não adotou uma religião oficial e todos os

cidadãos gozam do direito de liberdade de crença. Desta feita, os valores religiosos não justificam a ausência de regulamentação de uma realidade fática, como é o caso das famílias homoafetivas.

Um Estado laico não permite que sua governabilidade seja atrelada a doutrinas religiosas. Por essa razão, depois de opulentos debates com a participação ostensiva de *amici curiae* de diversas alas da sociedade, as decisões do STF na ADI nº 477 e na ADPF nº 132, julgadas em conjunto, desbravaram o caminho da nação para a criação de uma lei sobre o tema em comento.

Entretanto, os ministros foram atacados por inúmeros motivos, destacando-se: impropriedade da ADPF para essa finalidade, inadequação de sentenças de caráter aditivo e desrespeito à soberania e literalidade do texto constitucional, uma vez que a matéria foi objeto de debate pretérito no âmbito do poder constituinte, momento em que tanto o casamento quanto a união estável pressupunham duas pessoas de gêneros distintos. Em relação à família homoafetiva, Zeno Veloso (2005, p. 249) leciona que:

A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo *animus* de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária.

Os críticos que apresentam posicionamento contrário ao da Corte Excelsa se integram a correntes minoritárias e equivocadas, instando a ideia de que a tarefa de reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar, bem como a possibilidade de divisão de herança entre conviventes do mesmo gênero, seria matéria privativa do Poder Legislativo.

Esses doutrinadores, disfarçando evidente preconceito, demonstram desprezível apego ao superado pensamento kelseniano de atrelar a realização da justiça ao positivismo exacerbado, olvidando que a realidade, em constante evolução, exige muito mais da justiça do que a mera aplicação de normas concretadas.

É válido ressaltar que a problemática abordada envolve a tarefa de disciplinar a matéria sem promover violação aos direitos fundamentais, a qual não foi cumprida pelo legislador. No entanto, as uniões homoafetivas se firmam como uma realidade fática há muito tempo.

Em que pese a Constituição Federal do Brasil de 1988, tendo em vista os paradigmas do constitucionalismo mundial, ainda seja considerada recente e prolixa, seu texto não abordou diretamente as relações homoafetivas. Todavia, as normas constitucionais, além de definir direitos, guardam o dever de proteção, o qual determina que o Poder Público deve atuar para eliminar toda forma de discriminação. Deste modo, o STF foi fortemente criticado por conta das incompreensões que se materializaram no âmbito do Congresso Nacional.

O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas como entidade familiar demonstra apenas que a evolução não se enquadrou na proteção constitucional, como pretendeu a técnica legislativa, e a ausência de regulamentação específica sobre a matéria provocou a atuação do STF.

Consciente de que, no Brasil, a forma ideal para moralizar uma situação e torná-la legal diante da morosidade legislativa é normatizá-la, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), inebriado pela magnitude dos argumentos que reconheceram as relações homoafetivas como entidade familiar, no ano de 2013, editou a Resolução nº 175 para dispor

sobre a habilitação, celebração do casamento civil, ou conversão de união estável em casamento, entre pessoas de gênero similar.

Portanto, o debate um tanto desorientado sobre ‘casamento homoafetivo’ passou a ser lastreado pela referida resolução, a qual foi adotada pelos Tribunais de Justiça de toda a federação. O enfrentamento de situações sociais como a quebra de paradigma para a aceitação e tutela de direitos fundamentais em face das famílias homoafetivas foi um desafio superado pelo STF. Em relação ao reconhecimento dos direitos sucessórios entre companheiros, tem-se a repetição da tendência de tutela da família sem distinção de modalidades, ou seja, sem levar em consideração se sua formação é heteroafetiva ou homoafetiva.

4 Os argumentos interpretativos na teoria de Neil MacCormick

MacCormick foi um escocês, filósofo e político, que lecionou na Universidade de Edimburgo durante quase toda a sua vida profissional. Inconformado com o grau de subjetividade das decisões proferidas desenvolveu uma teoria acerca da argumentação jurídica. Tal teoria previa a avaliação da qualidade de uma decisão através da sua fundamentação, assim como a construção de etapas para a elaboração de uma boa decisão.

