

4

A ADMISSÃO DA FAMÍLIA ISOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEIO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. A PREVALÊNCIA DOS MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO

Newton Teixeira Carvalho¹

RESUMO

Por meio da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil, em consonância com a Constituição, o Supremo Tribunal Federal admitiu a família isoafetiva no Direito brasileiro. Portanto e segundo a mais alta Corte de Justiça brasileira, a união entre pessoas do mesmo sexo é também considerada como entidade familiar e recebe as bênçãos do Estado. De aplicar-se a essa família, por analogia, os preceitos ditados à união estável. A partir de então, as questões envolvendo essa entidade familiar deverão ser dirimidas no Juízo de Família e as entidades familiares, ditadas pela Constituição Federal, art. 226 e respectivos parágrafos, são apenas exemplificativas. Outras famílias, desde que prevalente o afeto, poderão existir no Direito brasileiro, não comportando mais julgamento moralista acerca do tema.

¹ Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG.

Palavras-chave: Código Civil. Constituição. Supremo Tribunal Federal. União estável. União entre pessoas do mesmo sexo. Família isoafetiva.

ABSTRACT

Through the article 1.723 Civil Code's interpretation, in line with the Constitution, the Federal Supreme Court admitted the same-sex couple family in Brazilian law. Therefore, and according to the Brazilian highest Court of Justice, the union between persons of the same sex is also considered as a family entity and receive the State blessings. To apply to this family, by analogy, the rules dictated to the stable union. From then on, the issues involving this entity should be resolved in the Family Court and the family entities, dictated by Federal Constitution art. 226 and respective subparagraphs, are only samples. Other families, since prevalent affection, can exist in Brazilian law, no more prevailing moralistic judgment on the subject.

Keywords: Civil Code. Constitution. Stable Union. Same-sex marriage. Same-sex couple family. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O reconhecimento da família isoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com os princípios constitucionais e suas consequências no ordenamento jurídico. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

*“Das coisas, a mais nobre é a mais justa,
e a melhor é a saúde;
porém a mais doce é ter o que amamos.”*
Aristóteles (Ética a Nicômaco)

1. INTRODUÇÃO

Principalmente no direito das famílias, verificamos que algumas decisões, dos Tribunais Estaduais, são pautadas exclusivamente numa valoração moral do direito, com o prevalecimento de opiniões pessoais, algumas sequer objetivadas, como aconteceu com relação à união iso-

afetiva que, somente após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, teve melhor acolhida no nosso ordenamento jurídico.

Até então preponderava, nas decisões dos Tribunais brasileiros, aspectos exclusivamente morais, ditados pelas Constituições anteriores, porém renegados pela atual, que encampou diversas outras formas de entidades familiares, além do casamento.

Foi assim que, enquanto permaneciam (e ainda permanecem) inertes no Congresso Nacional, em razão de movimentos religiosos contrários e prevalentes naquela Casa, inúmeros projetos sobre a admissão da união isoafetiva, no nosso ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal reconheceu-a, no julgamento da ADI 4.277/DF, encampadora dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ, recebendo-a também como ação direta de inconstitucionalidade, com o escopo de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil.

Destaca-se que, na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, o inadimplemento resultava: “I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implicava efetiva redução de direitos à pessoa de preferência ou concreta orientação sexual; II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.²

Ressalta-se a dificuldade do Governador do Rio, diante do princípio da legalidade e da interpretação reducionista até então dada pelos juízes, a entender, vários daqueles julgadores, que somente existiria entidade familiar se houvesse diversidade de sexo. Administrativamente a questão estava resolvida, corretamente, em prol dos casais homossexuais, com reconhecimento de direitos idênticos aos casais heterossexuais.

² ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 617.

Porém, o Judiciário, infelizmente, nem sempre ratificava tais decisões, numa inversão de expectativa, de difícil entendimento pelo casal homoafetivo. O caminho que restava, portanto, era mesmo levar o debate ao Supremo Tribunal Federal para que a questão fosse dirimida, em prol da segurança jurídica e sem responsabilização do Governo do Rio de Janeiro, em razão de autorização de pagamento de licença e/ou assistência a casais do mesmo sexo, “sem apoio legal e/ou judicial”.

