

# QUESTÕES FAMILIARES CONTROVERSAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONTROVERSIAL FAMILY ISSUES IN  
THE SUPREME FEDERAL COURT

RAFAEL VIEIRA FIGUEIREDO SAPUCAIA<sup>1</sup>

PEDRO ALEXANDRE MOREIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o exercício da atividade jurisdicional da forma como é realizado pelo Poder Judiciário brasileiro com ênfase para o tratamento conferido em sua instância mais alta no julgamento de dois casos emblemáticos da área de Direito de Família. A atuação do órgão que ocupa o ápice da estrutura atual deste poder (Supremo Tribunal Federal), destacando a perspectiva crítica consubstanciada na abordagem feita a partir da ciência política tal como proposto por Ingeborg Maus no intuito de evidenciar uma deficiência crítica do sistema jurisdicional de hoje. Com efeito, perceber os excessos do STF com a ofensa aos limites das esferas de atuação dos outros poderes (legislativo e judiciário), importa como elemento de reflexão para informar a sociedade civil acerca do risco de redução do espaço privado de liberdade representada pela postura do Supremo Tribunal, a mais alta cúpula do Poder Judiciário, que se institui enquanto definidor por excelência da instância moral da sociedade. Para tanto, toma-se como referência o resultado do entendimento apresentado pelo STF em dois casos emblemáticos do Direito de Família. A opção por esta matéria se justifica pelo alto grau de sincretismo da moralidade/legalidade na dinâmica das relações familiares, evidenciando o aspecto da análise de Maus, mencionada anteriormente, e demonstrando, dessa forma, o excesso da atuação do judiciário na prática brasileira e o impacto dessa interferência (indevida) na esfera de liberdade dos cidadãos.

**Palavras-chave:** STF; moral; liberdade; família.

## ABSTRACT

*The purpose of this article is to analyze the exercise of jurisdictional activity as it is performed by the Brazilian Judiciary, with emphasis on the treatment given in its highest instance in the judgment of two emblematic cases in the area of Family Law. The performance of the body that occupies the peak of the current structure of this power (Supreme Federal Court), highlighting the critical perspective embodied in the approach made from political science as proposed by Ingeborg Maus in order to highlight a critical deficiency in the jurisdictional system today. Indeed, perceiving the excesses of the Supreme Court with the offense to the limits of the spheres of action of other powers (legislative and judicial), is an element of reflection to inform civil society*

1 Mestre e Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da PUC Minas. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-4556-9711>. E-mail: [rafael.fsapucaia@gmail.com](mailto:rafael.fsapucaia@gmail.com).

2 Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito de Família da Escola de Direito Dom Helder Câmara. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-0618-9399>. E-mail: [pedro@cron.adv.br](mailto:pedro@cron.adv.br).

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo; MOREIRA, Pedro Alexandre. Questões familiares controversas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 246-264, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.7981>.

*about the risk of reducing the private space of freedom represented by the position of the Supreme Court, the highest summit of the Judiciary, which establishes itself as the definer par excellence of the moral instance of society. Therefore, the result of the understanding presented by the STF in two emblematic cases of Family Law is taken as a reference. The choice for this matter is justified by the high degree of syncretism of morality / legality in the dynamics of family relationships, highlighting the aspect of Maus' analysis, mentioned above, and thus demonstrating the excessive role of the judiciary in Brazilian practice and the impact of this (undue) interference on the citizens' freedom sphere.*

**Keywords:** STF; moral; freedom; family.

## 1. INTRODUÇÃO

No cenário brasileiro é notório, hoje em dia, o problema da pretensa monopolização do Poder Judiciário, com ênfase para a atuação do Supremo Tribunal Federal como última palavra e método único de solução dos conflitos, para a proteção à lesão ou ameaça dos direitos decorrentes das relações privadas dos cidadãos, notadamente em face da alta judicialização no âmbito das famílias.

De forma aliada ao crescente aumento da formação das unidades familiares (que ganhou mais fôlego com a ampliação legal do conceito de família) é possível notar uma elevação significativa das pessoas que passam pelo término de relacionamentos amorosos optarem pelo Poder Judiciário como intermediário e solucionador da controvérsia.

No âmbito jurídico, os instrumentos previstos para a solução por meio da jurisdição estatal (Poder Judiciário) não servem satisfatoriamente para a finalidade de preservar a intimidade das questões subjacentes aos conflitos familiares e tampouco para garantir a efetividade da solução ofertada.

Por isso é digno de nota a proporção atual do número de processos ajuizados com o número de cidadãos brasileiros (existe hoje praticamente 01 processo para cada 02 pessoas no país<sup>3</sup>) deve ser observado o crescente e recente aumento da divulgação sobre essas relações familiares, em situações concretas levadas ao Poder Judiciário.

Com efeito, a necessidade de inúmeros cidadãos brasileiros que precisam recorrer ao Judiciário para receberem proteção contra a lesão ou a ameaça aos seus direitos ainda não encontra a correspondente contraprestação do Estado no fornecimento do serviço de acesso e garantia de justiça.

Essa situação é ainda agravada pelo impacto revelado pelas decisões judiciais na vida particular cada um, especialmente no tocante às relações familiares. Existem muitos casos de restrição dos direitos dos cidadãos que fazem parte de núcleos familiares a partir de uma ânsia pelo controle da liberdade dos integrantes de relações íntimas de afeto.

3 Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça "O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva" (In.: Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019). Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) o Brasil tem uma população de "208,5 milhões de habitantes" número apurado para o período compreendido entre 2017 e 2018, para "a data de referência de 1º de julho de 2019". Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018>. Acesso: em 26 abr. 2020. Existe ainda uma baixa taxa de acordo inferior à 12% do total de casos, e uma lentidão na conclusão dos julgamentos com prazo de duração médio de aproximadamente 6 anos (In.: Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019).