O objetivo do autor era analisar primordialmente a adequação do raciocínio que justifica a decisão, não focando no mérito da questão debatida, haja vista que caracterizava a argumentação jurídica como um raciocínio prático que ajuda nas decisões do que seria o acertado a fazer em casos difíceis, ou em que existem diversas opções. (MACCORMICK, 2006, p. XIII)

Essa adequação deve ser dada nos casos em que o raciocínio silogístico não concede o resultado apropriado, se tornando necessário construir uma decisão com base não em uma única legislação positivada, mas em todo o ordenamento jurídico. Desse modo percebe-se que as decisões judiciais podem ser pautadas não apenas nas leis, mas também no sistema jurídico como um todo, sem que isso retire a primazia da legislação, mas traga a compreensão desta como integrante desse sistema. Situação na qual se torna notória a atribuição da interpretação.

A interpretação para MacCormick pode ser imediata de um texto, ou seja, advinda diretamente desse texto da lei ou em sentido estrito, sendo aquele em que é realizado quando o conteúdo da norma deixou alguma dúvida acerca da sua aplicação, cabendo “formar un juicio con el fin de resolver la duda para decidir a partir del significado que parezca el más razonable en el contexto” (MACCORMICK, 2010, p. 69).

O segundo tipo de interpretação é o mais relevante para o presente estudo, haja vista que é o mais comum e desafiador nos processos judiciais e por consequência na jurisprudência aqui analisada. MacCormick (2010, p. 70- 75) traz três categorias de argumentos interpretativos em que se encaixam as razões das decisões judiciais, são elas:

1) Argumentos linguísticos: trazem a linguagem como a origem da interpretação de uma norma. Tais argumentos se subdividem em duas classes, de acordo com o significado ordinário ou o significado técnico que se dá aos termos utilizados no texto jurídico.

2) Argumentos sistêmicos: trazem a norma para buscar o seu melhor sentido dentro do contexto do sistema jurídico como um todo.

El argumento de la armonización contextual sostiene que si una disposición legislativa pertenece a un esquema mayor, ya sea una ley o un conjunto de leyes relacionadas, debe ser interpretada a la luz de todo el esquema en el cual aparece. (MACCOMICK 2010, p. 72)

Podendo ser classificados como:

I. Argumento de harmonização contextual: Traz a interpretação com base em um esquema mais abrangente do que apenas a lei no qual ela está inserida, devendo assim, a norma ser interpretada não de maneira isolada, mas de acordo com a legislação mais próxima.

II. Argumento de precedente: busca-se manter em casos semelhantes interpretações já dadas por outros tribunais anteriormente.

III. Argumento de analogia: Busca-se sentido similar em dispositivos legais que tenham semelhança com outros, ainda que em legislações ou códigos distintos.

IV. Argumento lógico-conceitual: Quando um conceito geral for usado na elaboração de uma disposição normativa, ele deve ser interpretado de maneira a poder ser aplicado em todos os ramos do sistema jurídico.

V. Argumentos dos princípios gerais do Direito: Com foco na principiologia do direito, deve-se interpretar as normas de maneira a manter a coerência com essa.

VI. Argumento histórico: quando uma norma vem sendo interpretada com base no objetivo ou finalidade histórica, tal conotação deve prevalecer em casos peculiares.

Por tanto, la interpretación no puede ser satisfactoriamente alcanzada a través de un sentido puramente lingüístico a menos que se tenga en mente todo el contexto. (MACCORMICK 2010, p. 73)

3) Argumento teleológico: São aqueles que procuram definir e saciar o anseio finalístico do texto, trazendo para tanto, inclusive, o seu propósito axiológico.

É fácil presumir que o uso concomitante das três categorias de interpretação pode e muito provavelmente irá causar conflitos e contradições na análise da situação. Dessa maneira MacCormick (2010, p.75) já traz em seu texto a solução que julga ser mais plausível, sendo ela a hierarquização das categorias.

Parte da doutrina vigente tem feito uso de uma máxima chamada de “regra de ouro”, em que traz a priorização dos argumentos linguísticos, sendo estes suficientes quando não forem negados pelos sistêmicos, de forma que os argumentos teleológicos sequer precisariam ser analisados nesses casos.