É que existiam, no Rio de Janeiro, inúmeras decisões administrativas equiparando a união entre pessoas do mesmo sexo à união entre pessoas de sexo divergente e também várias decisões judiciais em sentido opostos, ou seja, não permitindo a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas.

Portanto, estava em discussão, nas ações constitucionais antes aludidas, a violação, constante, de preceitos fundamentais, tais como, da igualdade; da segurança jurídica (ambos constantes *docaput* do art. 5º); da liberdade (inciso II do art. 5º); da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º), principalmente considerando que a homossexualidade não infringe qualquer norma jurídica e também, por si só, não é capaz de afetar a vida de terceiros. Em debate, por conseguinte, a proteção de pessoas que se relacionam sexualmente, fora da dicotomia homem/mulher.

Assim, essa temática traz ao debate, além da velha discussão entre direito e moral, também acerca da principiologia constitucional, destacando o princípio da igualdade, dentre outros, eis que não pode existir tratamento diferenciado às pessoas e as situações substancialmente iguais. Existia, por conseguinte, ao deixar o casal homoafetivo fora dos benefícios previdenciários, diferenciações lastreadas na origem, no gênero e na cor (inciso IV do art. 3º), além de discriminação odiosa, proibida pelo art. 3º, inciso IV.

Portanto, demonstraremos, no curso deste trabalho, que, por meio dos princípios constitucionais, é possível uma interpretação não restritiva a diversos textos infraconstitucionais, permitindo a inclusão de diferentes grupos sociais, principalmente considerando que a Constituição atual é considerada norma inclusiva, no tocante aos grupos minoritários, até então à margem do direito, vivendo na clandestinidade, nos guetos, posto que não reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico.

2. O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA ISOAFETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Para uma melhor compreensão do tema, ressalta-se que o art. 1.723³ do Código Civil exigia, para constituição de família, a diversidade de sexo, vindicação essa superada em razão do julgamento da ADIn n. 4277 e o ADPF n.132, eis que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou, por analogia, a aplicabilidade do regime da união estável às uniões também entre as pessoas do mesmo sexo.

Porém, é certo que o art. 1.723 do Código Civil praticamente reproduz o art. 226, § 3^o da Constituição Federal, ambos exigindo a diversidade de sexo, para constituição da união estável e posterior conversão dessa união em casamento.

Entretanto, essa dualidade básica homem/mulher não teve o escopo de interditar a formação de família por pessoas do mesmo sexo, aplicando-se, ao caso, o disposto no § 2^o do art. 5^o, da Constituição Federal, a destacar que outros direitos e garantias, não expressamente indicados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”.

Sobre a aplicação de direitos não expressamente previstos, destacam-se as lições de Konrad Hesse⁶, eis que se aplicam perfeitamente neste caso, em análise: “A vinculação da Constituição escrita não excluiu um Direito constitucional não escrito. Pois, tampouco sua fi-

³ Art. 1.723, do Código Civil: 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.

⁴ Art. 226, § 3^o, da CF: Para efeito de 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.

⁵ Art. 5^o, § da CF: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.22.

xação em um documento constitucional converte a Constituição em uma sistema ‘sem lacunas’, ao contrário, necessita ser completada por meio do Direito constitucional não escrito, ao qual, sem embargo e em razão de sua função, apenas complementar, jamais pode surgir e manter-se desvinculado da Constituição escrita, eis que sempre aparecerá para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da Constituição escrita e em consonância com tais princípios. A função da Constituição escrita impede impor-se o Direito constitucional escrito invocando um Direito constitucional não escrito.” (Tradução do livre)

Depois, ante a interpretação preconceituosa e restritiva do artigo 1.723 do Código Civil, tal questão foi resolvida mediante a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”, impedindo a impossibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como família, seguindo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, tudo com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Também existia, antes do julgamento em análise, quebra do princípio da liberdade, eis que, a autonomia privada, em sua dimensão existencial, permite todos os desdobramentos advindos da orientação sexual, como também, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todos os planos particulares e grupais de vida, quando razoáveis, são dignos de respeito, consideração e reconhecimento.

Olvidado também estava o princípio da segurança jurídica, com decisões contraditórias e geradoras de incerteza, no tocante ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas, insegurança essa que, por conseguinte, repercutia também na própria sociedade.

Também foi considerado, na proposta da ADPF/RJ n. 132, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, ao argumento de que “a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral”⁷.