Com isso, verifica-se também uma correspondente demanda por parte da sociedade civil para que a justiça, ou Poder Judiciário, o que acaba por caracterizar uma constante apropriação pela esfera pública representada neste poder da liberdade dos cidadãos e de seus relacionamentos familiares. O aumento da interferência do Poder Judiciário não seria coerente com a percepção atual da família, doutrinária<sup>4</sup>ou legalmente.

Essa pretensão de controlar o sentido último e definitivo (já que o entendimento dos tribunais superiores vinculam toda a estrutura judiciária) a partir de uma auto nomeação como evangelizador da sociedade decorrente da função auto atribuída de moralizador da nação está presente na esfera pública da atividade jurídica (não somente na organização do ensino e da atividade jurisdicional, como também nos fundamentos apresentados para justificar a interpretação das normas e do direito delas decorrente levado à apreciação).

Esta característica, que embora se mostre comum ao que se verifica em outros sistemas jurídicos democráticos, revela-se problemática quando não são observados os critérios científicos postos pela dogmática para a prática hermenêutica constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. Assim, pode ser identificado o problema da falta de sistematicidade da prática jurídica em decisões do mais alto órgão de controle do Poder Judiciário em casos concretos envolvendo os mais variados temas do Direito.

Para analisar esse fenômeno e o impacto ocasionado nas relações familiares, serve-se da abordagem apresentada por Ingeborg Maus (2000) que introduz um conceito sem indicar ou explicar seu sentido e, ao introduzir a nota de rodapé, “o conceito da imago apareceu em seus escritos, pela primeira vez”, (sem que o autor do conceito tenha sido referido no texto) destaca a forma pela qual a nação reconhece o Poder Judiciário como autoridade que se projeta na função de intérprete por excelência da ordem jurídica positivada e monopolizador da instância moral pública.

Para demonstrar essa hipótese, Ingeborg Maus (MAUS, 2000) parte de uma análise da jurisprudência sobre interpretação constitucional pelo Tribunal Constitucional Alemão para evidenciar a vontade de domínio, a ausência de racionalidade e o impacto na esfera jurídica privada dos cidadãos (autonomia privada dos indivíduos) e na legalidade (soberania popular), sob o pretexto de garantidor judicial de liberdades e de intérprete último do texto constitucional.

## 2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO STF

Ingeborg Maus alerta para os riscos do abuso que o Poder Judiciário pode praticar no exercício da jurisdição. Os limites expressamente estabelecidos e consolidados nos textos constitucionais de alguns países (no caso da referida autora o foco é a Alemanha) são contornados através de um exercício hermenêutico realizado pelo próprio Tribunal para justificar e legitimar sua função de intérprete último do texto constitucional.

4 A família contemporânea seria marcada pela presença dos elementos da liberdade, da pluralidade e da afetividade. Conforme: ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 588 p.

Nesse sentido reflete a autora:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática (MAUS, 2000, p. 186).

Conforme é possível constatar a partir desta análise, o que se percebe é um movimento contraintuitivo da evolução da ideia de jurisdição (ou Justiça, nesta acepção em que é comumente empregada a palavra). Na antiguidade se percebe a ideia de jurisdição extremamente limitada com a prevalência das soluções privadas, ou autotutela, em que os próprios cidadãos se encarregavam da administração da justiça (NUNES; PEDRON; BAHIA, 2020). Ingeborg Maus destaca o problema de uma ampliação excessiva do Poder Judiciário em face de outros poderes do Estado, conforme se infere do seguinte trecho:

No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (MAUS, 2000, p. 187)

Michel Foucault também questiona essa apropriação da esfera moral pela administração pública exercida por meio do Poder Judiciário ao dissertar sobre essa projeção da capacidade decisória dos indivíduos aos representantes do Poder Público que caracteriza a sociedade na modernidade, segundo se infere de texto ora colacionado:

Não acho que devemos considerar o Estado Moderno como uma entidade desenvolvida pelos indivíduos ignorando o que eles são e tampouco sua existência diversificada, mas pelo contrário, devemos considerá-lo como uma estrutura extremamente sofisticada, na qual indivíduos podem se integrar desde que observem apenas uma condição: que sua individualidade seja transformada em uma nova forma e submetida a um conjunto de padrões muito específicos. (FOUCAULT, 1982, p. 783)<sup>5</sup>

Em análise crítica a uma das características da modernidade a autora destaca uma tendência da sociedade civil que se abstém da efetiva participação nas questões de moralidade pública em função dos mecanismos de representação simbólicos do Estado moderno (MAUS, 2000). Nesse sentido destaca a autora:

No desdobramento dessa tendência e de seus fundamentos – em que as condições sociais estruturais, assim como seu apoio em mecanismos psíquicos, devem ser levados em consideração –, convém investigar se se trata de uma simples regressão social ou antes de uma acomodação às condições do moderno e anônimo aparato de administração do Estado, em que todas as figuras paternas são obrigadas à abdicação. (MAUS, 2000, p. 187-188)

Em uma referência à ilusão da dialética do esclarecimento, Ingeborg Maus enfatiza a tendência mencionada do Poder Judiciário na modernidade no sentido de se apropriar da noção de Justiça da sociedade:

5 Tradução livre do original: “I don't think that we should consider the “modern state” as an entity which was developed above individuals, ignoring what they are and even their very existence, but, on the contrary, as a very sophisticated structure, in which individuals can be integrated, under one condition: that this individuality would be shaped in a new form and submitted to a set of very specific patterns”.