Concordando com a possibilidade do uso de argumentos sistêmicos que delimitem de maneira a controlar os excessos jurídicos da interpretação apenas com base nos argumentos linguísticos MacCormick entende, também, que existem absurdos que precisam da interpretação teleológica para serem desvendados, razão que aventa a possibilidade de em certas situações recorrer-se primeiramente à essa interpretação. Percebe-se de tal maneira uma limitação à “regra de ouro”, cabendo à discricionariedade do julgador o uso dos diversos tipos de argumentos.

4.1 Análise do tipo de argumentos interpretativos invocados no Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais

Com base no acima exposto apresenta-se uma análise à luz da teoria de Neil MacCormick dos argumentos utilizados pelo Mi-

nistro Relator Luis Roberto Barroso em seu voto que foi seguido pelos Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia e os argumentos utilizados no voto divergente do Ministro Dias Toffoli que foi seguido pelos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso.

1) Argumentos do Ministro Luis Roberto Barroso

- Argumentos linguísticos: O conceito de família foi modificado através da Constituição de 1988, albergando novas possibilidades de configuração e concedendo proteção a todas elas, porém o Código Civil foi incapaz de acompanhar tal avanço. O artigo 1.790 do Código Civil foi de encontro ao artigo 1.829 do mesmo Código, já que dispôs sobre o regime da sucessão legítima nas uniões estáveis de forma diversa do regime geral. Tendo o Código Civil previsto em seu art. 1.829 o regime que melhor permite ao cônjuge manter a sua dignidade após a morte da pessoa com quem decidiu dividir a vida, não caberia estabelecer regime diferente com menor resguardo no art. 1.790. Constando no artigo 226 da CF/88 que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado, ressalta o Ministro que se a Carta Magna não trouxe qualquer hierarquização das formas de constituição de família, não caberia ao legislador infraconstitucional no Código Civil fazê-lo.
- Argumentos Sistêmicos: A evolução das legislações brasileiras acerca da sucessão dos bens nas uniões estáveis se deu através de Leis como a nº 8.971, de 29.12.1994 e nº 9.278, de 10.02.1996 que sinalizavam a equiparação entre cônjuges

e companheiros, porém essa evolução legislativa encontrou nítida barreira no Código Civil de 2002, que através do seu art. 1.790 desequiparou os regimes sucessórios no casamento e na união estável, em desacordo com todo o percurso histórico que o ordenamento jurídico brasileiro vinha tomando.

Em análise do texto da Carta Magna extrai-se o imperativo constitucional de proteção às famílias, que se propaga por todo o ordenamento jurídico, mas encontrou-se afrontado pelo artigo aqui discutido. Diante da funcionalização da família, só se torna possível a diferenciação entre o casamento e na união estável se esta não inferir em hierarquização destas formas de constituição da família.

- Argumentos Teleológicos: A lei não encontra-se em consonância com a realidade social quando permite que um parceiro com quem o *de cujus* compartilhou a sua vida, na vocação hereditária esteja posicionado atrás de parentes colaterais, haja vista que a proteção das famílias como instrumento para a tutela de seus componentes é o intuito da norma. Tal dever estatal de proteção não pode estar restrito, entretanto, apenas àquelas famílias constituídas através do casamento. Isso se dá em razão da proibição constitucional da discriminação entre indivíduos como consequência do tipo de entidade familiar. Dessa forma a hierarquização das entidades familiares encontra-se em desacordo com a vontade originária do constituinte. O artigo 1.790 do Código Civil viola o princípio da dignidade humana na dimensão do valor intrínseco e na dimensão da autonomia dos parceiros. Tal disposição viola ainda o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção

deficiente, quando não traz a atuação mais adequada para a proteção da família, que é bem jurídico de grande relevância. Não obstante, o princípio intrínseco da vedação ao retrocesso também encontra-se violado haja vista que nas leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 os regimes sucessórios eram equiparados ao dos casamento àquela época.