Postulou-se, ainda, na ADPF n. 131, a aplicação do método analógico de integração do Direito, com equiparação das uniões estáveis

⁷ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 619.

homoafetivas às uniões estáveis ocorridas entre pessoas de sexo diferente, prevalecendo, para ambas, o disposto no art. 1.723 do Código-Civil.

Na ADI 4.277/DF, julgada concomitantemente com a ADPR/RJ, também transformada em ADI, perante o pedido subsidiário formulado pelo Governo do Rio de Janeiro, em razão da convergência de objetos, o Relator Ministro Ayres Brito deixou expresso, acerca da temática em discussão, que “nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade”.⁸ E isso é preconceito, ou seja, um conceito prévio, fechado em si mesmo, alheio ao debate.

Calha aqui a citação do então Ministro poeta, Ayres Brito, ao tratar do preconceito:

Donde *René Descartes* emitir a célebre e corajosa proposição de que ‘Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento’, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que ‘O rei não pode errar’ (*The King can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de *Fernando Pessoa*, três séculos depois da proclamação cartesiana: ‘O universo não é uma ideia minha./A ideia que eu tenho do universo é que é uma ideia minha.’⁹

Assim, não pode haver discriminação ou diferenciação, em razão do sexo das pessoas, salvo expressa previsão constitucional ao contrário, posto que colidentes como o objetivo constitucional de promoção do bem de todos (inciso IV do art. 3º) e na busca de um Constitucionalismo fraternal, voltado à integração comunitária de todos, permitindo, por conseguinte, “a convivência dos contrários”.

Portanto, “é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual”.¹⁰ A Constituição exige o tratamento isonômico da mulher no tocante ao homem, assim como o direito dos isoafetivos a tratamento idêntico aos heteroafetivos.

⁸ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 627.

⁹ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 633.

¹⁰ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 641.

A família, instituição privada, é hoje constituída livremente e independe de qualquer burocracia cartorária, de celebração civil ou religiosa. É o principal lócus de concretização de direitos fundamentais (intimidade e vida privada), independentemente de ser formada por sujeitos heteroafetivos ou por pessoas homoafetivas. É a adoção, pela Constituição, da forma não reducionista do conceito de família, como entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao declarar equiparada a família isoafetiva à família heteroafetiva, desprezando discursos preconceituosos (homofóbicos).

Aliás, entender como família a advinda apenas do casamento, é permanecer atrelado ou volver às Constituições anteriores, que entendiam ser o casamento a única forma de constituição de família, sepultando ou marginalizando qualquer outra convivência em comum, que não estivesse sob as bençãos do matrimônio, a exemplo da união estável, antes chamada de concubinato, que nenhuma proteção recebia do Direito das Famílias¹¹, resolvendo, possível entrevero entre esses casais, no direito obrigacional e sob o fictício e cômodo argumento de que se tratava de mera dissolução de sociedade de fato.

Com efeito, as Constituições anteriores *teologicamente* vinculavam a ideia de família à instituição casamento, valendo transcrever os artigos, a partir da Constituição de 1937, para uma análise comparativa:

- Constituição de 1937: “Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”;
- Constituição de 1946: “Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”;
- Constituição de 1967: “Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”;

¹¹ Era a vigência do princípio da singularidade, eis que a família era a advinda apenas do casamento. Hoje, há aplicação do princípio da pluralidade. Várias são as entidades familiares. Por tal razão é que se fala em direito das famílias e não em direito de família, apesar de reproduzido o título, excludente, “Direito de Família!”, equivocadamente, no Livro IV do Código Civil.

- Emenda Constitucional 1/1969: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”;

Constituição de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Portanto, a Constituição de 1988 enumerou algumas entidades familiares, da qual o casamento é apenas uma delas. Deixou o matrimônio de ser sacralizado, indissolúvel, cujo então sentença na ação de “desquite” exigia o duplo grau de jurisdição e também, para anular um casamento, além da participação do Ministério Público, era obrigatória a figura do curador ao vínculo matrimonial, rituais e formas sepultadas pela Constituição de 1988, que nos emancipou também nesse aspecto, com o prevalecimento do princípio da autonomia privada e com a intervenção mínima do Estado em nossas vidas.