Pode ocorrer que penetre nesse foro interno aquela instância que compreende a si própria como moral e que, de maneira tão incontroversa, é reconhecida como consciência de toda a sociedade, de tal modo que a imagem paterna à qual se resiste atue concomitantemente como ponto de partida do clássico modelo da transferência do superego e como representante de mecanismos de integração despersonalizados. A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído? (MAUS, 2000, p. 187-188)

No caso brasileiro, conforme destaca José dos Santos Carvalho Filho essa hipótese, apresentada por Ingeborg Maus, pode ser utilizada também como ferramenta de análise do Poder Judiciário local (CARVALHO FILHO, 2014). Com efeito, José dos Santos Carvalho Filho demonstra a recorrência da crítica de Ingeborg Maus, aplicando-a ao cenário brasileiro.

Para isso, serve-se da perspectiva de Ingeborg Maus para realizar uma análise de casos concretos nos quais o Supremo Tribunal Federal, servindo-se da prerrogativa de detentor da moralidade pública, em que este tribunal decidiu, de forma contrária à expressa disposição legal e mediante um exercício hermenêutico questionável do ponto de vista técnico, que pessoas do mesmo sexo podem se casar e constituir união estável, conforme será discutido por meio da análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal no item 3 do presente artigo.

Essa mesma análise crítica pode ser utilizada em relação ao julgamento dos temas que foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal e que a participação sucessória do companheiro deve ser a mesma garantida ao cônjuge, o qual também será analisado segundo a perspectiva ora exposta.

Com efeito, será possível perceber que as críticas destacadas por Ingeborg Maus em relação ao Tribunal Federal Constitucional alemão e por José dos Santos Carvalho Filho sobre o Supremo Tribunal Federal são percebidas no julgamento da questão sucessória e da forma de reconhecimento das uniões estáveis revelando, assim, o problema da usurpação da autonomia privada dos cidadãos e da legalidade daí decorrente por este Tribunal.

Alexandre Bahia discorda da análise de Ingeborg Maus sobre o papel da teoria do Direito (notadamente acerca da análise de autores como Ronald Dworkin) no fomento ao decisionismo caracterizado neste papel autoinstituído do Supremo Tribunal Federal no qual exerce a função de intérprete último do texto legal (mitigando o papel dos Poderes Legislativo e Executivo). Mas em face da atuação do STF destaca o mesmo problema:

Após a 2ª Guerra, a despeito da derrota do nazismo, os setores mais conservadores do Judiciário e de Escolas de Direito alemãs (que haviam atuado significativamente pró-nazismo) tiveram um papel importante na reconstrução institucional do País, inclusive com a criação de uma "Corte Constitucional". (BAHIA, 2005, p. 11)

Percebe-se, então, a existência do mesmo vício do Poder Judiciário (no sentido de invadir indevidamente esferas de liberdade dos cidadãos representados pelos poderes (co)instituídos em relação às quais não estaria autorizado pela expressa vedação legal) ao se utilizar de uma ampliação de suas funções por meio de interpretações das limitações legalmente estabelecidas (direitos fundamentais protetivos da autonomia privada das pessoas), conforme alerta Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

A partir daí, a independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição.

A emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor. (BAHIA, 2005, p. 11)

Essa postura do Supremo Tribunal brasileiro – assim como aquela destacada por Ingeborg Maus sobre o Tribunal Constitucional alemão – é contrária à ideia moderna de liberdade e que inspirou o movimento do iluminismo.

Assim é que Ingeborg Maus destaca pensamento construído no sentido de fornecer as bases para a compreensão moderna do Direito, procurando justamente evitar a falência percebida na antiguidade, na idade média e (pelo visto) também na modernidade, em que se percebe essa influência de paradigmas (social e/ou liberal), apresentados como concorrentes e excludentes, ressoando nos sistemas jurídicos de forma alternada ao longo da história<sup>6</sup>.

Rememorando o pensamento de Immanuel Kant, Ingeborg Maus explicita a importância de se evitar a apropriação da instância moral a partir de uma noção concreta de valores expressos por membros de um órgão da atividade jurisdicional em detrimento de outros:

A utilização de uma instância moral pretende nesse sentido romper com a linha tradicional dos arranjos morais empíricos exatamente pelo fato de submeter expectativas de condutas, normas morais e modelos éticos às “máximas” do processo de verificação do imperativo categórico, em vez de considerá-los vinculantes e indicá-los como modelos a serem seguidos (MAUS, 2000, p. 189).

É oportuno lembrar a expressão madura da ideia lembrada por Maus nas palavras do próprio Kant:

Os tutores que gentilmente assumiram a responsabilidade de supervisão garantiram que a maior parte da humanidade (incluindo a totalidade do sexo frágil) entende que o progresso em direção à maturidade não é apenas árduo, mas também perigoso<sup>7</sup>. (KANT, 1784, p. 17-18).

No que diz respeito aos conflitos familiares (subjacentes aos casos julgados pelo STF que demonstram a postura criticada por Maus e que serão analisados a seguir), João Baptista Villela ressalta a evolução do direito de família com ênfase para a ampliação sucessiva e recente da liberdade no âmbito das relações familiares, “*seja nas relações entre cônjuges, seja nas relações entre pais e filhos seja finalmente no regime econômico*” o que se mostra contrário à tendência revelada pelo Supremo Tribunal Federal. (VILLELA, 1979)

Percebe-se um movimento crescente de ampliação da liberdade de escolha das pessoas no seio de suas famílias. Esse movimento de aumento da liberdade colide com o resultado da evolução da ideia de jurisdição desde a antiguidade até o tempo recente.

6 Compreensão presente no pensamento de NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo horizontes para a democratização processual civil*. 2008. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_NunesDJ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf).