2) Argumentos do Ministro Dias Toffoli

- Argumentos linguísticos: A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, quando determinou que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, trouxe à tona a distinção entre a união estável e o casamento, porém não a hierarquizou, apenas acentuando as suas diferenças.

- Argumentos sistêmicos: A busca pela garantia aos direitos fundamentais está presente em todo o sistema jurídico brasileiro, dessa forma o direito à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da união estável deve ser respeitado, assim como a consequência patrimonial prevista.

- Argumentos teleológicos:

A equiparação do regime sucessório afrontaria o princípio da liberdade e da autonomia de vontade em razão da impossibilidade de escolha dos efeitos jurídicos da sua forma de constituição familiar.

4.2 Aplicação dos requisitos para MacCormick

Nos chamados “hard cases” MacCormick sugere a justificacão de segunda ordem, que deve atender a três requisitos, sendo eles: universalidade, consistência e coerência.

O requisito da universalidade traz a possibilidade da decisão em questão ser aplicada aos demais casos semelhantes, tendo como pilares os princípios da igualdade e da segurança jurídica. É em razão de tal requisito que o julgador precisa ter proporção da consequência, do resultado gerado no plano macro da prática jurídica.

Dito de forma resumida, sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito de universalidade, e, em segundo, que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e de coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista). (ATIENZA, 2014, p.126)

O segundo requisito é a consistência, que configura-se não contradição entre a norma aplicada e os fundamentos da decisão analisada

Uma decisão satisfaz ao requisito de *consistência* quando se baseia em premissas normativas, que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido. (...). Portanto, pode-se entender que o requisito de consistência deriva, por um lado, da obrigação dos juizes de não infringir o Direito vigente e, por outro, da obrigação de se ajustar à realidade em termos de prova. (ATIENZA, 2014 p.128)

O terceiro requisito é a coerência, sendo o mais aprofundado por MacCormick, trazendo a racionalidade interna e externa à decisão, ou seja, em relação aos argumentos utilizados na construção dessa e entre estes, os fatos do caso concreto e todo o sistema jurídico vigente. O autor subdivide em coerência narrativa, que enseja a existência desta em relação aos fatos ocorridos e narrados no caso em questão e a coerência normativa, que diz respeito à adequação da norma utilizada dentro de todo o ordenamento jurídico, e as demais legislações vigentes.

A coerência narrativa assim ilustrada é a nossa única base para sustentar conclusões, opiniões ou veredictos sobre fatos do passado. Uma certa ideia de racionalidade cumpre papel importante nisso. Nem a experiência intelectual nem a experiência prática são uma mera sucessão caótica de impressões. (...)(MACCORMICK, 2006, p.292)

A aplicação do conceito de coerência engloba ainda a argumentação com foco nos princípios nas decisões dos “hard cases”.

4.2.1 Da universalidade

Analisando a decisão de maneira geral, de forma a não adentrar o voto de cada ministro, aponta-se que o requisito da universalidade foi cumprido, já que poderá ser reproduzida nas demais situações, o que se enfatiza em razão da aplicação de repercussão geral ao recurso extraordinário.

Os argumentos do ministro Luis Roberto Barroso acerca da vedação da hierarquização do casamento e da união estável é um claro exemplo da universalidade, haja vista que se estendeu a todas as consequências destes, seja em relação aos casos homoafetivos ou heteroafetivos.

4.2.2. Da consistência

A decisão ora analisada peca em relação à consistência. O voto divergente exposto acima, que a embasa, traz argumentos que não foram combatidos e portanto não foram sanados, trazendo inconsistência para o Acórdão.

Ressalta-se que o voto do ministro relator é consistente em seu corpo, gerando coerência entre os pontos levantados e as suas

conclusões, entretanto na construção da decisão ora analisada alguns elementos cruciais do voto do ministro Luis Roberto Barroso deixaram de ser constados, assim como argumentos do ministro Dias Toffoli não foram esclarecidos à luz do melhor entendimento do pleno.