Portanto e comparando as Constituições anteriores com a atual, não há que se aplicar, no caso, o princípio da concordância prática,¹² eis que não são os mesmos bens jurídicos protegidos. Houve uma desvinculação, no que tange ao Direito das Famílias, da atual Constituição com relação às anteriores, fato não percebido por vários juízes brasileiros que ainda insistem em admitir o casamento como a melhor forma de constituição de entidade familiar e também em exigir, para constituição da família, diversidade de sexo.

A Constituição atual exige mudança de postura, de mentalidade e de moralidade. A Constituição atual exige estudos e reflexão. Não é, a Constituição atual, de apenas uma literal cópia das anteriores, de mais um plágio, demudaças de vírgulas. Aconteceram radicais transformações em alguns dos inúmeros e velhos direitos; há também novos direitos.

Assim, a Constituição de 1988 admitiu outras entidades familiares, além do casamento (união estável e família monoparental), que são apenas exemplificativas e não fechadas ou prontas e acabadas. Assim, outras entidades familiares surgirão e, com relação à distinção

¹² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.45.

entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, não há razão alguma para diferenciá-las, apenas pelo sexo, perante o princípio isonômico.

É por tal razão que no voto do Ministro Luiz Fux restou assentado que a distinção entre as uniões hetero ou isoafetivas

não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de Robert Alexy (ob. cit., p. 395 e seguintes) para quem, *inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico.*” Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu *preâmbulo* (“[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, [...]”) e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, *sem preconceitos* de origem, raça, *sexo*, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*”) e, ainda, no art. 5º, *caput* (“todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, [...]”).¹³

No que tange à questão moral, também o Ministro Luiz Fux, enfrentou-a, socorrendo, para tanto, no segundo parágrafo da citação abaixo, de Ronald Dworkin, ao afirmar:

não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É esta a base da leitura moral da Constituição propugnada por Ronald Dworkin (*Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:

[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respei-

¹³ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, p. 673.

tar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitando a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14ª Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião. [...]. (Tradução livre do inglês).

Portanto e sob o aspecto moral, não é jurídico negar validade às uniões homoafetivas ou considerá-las como em desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. É da alçada do Estado assegurar todos iguais de oportunidades, podendo, cada um, conduzir autonomamente a sua vida, em consonância com seus próprios desígnios, não podendo a orientação sexual ser entrave à persecução dos objetivos almejados, em razão do princípio da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.

Assim, compete ao Estado, despido de aspectos morais, garantir às pessoas a livre busca das realizações pessoais, eis que, na palavra de Ernst Benda, citada pelo Ministro Luiz Fux,

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua auto-realização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.¹⁴ (Tradução livre do espanhol)

Essa autuação positiva do Estado é denominada, conforme doutrina da professora norte-americana Nancy Fraser,¹⁵ de “política do reconhecimento” e se efetiva na busca de uma convivência harmoniosa entre os desiguais, cada um respeitando o outro na sua individua-

¹⁴ BENDA, Ernst *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 25.

¹⁵ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010, p. 167.

lidade, na sua diferença, no seu projeto de vida e, por conseguinte, na busca constante da felicidade, aqui entendida como um projeto de convivência entre duas pessoas, independentemente do sexo.

Enfim, é finalidade dessa “política do reconhecimento” buscar sempre um tratamento justo e materialmente igualitário que, em nosso país, traduz-se na proteção das minorias, que carecem de espaço próprio, para desenvolver seus projetos de vida. Não é correto desprezar, deixar sem reconhecimento, clandestinizar algo que é uma realidade social. O direito deve sempre encampar os fatos e não desmerecê-los, reprimi-los ou ignorá-los.

Temos um caso de dissolução de união isoafetiva, em Belo Horizonte, antes do julgamento do Supremo Tribunal, em comento, em razão da morte do companheiro do proponente da ação, que o Juiz da Vara Cível não recebeu a inicial e extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Constou, da sentença terminativa, várias páginas com citações bíblicas e pouco mais de uma página com alusão jurídica. No recurso, interposto pelo autor, o Tribunal cassou a sentença, determinando o enfrentamento do mérito. Eis um exemplo de perpetuação da clandestinidade jurídica, caso não reformada a sentença. Eis mais um caso da tentativa do prevalecimento do aspecto religioso sobre o jurídico. Porém, um resquício de preconceito persistiu, qual seja, a oferta dessa ação na Vara Civil, quando o correto seria na Vara de Família, ressaltando-se que, em razão da matéria, a competência nesse caso é absoluta.