7 Tradução livre do original: “*The guardians who have kindly assume supervisory responsibility have ensured that the largest part of humanity (including the entirety of the fairer sex) understands progress toward maturity to be not only arduous, but also dangerous.*”

O judiciário no século vinte passa a ocupar essa figura do pai dominante. Talvez esteja mesmo no Positivismo Jurídico o fundamento para defender que o direito não deve tratar de tudo. Essa questão se apresenta adequada para expressar esse problema quando se analise a forma pela qual a lei prevê os limites para o exercício da atividade jurisdicional.

Convém, para tanto, servir-se da compreensão exposta para, posteriormente, evidenciar, através da análise de duas decisões do Supremo Tribunal brasileiro sobre direito de família, a dissonância da atuação daquele órgão com a sistemática do ordenamento jurídico nacional.

Conforme lembra Dierle José Coelho Nunes ao dissertar sobre a história da jurisdição:

A função de dizer o direito (*juris + dictio*) face um litígio passou por muitas “mãos” na história ocidental. Antes que o Estado assumisse seu monopólio – ainda na fase imperial do Direito Romano – aquela competência passou por sacerdotes, reis, assembleias comunais, árbitros, etc. Mas essa não é uma história linear, eis que, mesmo quando a jurisdição passou a ser exclusiva do Estado ela se “espalhou” novamente, durante a Idade Média em um sem número de legitimados, públicos e privados – incluindo a Igreja Católica –, para, só com a Modernidade, retornar ao Estado e, mais recentemente, novamente ser franqueada a órgãos não estatais em conjunto com aquele (NUNES, 2020, p. 78).

Percebe-se então, portanto, uma alteração na regulação legal sobre os limites da atividade jurisdicional ao longo do tempo da história ocidental que se consubstancia (a título ilustrativo) na comparação entre a redação do texto da Lei n.º 13.105/15 (artigo 3º do Código de Processo Civil) (BRASIL, 2015) e da Constituição da República (artigo 5º, inciso XXXV) pela qual se constata pela substituição do trecho “apreciação do Poder Judiciário” (neste diploma legal) por “apreciação jurisdicional” (naquela lei federal), acrescentando em seguida outras formas (além da judicial) para dirimir a lesão ou a ameaça ao direito (BRASIL, 1988).

Conforme será possível observar pela análise dos casos que serão apresentados, a interferência do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nem sempre reflete a melhor instância decisória das questões familiares.

### 3. ANÁLISES CRÍTICAS DE DOIS CASOS JULGADOS PELO STF

Neste espaço, reserva-se à análise em relação à dois casos emblemáticos envolvendo o Direito de Família. A escolha por este ramo se deve ao fato de que as questões familiares sempre se apresentam com um elevado aspecto moral que subjazem as controvérsias jurídicas. Conforme será possível observar a seguir, a partir da análise do exercício da atividade jurisdicional representada pelo julgamento de dois casos que serão detalhados nos subitens 3.1 e 3.2 é possível inferir a pretensão de regulador moral supracitada e a contradição à liberdade dos cidadãos e de sua soberania popular percebida pelas entrelinhas dos votos proferidos pelos integrantes da mais alta corte do país.

Com efeito, digno de nota é lembrar a forma como foi decidido o caso do reconhecimento das uniões homoafetivas.

Uma contextualização inicial do caso é necessária para depois uma análise específica da relação entre direito e moral discutida pelos Ministros na fundamentação de seus votos. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4277) ajuizada pela PGR (Procuradoria Geral da República) inicialmente como ADPF (ação por descumprimento de preceito fundamental), que fora recebida parcialmente pelo plenário do STF como ADI. O objetivo da ação era que fosse aplicado o regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas.

Será ainda possível observar a mencionada qualidade da postura do STF também no julgamento da questão relativa ao tratamento do direito sucessório das pessoas casadas e das que vivem em união estável.

O julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, (em que se discutiu (a validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro) e do Recurso Extraordinário n. 646.721/RS (em que foi discutido o alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva), identificados também como tema 809 e tema 498 no repositório de casos com repercussão geral do STF.

Ao julgar estes casos o STF entendeu por meio do entendimento consolidado pelo Tema 809 que *“é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”* (BRASIL, 2017, p. 05).

### 3.1 UNIÃO HOMOAFETIVA

O plenário decidiu pela procedência da ação declarando a união homoafetiva como equivalente à união estável heteroafetiva, baseando-se em uma série de argumentos, entre eles a impossibilidade de estabelecimento de discriminação à regulamentação negativa e a exigência constitucional de igualdade.

O teor do artigo 1.723 do Código Civil é o seguinte: *“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”* (BRASIL, 2002).

Para compatibilizar o artigo com a decisão foi utilizada a técnica da interpretação conforme a constituição, para excluir qualquer interpretação que impeça a união entre pessoas do mesmo sexo.

Destacamos inicialmente em que consiste a técnica da interpretação conforme utilizada pela corte no caso. Trata-se de método interpretativo que diante de um enunciado normativo que permite diferentes interpretações a escolha de um mais adequado com a Constituição. Como lembra a lição de Barroso:

Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. Isso ocorrerá, naturalmente, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrito ao sentido declarado pelo tribunal (BARROSO, 1996, p. 45).

Assim, surgem duas questões no mínimo curiosas. A interpretação conforme na verdade transfigurou o enunciado normativo, o legislador constituinte elaborou uma norma (é claro que não se está a falar de vontade do legislador e sim na norma que ele objetivamente produziu e que existe agora independentemente de sua vontade) e o STF a transmutou em outra completamente oposta. Alexandre de Moraes elaborou uma advertência sobre a interpretação conforme a constituição que se aplica perfeitamente ao caso:

Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a constituição. (MORAES, 2019, p. 45)

Outro ponto interessante é que o artigo 1723 do Código Civil brasileiro é uma mera reprodução do artigo 226, § 3º da Constituição que reza “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.” (BRASIL, 2002) Assim a Corte fez interpretação conforme a constituição de um artigo do código civil que é mera repetição de norma constitucional originária e como adverte Silva:

É fácil perceber que quando se fala em interpretação conforme a constituição não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada com ela mesma, mas as leis *infraconstitucionais*. (SILVA, 2005, p. 132-133).