4.2.3 Da Coerência

Considerando os argumentos elencados na ementa da decisão ela é coerente, haja vista que os argumentos aí elencados estão em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Falhas comuns em resoluções de “hard cases” apontadas por Claudia Roesler e Gabriel Rübinger-Betti (2014, p. 690) são encontradas na decisão do Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais, tais como: argumentação extensa e prolixa, dificultando a compreensão e a construção de uma decisão objetiva, clara e bem estruturada e questões relevantes levantadas em voto que não foram devidamente aprofundadas e encaradas pelos pares, como a aplicação da máxima jurídica “in dubio pro legislatore” aventada pelo ministro Dias Toffoli.

5. O estudo jurisprudencial dos recursos extraordinários nº 646.721 e nº 878.694

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, fazendo cessar dúvidas quanto à natureza jurídica desse instituto, fornecendo subsídios para que leis especiais tratem especificamente sobre o assunto.

A partir de então, a união estável passou a receber tratamento constitucional e legal, sendo que as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que concediam aos companheiros, entre outros direitos, a possibili-

dade de participar da sucessão legítima, foram criadas com base no texto constitucional. O art. 2º da Lei n.º 8.971/94 dispõe que:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste ou comuns;

II – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

No que toca à matéria em debate, deve ser mencionado que o recurso extraordinário nº 646.721, que trata sobre o direito de herança em união estável homoafetiva, de relatoria do ministro Marco Aurélio, foi julgado em conjunto com o recurso extraordinário nº 878.694, que trata sobre o direito de herança em união estável heterossexual, de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso, e tiveram a repercussão geral reconhecida.

A supressão dos benefícios de ordem sucessória em razão do modelo de formação familiar se constitui como uma forma discriminatória e de afastamento da tutela estatal de pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam se encontrar acolhidas por esta. O tratamento diferenciado entre esposa e companheira em relação a direitos sucessórios é um claro desrespeito que resulta em prejuízo em razão da orientação de gênero do indivíduo.

Os bens adquiridos a título oneroso durante a comunhão de vida de um casal devem pertencer a ambos e na ausência de um

dos conviventes deve ser herdado integralmente pelo companheiro. A equiparação do direito de herança para casais homoafetivos traz maior segurança no momento da construção de um patrimônio, além da questão pedagógica de ensinar a sociedade sobre a importância do desprezo à cultura de preconceitos em face das minorias.

O reconhecimento de direitos para as famílias por parte do Estado demonstra que o preconceito é um tipo de violência não mais tolerada nos dias atuais. A declaração de inconstitucionalidade da norma que desequilibra o direito de herança de pessoas que convivem em união estável, sejam em relações homoafetivas ou heteroafetivas, é uma medida justa, porque a herança do *de cujos* não mais deverá ser repartida com outros parentes que em nada contribuíram para a construção patrimônio, ou até mesmo ser reivindicados pelo Estado, na forma do artigo 1.790 do Código Civil vigente. Leia-se:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Diante da redação do artigo, pode ser dito que o cônjuge é considerado herdeiro necessário, enquanto o companheiro não ostenta essa mesma categoria jurídica. A presunção de colaboração

para a constituição de patrimônio é absoluta, por isso os conviventes devem ter os direitos sucessórios assegurados da mesma forma que as pessoas casadas.

É preciso considerar que, embora casamento e união estável sejam institutos distintos e detenham efeitos diferenciados em âmbito patrimonial, ambos são formações familiares e, nessa condição, tutelados pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Assim, equiparar direitos patrimoniais entre cônjuges e companheiros não pode ser impedido sob o argumento de que tal providencia violaria a vontade dos envolvidos, isto é, o direito de liberdade de escolha relacionada ao regime de bens, ou de que cada instituição familiar é única em sua forma de constituição e funcionamento.

O artigo 1.790 do Código Civil tem caráter discriminatório, uma vez que o casamento não é hierarquicamente superior à união estável. Na realidade, o que ocorre quando a união estável não é formalizada é a necessidade de sua comprovação em juízo para que surtam os efeitos legais quanto à divisão do patrimônio do *de cuius*. Nas lições de Pianovski Ruzyk (2011, p. 333 – 334), é possível notar a segurança jurídica trazida pelo enlace matrimonial:

[...] a desigualdade na forma de Constituição não pode afetar a sucessão, pois se trata apenas de questão de prova sobre a conjugalidade. Daí porque é facilitada a conversão, uma vez que a prova pré-constituída do casamento facilita o exercício dos direitos. Para se provar casado, basta apresentar uma certidão. Isso não ocorre na união estável. O casamento traz maior segurança jurídica formal. Por isso, a vantagem de migrar do modelo informal para o modelo formalizado, não pode ser motivo para a atribuição de direitos diferentes entre os modelos de conjugalidade.