No julgamento da ADPF n. 132-RJ e da ADI n. 4.277-DF, em análise, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, a interpretação conforme à Constituição é, antes de mais nada, uma interpretação sistemática, eis que, conforme ressaltado acima, o art. 1.723 do Código Civil, em linhas básicas, reproduz o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, ambos exigem que, para constituição da união estável, necessário é a diversidade de sexo.

Assim, se permanecesse, o Supremo Tribunal Federal, apenas na interpretação literal do artigo 226, 3º, da Constituição Federal, ambos os pedidos seriam julgados improcedentes, eis que o art. 1.723 do Código Civil está em consonância com o artigo constitucional aqui citado.

E interessante neste julgamento é que no RE 397.762/BA, relatado pelo Min. Marco Aurélio, anterior ao caso em análise, estava presente também o Min. Ayres Britto, sempre entendendo possível a admissão, no Direito brasileiro, da união estável isoafetiva. Porém, dissentiram desse entendimento, além do Ministro Marco Aurélio, o então Min. Menezes Direito, para quem “*nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar ‘união estável’ a uma situação de fato (...)*”.¹⁶

A Min^a. Cármem Lúcia, naquela época, entendeu, no que tange à união estável, que “*a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento*”.¹⁷ No julgamento da ADI 477/DF a douta ministra modificou entendimento, admitindo a união estável isoafetiva, ou seja, desprezou a interpretação gramatical e encampou a interpretação sistemática ou interpretação segundo à Constituição.

O Min. Ricardo Lewandowski, também no RE 397.762/BA, tal como então o Min. Menezes Direito, também entendeu que a união estável exige diversidade de sexo, ao analisar o art. 1.723 e o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Naquela oportunidade e como ressaltou no voto da ADI 4.277/DF¹⁸ disse Lewandowski que “*não há como enquadrar a união estável entre pessoas do mesmo sexo em nenhum dessas espécies de família (...)*”.

Para tanto, demonstrou o Min. Ricardo Lewandowski que a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida na Assembleia Constituinte, optando, os Constituintes, pela impossibilidade de se caracterizar a união estável, se o casal for do mesmo sexo. E, portanto, para o Ministro, não há que “*cogitar-se de uma mutação constitucional ou mesmo de proceder uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos (...)*”.¹⁹

Porém, o problema persistia, ou seja, como ficava então a situação jurídica das pessoas do mesmo sexo, que conviviam sob o mesmo teto e consideravam família. O Min. Ricardo Lewandowski, numa leitura

¹⁶ ADI 4.177/DF, p. 710.

¹⁷ ADI 4.277/DF, p. 710.

¹⁸ ADI 4.277/DF, p. 711.

¹⁹ ADI 4.277/DF, p. 712.

sistemática do texto constitucional e diante da necessidade de “dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual”,²⁰ entendeu que a união isoafetiva era outra espécie entidade familiar, além das três previstas pela Constituição.

Trabalhou o Min. Ricardo Lewandowski com a integração analógica, na ausência de regramento específico, apoiando nos ensinamentos de Canotilho,²¹ aqui sintetizado: “a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional.”

Para tanto, necessário era ainda esclarecer se o rol de entidades familiares, elencadas no art. 226 da Constituição constituía em número fechado (*numerusclausus*) ou era meramente exemplificativo. Assim, socorreu, o Min. Ricardo Lewandowski, do conhecido artigo de Paulo Luiz Netto Lobo,²² por meio do qual pode concluir, sem nenhuma margem de dúvida, que os tipos de entidades familiares, aludidos nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal, são meramente exemplificativos. Portanto, outras entidades poderão existir e deverão ser encampadas pelo direito.

Assim, concluiu Lewandowski:

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los.

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousar dizer – que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradi-

²⁰ ADI 4.277/DF, p. 713.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1234-1235.

²² LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 11.12.2013.

cional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem-estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.”²³

Portanto, em aplicação, no Supremo Tribunal Federal, o respeitável entendimento de Konrad Hesse,²⁴ posto que, “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. Assim, não é correto o direito continuar alheio aos acontecimentos, mantendo, por preconceito, relações que acontecem no plano fático, na clandestinidade jurídica. Portanto, foi declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, a existência da união estável homoafetiva, aplicando, a essa entidade familiar, por analogia, as regras da união estável heteroafetiva.

Ressalte-se que a crítica de que o Supremo comportou-se como legislador positivo ou coisa equivalente não procede. Os Ministros apenas interpretaram a Constituição em consonância com vários fatos concretos, que estavam à margem do direito, numa odiosa discriminação e confrontando com a própria Constituição, como norma inclusiva que o é.

Portanto, a solução buscada no Supremo Tribunal Federal não dependia de legislação, eis que advinda dos direitos fundamentais, com destaque ao direito à dignidade da pessoa humana, a permitir, com lastro no artigo 226 e parágrafos da Constituição de 1988, uma reformulação do conceito de família, separando questões eminentemente morais das jurídicas.

O Ministro Marco Aurélio reacende a discussão, no voto, sobre moral e direito, lembrando-nos que o Direito sem a moral legitimou atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg²⁵, demonstrando que não pode haver obediência cega à lei injus-

²³ ADI 4.277/DF, p. 717.

²⁴ HESSE, Conrad. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

²⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010, p. 19, quando trata da velha po-

ta. Afirmar, o Ministro Marco Aurélio²⁶, que o “Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.”

Também relembra o Ministro Marco Aurélio²⁷, que o “direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica”.

Portanto, não é possível conceber o direito totalmente apartado da moral, como pretendeu Kelsen. Ambos têm critérios distintos, porém interligados. Aliás, essa discussão também foi enfrentada, na Inglaterra, sessenta anos atrás, quando do debate sobre a legalização das relações sexuais, conforme conclusões registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Até então a sodomia era criminalizada.

Nesse debate, de um lado estava o Professor L. A. Hart e de outro o Magistrado Lorde Patrick Devlin. Hart defendia o respeito à individualidade e à autonomia privada. Devlin, por sua vez, entendia o prevalecimento da moralidade coletiva que, naquela época, repudiava relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Ressalta o Ministro Marco Aurélio²⁸ que Devlin “*afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum.*” Porventura desprezada a moralidade, a sociedade sucumbiria. Portanto, cabia ao Direito impedir tal catástrofe. Assim, o direito, para Devlin, não poderia sobrepor à moralidade, entendida por ele como sendo o juízo de uma pessoa normal²⁹. E Devlin deixou assentado que ninguém considerava a homossexualidade um bom projeto de vida.

Nesse caso, verifica-se que razão assiste a Farrell, citado por Noel Struchiner, ou seja, há que se considerar “uma versão ‘desdramatizada’

lêmica entre jusnaturalismo e positivismo, também ressalta o problema entre direito e moral, trazendo à discussão justamente as Leis de Nuremberg.

²⁶ ADI 4.277/DF, p. 81s1.

²⁷ ADI 4.277/DF, p. 811.

²⁸ ADI 4.277/DF, p. 810.

²⁹ Hart criticou tal solução, por entendê-la de extrema vagueza, eis que não esclarecia o que é o juízo moral de uma pessoa comum.

do debate positivismo jurídico/direito natural”³⁰, eis que nenhuma dessas correntes deixam de avaliar o direito do ponto de vista moral. É por tal razão que Farrell³¹ insiste que

A versão ‘desdramatizada’ mostra que a discussão entre direito natural e positivismo jurídico perdeu a sua importância: não se trata de uma discussão acerca de se a moral tem alguma relação com o direito, mas de uma discussão acerca de quando se deve estudar a relação entre moral e direito, relação que nenhuma das partes nega. E as consequências de estudar essa relação em um momento ou em outro são as mesmas.

No Direito das Famílias a prevalência de aspectos exclusivamente morais emperra-o. Assim e considerando que uma minoria não achava a homoafetividade imoral, necessitava do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, enquanto os projetos sobre tais questões eram reprovados no Congresso ou então engavetados, em manifesto prejuízo aos interessados na solução deste assunto.

Assim foi que o Ministro Marco Aurélio também extraiu “*do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões (...)*”³², principalmente considerando que cabe ao Estado auxiliar as pessoas na realização dos respectivos projetos de vida, no desenvolvimento livre e pleno de suas personalidades.