Não há interpretação conforme à constituição da própria constituição e por via oblíqua foi isso que a Corte realizou. Essa engenhosidade já fora aplicada pelo STF em outros casos, como o da prisão civil do depositário infiel.<sup>8</sup>

Para fundamentar a possibilidade de união homoafetiva o acórdão se baseia, entre outros argumentos, na ideia de regulamentação negativa de Kelsen para fundamentar impossibilidade do sexo (melhor seria orientação sexual) das pessoas ser utilizado como parâmetro discriminatório.

Ao tratar do mínimo de liberdade, Kelsen explica que o direito pode regular tanto positiva quanto negativamente os mais diferentes aspectos da vida de um indivíduo. Segundo Kelsen, seu papel no sistema jurídico pode ser explicado da seguinte forma:

No entanto, esta esfera de liberdade apenas pode ser considerada – conforme já pusemos em relevo – na medida em que a ordem jurídica proíba intrusões nela. Sob este aspecto, têm uma especial importância política as chamadas liberdades constitucionalmente garantidas. Trata-se de preceitos de Direito constitucional através dos quais a competência do órgão legislativo é limitada por forma a não lhe ser permitido – ou apenas o ser sob condições muito especiais – editar normas que prescrevam ou proíbam aos indivíduos a uma conduta de determinada espécie, como a prática da religião, a expressão de opinião e outras condutas análogas (KELSEN, 2003, p. 48).

Ao estabelecer que determinada conduta não é permitida, como no caso da proibição de fumar em locais fechados, o direito preenche de forma ativa o espaço normativo ao qual está sujeita a pessoa que vive em determinada comunidade jurídica.

Todavia, ao lado da regulamentação positiva, o direito, ao não regular uma série de outras condutas, estabelece aquilo que Kelsen denomina o “mínimo de liberdade”. Com isso, Kelsen destaca que o direito pode regular condutas tanto de maneira positiva como de maneira negativa (KELSEN, 2003). A ausência de prescrição jurídica sobre uma determinada conduta se constitui como um ‘espaço’ não regulamentado positivamente, cujas condutas são, assim, permitidas. A ideia subjacente a essa construção de Kelsen incorpora a função dos três modais deônticos básicos operam que no direito: proibição, obrigação e permissão.

É no âmbito da permissão que se manifesta o conceito central do mínimo de liberdade. Essa regulamentação não produzida se constitui como um importante aspecto do sistema jurídico. A ideia geral de que o cidadão só estará proibido de praticar determinada conduta caso haja proibição normativa um amplo espaço de ação ou mesmo de omissão para uma determinação por parte dos cidadãos aos quais a ordem jurídica se aplica.

Se o tribunal pretendia usar a autoridade e genialidade de Kelsen para fundamentar sua decisão a regulamentação negativa seria o argumento mais correto e coerente. A legalidade da união entre pessoas do mesmo sexo (ou orientação sexual) certamente se encaixa perfeitamente nessa noção. Não há norma no sistema jurídico pátrio que ordene ou que proíba tal prática, em sendo assim essa união encontra guarida e proteção pelo direito.

Outra visão da norma jurídica é proposta por Alexy. O teórico alemão estabelece um conceito de norma que poderia ser denominado semântico caracterizado pela rigidez (na medida em que representa limites à interpretação discricionária) e pela relatividade (decorrente da abertura hermenêutica da natureza principiológica das normas).

A diferença e a relação entre norma e o enunciado normativo estabelecida na conceituação de Alexy, fica clara na noção de que o texto da lei é base para a construção, mediante o conceito semântico de norma, do sentido que se dá pela argumentação jurídica:

Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão. (ALEXY, 2008, p. 54-55)

Percebe-se que os conceitos de norma analisados não permitem a interpretação plástica que o STF aplicou no caso. A existência de limites estabelecidos pelo próprio enunciado normativo que impossibilitam determinadas interpretações é claramente defendida no âmbito do positivismo jurídico e como visto Kelsen e Hart são firmes nesse sentido. Para o não positivismo também parece existir um limite para uma interpretação mirabolante. O ponto 3 do acórdão é esclarecedor da forma peculiar de interpretação realizada pelo STF:

UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍ-

DICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. [...] Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família” (BRASIL, 2011, p. 612).

Parece-me claro que nesse caso o STF pratica algo como o jogo da discricionariedade do marcador a que Hart faz menção, mudando as regras a que ele mesmo deveria estar subordinado.

Não defendemos a impossibilidade de união homoafetiva, mas sim que o artigo 226, § 3º não deixa margem para uma interpretação desse tipo. Talvez o referido parágrafo seja incompatível com o caput por estabelecer uma restrição não proporcional a um direito fundamental e devesse ser declarado inconstitucional, mas essa é outra discussão e o plenário passou longe dela. Ou ainda, como queriam os Ministros Lewandowski e Gilmar Mendes, que a união homoafetiva fosse uma nova forma de entidade familiar, protegida pelo artigo art. 5 e 226, caput da CR/88 (BRASIL, 1988).

Creemos que em defesa dos direitos fundamentais o tribunal deveria mesmo ter declarado a legalidade da união homoafetiva, o problema é a fundamentação do plenário.