O combate à hierarquização entre as formações familiares é marcante no acórdão objeto de análise. Leia-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 878.694/MINAS GERAIS. [...] V.2. Demonstração da ilegitimidade da hierarquização das formas de família 37. Os quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático – podem auxiliar na solução desta matéria. Examina-se, em primeiro lugar, a interpretação semântica, também referida como gramatical, literal ou filológica. Trata-se do ponto de partida do intérprete, sempre que exista uma norma expressa acerca da questão que lhe caiba resolver. Embora, naturalmente, o espírito e os fins da norma sejam mais importantes que a sua literalidade, é fora de dúvida que os sentidos mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete. Pois bem: a norma aqui analisada estabelece, de forma inequívoca, que a família tem especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção a um modelo familiar que seria mais ou menos merecedor desta proteção. Veja-se: o texto do art. 226, seja em seu *caput*, seja em seu § 3º, não traça qualquer diferenciação entre o casamento e a união estável para fins de proteção estatal. Se o texto constitucional não hierarquizou as famílias para tais objetivos, o legislador infraconstitucional não deve poder fazê-lo. [...] Brasília, 10 de maio de 2017. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR.

O fato de a redação constitucional facilitar a conversão da união estável em casamento significa apenas que o matrimônio traz maior segurança em relação a direitos sucessórios e previdenciários, ou seja, se presta para fins de segurança jurídica no que toca às relações pessoais.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 878.694/MINAS GERAIS. [...] Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e

discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provisamento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. [...] Brasília, 10 de maio de 2017. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR.

Embora as entidades familiares sejam distintas, a continuidade do tratamento sucessório discriminatório viola a dignidade do companheiro sobrevivente, bem como o princípio da proibição do retrocesso social, que intenciona impedir que sejam frustrados direitos fundamentais concretizados na ordem constitucional. Segundo o ministro Fachin (2008, p. 108):

A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa resignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a repersonalização do Direito Civil, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio.

No que pertine ao retrocesso social, o STF reconheceu que:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 878.694/MINAS GERAIS. [...] VI.3. Violação ao princípio da vedação do retrocesso 58. Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio da vedação ao retrocesso³⁰. Trata-se

de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5o, §1o), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor. [...] Brasília, 10 de maio de 2017. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR.

O artigo 1.790 do Código Civil, declarado inconstitucional, revogou a o artigo 2º da Lei nº 8.971/94. A inconstitucionalidade apontada foi declarada em favor da República Brasileira no sentido de promover o bem-estar de todos, refutando qualquer forma de discriminação em prol do aperfeiçoamento de uma sociedade livre e justa, e com a redução das igualdades sociais por meio da efetivação do Estado Social de Direito. (SOUZA, 2008).

A Constituição Federal de 1988 reconhece a pluralidade de formas familiares, além da família tradicional matrimonial, incluindo a união estável, por isso não é possível tratar cônjuges e companheiros de forma distinta. Hierarquizar as entidades familiares, na forma ressaltada no acórdão, significa endossar a discriminação social que se perpetuou contra as famílias homoafetivas ao longo do tempo.

Acertadamente, o STF reconheceu que inexistente distinção entre esposa e companheira; contudo, os efeitos dessa decisão, em razão da segurança jurídica, não abrangem sentenças com trânsito em julgado sobre a matéria.

6 A interpretação constitucional sobre a felicidade

A felicidade é um sentimento altruísta eivado de amor. Na oportunidade do julgamento do agravo regimental nº 223, o ministro Celso de Mello relatou a felicidade como: “um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana”. Na realidade, a felicidade é uma forma de experimentar a vida, usufruindo de autonomia existencial, por isso a cada dia a doutrina vem debatendo mais sobre esse assunto.