Gilmar Mendes nesse ponto apresenta a visão que parece bastante correta:

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art.1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226,§3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso. (BRASIL, 2011, p. 801)

E fundamentação das decisões é cláusula obrigatória a conferir validade a uma decisão judicial, consoante o artigo 96, IX da CR/88 (BRASIL, 1988). Se adotasse a postura Kelseniana, como alega fazer, o Tribunal deveria deixar explícito que está a mudar a norma com base numa visão individual e moral da questão e que com base nessa concepção a decisão foi gestada. Em outras palavras, deveriam afirmar claramente que com base na fundamentação escolhida não era possível justificar racionalmente a decisão, mas num ato de vontade resolveram que deveria ser assim, e vai ser assim porque é assim que o STF quer e deseja e não porque o ordenamento jurídico determina<sup>9</sup>.

9 Ressalta-se que acreditamos ser juridicamente possível fundamentar a necessidade de proteção à união homoafetiva, como por exemplo, na ideia de limitação desproporcional a um direito fundamental.

### 3.2 DIREITO SUCESSÓRIO

Além desse caso, é possível perceber o excesso do STF no julgamento da questão relativa ao tratamento do direito sucessório conferido pelo Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro às pessoas casadas e àquelas que vivem em união estável.

O primeiro deles foi o Recurso Extraordinário n. 878.694/MG (Tema 809), que teve como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Tal julgamento teve início em agosto de 2016.

Foram sete votos pela inconstitucionalidade da norma, na linha do proposto pela relatoria, da lavrados Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luiz Roberto Barroso.

O processo teve o seu curso no ano de 2017, após pedido vista do Ministro Dias Toffoli. Em seu voto este julgador concluiu pela constitucionalidade da norma, pois haveria justificativa constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável. O Ministro Marco Aurélio, após destacar a necessidade de união do julgamento dos Recursos Extraordinários (n. 878.694/MG e n. 646.721/RS, sendo este relativo à sucessão de companheiro homoafetivo: Tema 498). Em seguida o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, apresentou a seguinte interpretação “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil” (BRASIL, 2017).

Analisando a pretensão recursal deduzida no caso dos Recursos Extraordinários nºs. 878.694/MG e 646.721/RS se verifica que a discussão jurídica submetida ao STF se limita à inconstitucionalidade do inciso III, do artigo 1.790, do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

Analisando a forma de participação sucessória prevista em todas as hipóteses expressas nos incisos do referido artigo 1.790, infere-se que apenas a do inciso III se mostra, *prima facie*, mais prejudicial ao companheiro (BRASIL, 2002).

De acordo com Flávio Tartuce o mais correto seria declarar a:

[...] inconstitucionalidade apenas no inciso III do art. 1.790 do Código Civil, por colocar o convivente em posição de desprestígio ante os ascendentes e colaterais até o quarto grau, recebendo um terço do que esses recebessem. Aliás, alguns Tribunais Estaduais tinham reconhecido a inconstitucionalidade desse último diploma, por meio do seu Órgão Especial, caso do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TARTUCE, 2016, p. 1539).

Isso porque segundo destaca o referido autor:

[...] há julgados que reconhecem a inconstitucionalidade dessa previsão, por colocar o companheiro em posição desfavorável em relação a parentes longínquos, com os quais muitas vezes não se tem contato social. Ora, muitas vezes não se sabe sequer o nome de um tio-avô, de um sobrinho-neto ou mesmo de um primo. Deve ficar claro que este autor está filiado à tese de inconstitucionalidade do comando. (TARTUCE, 2016, p. 1539-1540)

Percebe-se que raciocínio parecido (embora contrário à idéia de inconstitucionalidade mesmo do inciso III do artigo 1.790, do Código Civil) foi apresentado pela Procuradora Geral da República em parecer apresentado por ocasião do julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral (nºs. 878.694/MG e 646.721/RS)

Fazendo-se uma análise sistêmica, percebe-se que o art.1.790, I e II, do CC permite ao convivente concorrer com os descendentes, enquanto o art. 1.829, I, do CC14, exclui a possibilidade de o cônjuge concorrer com os descendentes, nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória ou no regime da comunhão parcial, se o falecido não houver deixado bens particulares. (BRASIL, 2017, p. 20)

Com efeito, a decisão do STF neste aspecto representa um claro exemplo de expressão última do superego da sociedade não só por exceder os limites da controvérsia posta, como pelo grau de intervenção verificado pela solução apresentada. A PGR chama a atenção para essa questão:

No contexto atual, o Direito Privado, com seu sistema de regras e princípios abertos, constitui o amparo fornecido pelo Estado para o exercício da autonomia da vontade na busca dos indivíduos pela realização pessoal. Na compatibilização entre os interesses públicos e privados, a autonomia privada assume contornos de função social, ao projetar a realização individual como parte integrante do bem estar da coletividade.

A expressão mais existencial e subjetiva da autonomia privada se manifesta no direito que cada um tem de escolher com quem irá partilhar seus projetos de vida, sonhos e momentos íntimos. Essa escolha pode ter consequências na esfera patrimonial, cuja expressão da autonomia da vontade se exterioriza na definição de um regime jurídico próprio destinado a regular essa união ou, ainda, na omissão em escolhê-lo.

Tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestações da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é por que (sic) a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento.

Enfim, **os diversos regimes de bens constituem fórmulas jurídicas postas à disposição dos sujeitos** com o objetivo de instrumentalizar-lhes sua realização pessoal. **A liberdade de escolha de qualquer deles**, ou mesmo a omissão em escolhê-los, **constitui a mais autêntica manifestação da autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito** (BRASIL, 2017, p. 18, grifo nosso)

Conclui-se que as diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, servem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.

Se analisarmos o disposto no enunciado normativo declarado como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seria possível observar situação de vantagem no tratamento legalmente conferido ao companheiro se comparado ao disposto sobre a participação do cônjuge para fins sucessórios.

Isso porque, segundo a regra inferida a partir do que dispõe o enunciado do artigo 1.790, do Código Civil brasileiro se verifica que a participação do companheiro na sucessão do outro está condicionada à natureza onerosa do ato de aquisição dos bens que integrem o patrimônio do casal na vigência da união estável (BRASIL, 2002).

Assim, a título de exemplo, é possível tomar como base a própria realidade brasileira<sup>10</sup>, formada pela maioria de casais que constituem seu relacionamento familiar como uma união estável.

Considerando esse cenário e que a aquisição da maior parte de seu patrimônio se dá durante a vida a dois, caso um dos companheiros viesse a falecer deixando um filho, o outro receberia a metade do total de bens comprados durante a união mais a metade da herança concorrendo igualmente com o filho, isso porque a meação é recebida pela dissolução da unidade familiar, ou seja, por força do fim da união estável ou do vínculo conjugal (casamento), tal como se daria diante de dissolução daquela ou divórcio deste e decorre da tutela patrimonial do patrimônio do casal, que assegura a presunção de esforço comum na aquisição onerosa dos bens com igualdade de participação a ambos os companheiros, conforme previsão expressa do Código Civil brasileiro em seus artigos 1.725 e 1.658 (BRASIL, 2002).

Assim, no caso da situação hipotética mencionada o companheiro sobrevivente ficaria com  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do total do patrimônio.

Noutro norte, se considerássemos o mesmo contexto fático hipotético exposto acima (casal com um filho que adquire onerosamente a maior parte dos bens) em uma situação de casamento, seria possível observar uma diferença no critério que está disciplinado em outra regra legal (e aplicada exclusivamente às relações familiares formadas pelo casamento até a decisão do Supremo Tribunal Federal).

Nesse sentido convém colacionar disposição expressa em lei:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (BRASIL, 2002);

Segundo a regra prevista, a forma de participação do cônjuge viúvo dependeria do regime de bens eleito pelo casal. Considerando o regime legal (da comunhão parcial) no caso do exemplo exposto acima, a forma de participação sucessória do cônjuge sobrevivente garantiria o recebimento da metade dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso durante o casamento pela meação e não concorreria com o filho na outra metade do patrimônio parcela de bens que compõem a herança já que pela regra legal o cônjuge não participação da herança composta por bens comuns do casal, recebendo ao final a metade do total de bens do casal.

Nesse sentido, é oportuna a manifestação da PGR:

Ressalte-se, neste aspecto, que a Constituição não faz qualquer distinção hierárquica entre famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável: ambas entidades familiares que, embora distintas na sua forma de constituição, não se posicionam hierarquicamente em graus de superioridade ou inferioridade.

10 Conf. Central de Dados do Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB/CF) “Mais de 1/3 dos casais optou por viver uma união estável ao invés de um casamento civil, ou seja, 36,4% do total dos relacionamentos no Brasil (IBGE, 2012) [...] Os tabelionatos de notas de todo o Brasil registraram um aumento de 57% no número de formalizações de uniões estáveis de 2011 (87.085) a 2015 (136.941), enquanto os casamentos cresceram aproximadamente 10% no mesmo período, segundo o Sistema IBGE [...]” Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTc3MDY=&filtro=&Data=>. Acesso em: 4 maio 2020.

Pensar que a Constituição pudesse criar diferentes graus hierárquicos de família afronta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e contraria um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

Não obstante a inexistência de distinção hierárquica e a certeza de que ambos os institutos devem ter especial proteção estatal, não houve, é necessário dizer, equiparação entre os dois tipos de família em estudo (BRASIL, 2018, p. 16).

Saliente-se que a diversidade de regimes (de bens e sucessórios), tem sua legitimidade constitucional na própria diferenciação feita pela Carta Política entre, de um lado, o casamento, e de outro, a união estável. Tanto que, como visto, o constituinte determina à lei facilitar a conversão da união estável em casamento, expondo, ostensivamente, a diferença entre os institutos. Esse argumento foi pontuado pela PGR:

Diante de tudo isso, tem-se que a união estável e o casamento são regidos pelo princípio da autonomia privada. Se inexistente impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é por que (sic) a entendem mais adequada às suas conveniências, necessidades e anseios, afastando-se das rígidas regras decorrentes do casamento.

Assim, ainda que as disposições legais aplicáveis à união estável sejam ora mais ora menos vantajosas em relação ao casamento, não se pode negar a inviolabilidade à autonomia da vontade das partes na escolha de regime jurídico que lhes pareça mais adequado.

Aliás, haverá situações em que a sucessão decorrente da união estável será mais vantajosa para o convivente do que o casamento o seria para o cônjuge, a depender do regime de bens adotado. (BRASIL, 2018, p. 19)

Este tratamento constitucionalmente assimétrico de ambos os institutos, reflete-se não só no aspecto patrimonial ou sucessório: o casamento difere da união estável quanto à formalidade, invalidação, eficácia, dissolução, regime patrimonial e sucessório.

Nesse sentido foi inclusive o parecer da PGR a propósito do caso:

Conclui-se, portanto, que as diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, ser vem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.

Saliente-se que a diversidade de regimes (de bens e sucessórios), tem sua legitimidade constitucional na própria diferenciação feita pela Carta Política entre, de um lado, o casamento, e de outro, a união estável. Tanto que, como visto, o constituinte determina à lei facilitar a conversão da união estável em casamento, expondo, ostensivamente, a diferença entre os institutos.

[...]