Externando preocupação em preservar o direito ao livre exercício da felicidade, a legislação pátria consagrou em diversos dispositivos a tutela dos valores de liberdade, não discriminação, isonomia, disposição da sexualidade individual, dignidade humana, entre outros. Nessa linha de raciocínio, Britto (2006, p. 216) esclarece que: “a fraternidade é o ponto de unidade que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade, de um lado, e, de outro, da igualdade”.

O posicionamento atual dos tribunais superiores decorre da jurisprudência cuidadosamente elaborada pelo ministro Ayres Britto, conceituada como “constitucionalismo fraternal direcionado às relações humanas”. O desígnio maior da referida doutrina é garantir a satisfatória compreensão da natureza jurídica e do alcance do direito à felicidade humana.

Demais disso, o que se tem como próprio do capítulo constitucional versante sobre direitos e garantias fundamentais historicamente oponíveis ao Estado é que as normas devem ser direcionadas a ampliar a esfera de liberdade das pessoas naturais. Então, estreitar a movimentação humana é minar a amplitude irradiada pelas normas constitucionais.

Na tessitura desse raciocínio, bom é revelar o pensamento de Canotilho (2003, p. 51): “a teoria (ou ideologia) ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Tudo o quanto foi anteriormente exposto se propõe a atender um dos objetivos fundamentais da República, especificamente ao que determina o inciso IV do artigo 3º do texto constitucional, *in verbis*: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais, mediante a qual se julgou inconstitucional o texto do artigo 1.790 do Código Civil que trazia a distinção entre o regime sucessório na união estável e no casamento. Em análise da decisão à luz da teoria da argumentação jurídica de MacCormick percebeu-se que os requisitos trazidos por este não foram atendidos em sua totalidade. Os argumentos do acórdão, conforme análise, se demonstraram universalizáveis, porém não coerentes e sem consistência.

Por derradeiro, tem-se que a felicidade pode ser compreendida como um valor sócio-político-cultural inserido na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressando, ainda, a autonomia da vontade de cada ser humano. Daí porque impedir a felicidade significa colidir frontalmente com a garantia de ‘promoção do bem de todos’. Em que pese não haver norma expressa, o direito à felicidade pode ser ressaltado como um valor intrínseco aos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tutelados.

Conclusão

Embora seja considerado participante de nações civilizadas e democráticas, o Brasil ainda persiste em aceitar a omissão do Poder Legislativo em regulamentar matérias importantes relacionadas a direitos e garantias fundamentais relacionadas a famílias homoafetivas. É indiscutível a importância do princípio da dignidade humana para a convivência pacífica em sociedade, para tanto, faz-se imperiosa a inovação cultural no que diz respeito ao exercício da tolerância em relação às características individuais de cada pessoa.

A omissão legislativa, ou a falta de fôlego do Direito em acompanhar a evolução social, incentiva o Poder Judiciário, que não pode se furtar à análise das demandas que lhes são ofertadas, a invocar a força normativa dos princípios constitucionais para solucionar lides não regulamentadas. Nesse sentido, é destacado o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e, recentemente, a possibilidade do exercício de direitos sucessórios.

A dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral, fundamentadora da tutela integral e unitária da pessoa, capaz de conceder respostas para as questões que envolvem um dos aspectos mais íntimos da existência humana, sobretudo, em relação aos direitos fundamentais.

A liberdade de escolhas agracia a todos os cidadãos, pois cada um deve dispor de condições que o tornem apto a realizar suas aspirações pessoais, afirmar os atributos de sua personalidade, sendo tratados com dignidade, independente da formação familiar que desejem compor.

A ausência de legislação ordinária hábil a tutelar as famílias homoafetivas funciona como instrumento de propagação da discriminação

e do desrespeito social. Por isso, assumir perante a sociedade a condição homoafetiva acarreta exposição individual ou familiar a um desmotivado preconceito. Na realidade, a homoafetividade não se perfaz como uma ofensa aos padrões sociais, uma vez que deve ser compreendida tão somente como uma condição natural que integra a diversidade humana.