Assim, demonstrado que a diferenciação feita pelo diploma civil em relação às regras sucessórias para o cônjuge e o companheiro tem respaldo na assimetria estabelecida pela própria Constituição Federal, bem como compreendido que o tipo de núcleo familiar a ser constituído tem fundamento na autonomia da vontade das partes, forçoso concluir-se pela constitucionalidade do art. art. 1790, III, do Código Civil. (BRASIL, 2018, p. 23-24)

Esse entendimento, assim como aquele expresso por ocasião do julgamento da ADI 4277/2011 e ADPF 132/2011, é imposto de forma vinculante ao Poder Judiciário como um todo, consoante o que se infere da expressa disposição normativa constante dos artigos 332; 927, incisos I e III; 932, incisos IV e V; do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Isso porque a forma como os tribunais de vértice da organização judiciária (notadamente o Supremo Tribunal Federal) decidem casos como os que foram apresentados deve ser adotado por todas as instâncias inferiores (o que inclui os Tribunais de Justiça e Juízos representados pelos magistrados que julgam os casos concretos) já que a legislação brasileira determina a sistemática da vinculação do funcionamento do Poder Judiciário com os entendimentos uniformizados em certos casos julgados pelas cortes superiores.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece óbvia a percepção segundo a qual no Estado Moderno as funções de criação, interpretação e de aplicação das normas jurídicas (sentido do enunciado normativo expresso nas leis) são monopolizadas pelo Poder Judiciário. Este problema contamina a percepção dos cidadãos sobre a solução de seus conflitos ao projetar naquele Poder a função de decidir a destino de suas vidas.

Com o crescente número de processos gerados com a insistência dos cidadãos pelo Poder Judiciário como forma de gerir suas relações privadas familiares e com o desprezo até então do próprio sistema jurídico pela adoção e fomento de outros métodos, de solução consensual, privados (não-estatais) com a releitura atual de práticas que no passado eram valorizadas.

Assim é objeto deste trabalho analisar a forma com que o Poder Judiciário resolve os conflitos se colocando como monopolizador e como última voz na solução das questões de Justiça (notadamente quando considerados os julgamentos de casos emblemáticos envolvendo relações familiares e que foram analisados no item 3 deste texto), mesmo quando já existe uma solução diferente prevista pelo Poder Legislativo, quando analisados os casos que foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal e mencionados anteriormente.

Por todo o exposto, percebe-se a influência deletéria da atuação do Supremo Tribunal Federal quando extrapola o limite legalmente imposto pelo sistema jurídico, conforme destacado em análise dos casos explicitados no item 3, o que atrai a crítica feita por Ingenborg Maus, destacada nos itens 1 e 2 deste artigo, ao Poder Judiciário brasileiro.

Com base na análise dos dois casos expostos no item 3 (reconhecimento da união homoafetiva e equiparação do regime sucessório do companheiro ao do cônjuge) se percebe que a solução final apresentada, por meios discutíveis no contexto hipotética do Direito, não se mostrou satisfatória a resolver o problema posto pelos cidadãos interessados (parte da relação processual dos casos que geraram a uniformização de entendimento perante o STF).

Além disso, em razão da repercussão geral e do sistema de vinculação de precedentes (previsto na Lei n.º 13.105/15 – Código de Processo Civil), existe impacto do entendimento malformado pelo STF em relação a todos os cidadãos sujeitos à atividade jurisdicional no país.

No caso específico da equiparação do regime sucessório do companheiro ao do cônjuge, inclusive, esta questão foi problematizada pela Procuradoria Geral da República, conforme destacado no item 3.

Assim, percebe-se a pertinência da crítica de Ingeborg Maus à realidade brasileira, o que é agravado pela sistemática processual atual que vincula os entendimentos formados pela corte superior em regime de julgamento de recurso repetitivo de controvérsia, sendo, então, totalmente vinculantes os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos apresentados.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG, 1984.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, [S. l], v. 23, n. 2, p. 167-182, jun. 2010.
- ALEXY, Robert. Two or Three? In: BOROWSKI, Martin (ed.). *On the Nature of Legal Principles*. [S. l]: Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, 2010. p. 9-18.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALEXY, R.; TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. v. 1.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *R. CEJ*, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de dezembro de 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Relator: Min. Ayres Brito, 14 de outubro de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 64672. Relator Min. Roberto Barroso, 8 de setembro de 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 878694. Relator Min. Roberto Barroso, 5 de fevereiro de 2018. *Diário de Justiça Eletrônico*.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17 maio 2020.
- BRASIL. [Lei 10406/2002]. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17 maio 2020.
- BRASIL. [Lei 13.105/2015]. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 maio 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014.

- FOUCAULT, Michel. The Subject and Power. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 8, n. 4, p. 777-795, 1982. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1343197>. Acesso em: 8 jul. 2019.
- FREITAS, Verlaïne. Subjetividade esclarecida: do mito como racionalização à ciência como mitologia. In: *CADERNO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS*. Belo Horizonte: Unicentro Newton Paiva, 1999, p. 52-58.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfaassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005b.
- KANT, Immanuel. Answer to the Question: "What is Enlightenment?". Toward perpetual peace and other writings on politics, peace, and history. Binghamton: Vail-Vallou Press, 2006. p. 17-23.
- KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclams Universal-Bibliothek, 2008.
- KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. *Harvard Law Review*, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 44-70, nov. 1941.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?* Stuttgart: Reclams Universal-Bibliothek, 2016.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- NUNES, Dierle; PEDRON, Flavio Quinaud; BAHIA, Alexandre. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre T. G. *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- PAULSON, Stanley. Reflexões sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans Kelsen – Com Pós-Escrito Inédito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.) *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.
- TARTUCE, F. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.
- VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade: Por uma Ordem Social Não-Violenta*. Belo Horizonte: Fac. Direito UFMG, 1982. 38 p.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, p. 401-419, maio 1979.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 07/06/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/06/2020
- Avaliação 1: 11/11/2020
- Avaliação 2: 19/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/05/2021

- Retorno rodada de correções:

**/06/2021**

- Decisão editorial/aprovado: 08/07/2021

**Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2