De modo geral, as famílias tendem a educar a prole sob o manto da tradição heteroafetiva. Isso se justifica pelo fato de que o cidadão que integra a maioria usufrui de uma experiência da vida menos complexa. Contudo, caso o cidadão enverede pelo caminho das minorias, sua escolha deve ser respeitada da mesma forma dos que compõem a maioria. O caminho mais adequado para tanto é regulamentar as matérias para inovar a cultura social e incentivar a segurança e a felicidade.

Por fim, é válido pontuar que esse estudo pretendeu demonstrar a importância do exercício da tolerância em relação ao diferente sem determinar abdicção de convicções de natureza alguma. Mesmo porque, cada cidadão que compõe o Estado Democrático de Direito brasileiro merece ser tratado com dignidade e respeito, independentemente de sua formação familiar, opção de gênero e a forma que escolheu para viver feliz.

A jurisprudência atual emanada do STF trouxe um espírito de modernidade, visto que a leitura do texto constitucional feita pelos ministros tende a adequar as normas superiores ao estágio atual de civilização. Em assim sendo, foi reconhecido o caráter instrumental da família para promover a dignidade dos cidadãos e demais direitos fundamentais, com destaque para a preservação do patrimônio.

A força das decisões da Corte Constitucional pátria altera o cenário social, incentivando a tolerância e o respeito às diferenças,

além de se impor como um passo importante para encerrar os embaraços sociais enfrentados pelas famílias homoafetivas na convivência coletiva.

Em relação à construção jurisprudencial realizada pelo STF, deve ser reconhecido que são muitos os desafios que se colocam para os próximos tempos, por isso os ministros devem dar continuidade à faina de buscar soluções com fulcro na interpretação adequada da Constituição Federal de 1988, tornando suas aspirações mais efetivas a partir da feitura de decisões sobre temas polêmicos que ultrapassem os limites do caso concreto, incentivem a evolução da sociedade e aperfeiçoem o Estado Democrático de Direito em que se vive.

Referências

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Neil MacCormick. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 29, pp. 479-489, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. ed.2. Rio de Janeiro: Landy, 2014..

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <www.presidencia.org.br/legislacao/>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.presidencia.republica.org.br/legislacao>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.278**, 10 de maio de 1996. Disponível em: <www.presidencia.republica.org.br/legislacao>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.971**, 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <www.presidencia.republica.org.br/legislacao>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. **STF**. DJU 08 maio 2011, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoIncidente=11872>>. Acesso em: 14 de nov. 2018.

BRASIL. **STF**. DJU 08 maio 2011, REExt. 878.694, Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=878694&origem=AP>>. Acesso em: 14 de nov. 2018.

BRASIL. **STF**. DJU 08 maio 2011, REExt. 646.721, Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=646721&origem=AP>>. Acesso em: 14 de nov. 2018.

BRASIL. **STF**. DJU 08 maio 2011, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

BRASIL. **CNJ**. Resolução n. 175/2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol.35, p. 108, jul/set. 2008.

HABERMAS, Jurgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 27-57.

GONZAGA, Livia Leite Baron. **A interpretação das normas jurídicas**. Disponível em: <<http://www.interpretarrevelar+sentido+objetivamente+norma+juridica.htm.622>> Acesso em: 15 nov. 2018.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Edipro, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; TEIXEIRA, Diego Monte. Análise da decisão cautelar sobre as áreas de preservação permanente (ADI n. 3.540/2005) à luz da teoria argumentativa de McCorminck. *Veredas de Direito*. v. 13, n. 27 p. 135-155

MACCORMICK. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK. *Argumentación e Interpretación en el Derecho*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33. p. 65-78. 2010

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 333-334, 2011.

ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. **O julgamento da ADI Nº 3510 sob a perspectiva argumentativa**. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)*, v. 19, p. 663-694, 2014.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 2005, p. 249.

SOUZA, Renato Felipe de. **Anotações sobre a inconstitucionalidade do art. 1790, III, do Código Civil Brasileiro**. 2008. Disponível em: <www.professorsimao.com.br/artigos>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

RAWLS, Jonh. **A teoria da justiça**. 2003. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2018.