Acrescentou ainda o Ministro Marco Aurélio³³ que ao “Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”.

³⁰ STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MARIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 413.

³¹ FARRELL M. *Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*. Doxa, vol. 22, n. 2, 1988, p. 121/128.

³² ADI 4.277/DF, p. 821.

³³ ADI 4.277/DF, p. 819.

O Ministro Celso de Melo³⁴ressalta a perseguição dos homossexuais na legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil, no período colonial, ressaltando as punições previstas no Livro V, das Ordenações do Reino, conhecidas como “*liber terribilis*”, diante da maneira cruel impostas pelas autoridades da Coroa, quando em perseguição e dominação aos homossexuais.

Considerando que tal descrição histórica ajuda-nos a compreender a repressão, o preconceito e o pseudo moralismo persistentes até os dias de hoje, com relação aos homossexuais, como, por exemplo, no Congresso Nacional ou na Avenida Paulista, em São Paulo, Capital, conforme relatos televisivos, interessante é transcrever as colocações do Ministro Celso de Melo³⁵:

É interessante observar que as Ordenações do Reino— as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603)—, marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, *também* qualificada como ‘pecado nefando’ (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como ‘cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha’, *cominaram* sanções gravíssimas que viabilizavam, *até mesmo*, a imposição do ‘*supplicium extremum*’ aos autores dessas práticas sexuais tidas por ‘desviantes’, como revela VERONICA DE JESUS GOMES, em *Dissertação de Mestrado* (“*Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*”, Niterói, UFF, 2010).

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos *nem* sofrer *quaisquer* restrições de ordem jurídica *por motivo* de sua orientação sexual”.³⁶

Ainda no voto lançado pelo Ministro Celso de Melo, certo restou que, pela interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição, é perfeitamente possível entender e opinar pela admissibilidade da união isoafetiva no Direito brasileiro, como mais uma das entidades familiares, além das três outras apenas exemplificadas pela Constituição, a saber: casamento, união estável e família monoparental.

³⁴ ADI 4.277/DF, p. 826.

³⁵ ADI 4.277/DF, p. 826/827.

³⁶ ADI 4.277/DF, p. 833.

Com efeito, para a interpretação sistemática e teleológica, basta entender que os princípios constitucionais têm por escopo, como, por exemplo, o § 3º do art. 226, a inclusão e não a exclusão dos exprobrados. Tem por finalidade a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perpetuação do preconceito e da desigualdade. Depois, o art. 226, § 3º, da Constituição, ao exigir, para união estável, a diversidade de sexo, estava apenas incluindo esta entidade familiar no ordenamento jurídico, já que antes da Constituição Federal não era reconhecida, como entidade familiar, e, por conseguinte, não existe lógica alguma em entender que tal artigo agora é excludente, com relação à união estável homoafetiva.

O Ministro Celso de Melo encampou, para aderir à tese dos postulantes à declaração de legalidade das famílias isoafetivas, também o direito à busca da felicidade, inerente a todos nós, apoiando nas palavras de Stephanie Schwartz Driver:³⁷

Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.

3. CONCLUSÃO

Ressalta-se a importância do julgamento acima analisado à sociedade brasileira, a partir do tratamento que o Supremo Tribunal Federal deu à instituição família que, pelo aspecto moral e religioso, encampado até então pelo Direito, exigia diversidade de sexo. A partir de então foi afastada essa interpretação reducionista e ortodoxa acerca da família, instituição em permanente construção, como categoria sociocultural e como núcleo doméstico, formal ou informal, constituída por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos.

³⁷ DRIVER, Stephanie Schwartz. *A Declaração de Independência dos Estados Unidos*. Tradução de Mariluce Pessoa, Ed. Jorge Zahar, 2006, p. 32/35..

Portanto, a vivência homoerótica no Brasil sempre foi reprimida, com tratamento preconceituoso, discriminatório e excludente. A decisão do Supremo Tribunal Federal traduz em uma mudança paradigmática, a imprimir novos rumos à causa da comunidade homossexual e também para julgamentos de outros casos, na qual basta apenas uma adequação da legislação infraconstitucional, nem sempre afinada com os fatos, em consonância com os ditames da Constituição.

O preconceito em relação ao sexo das pessoas, a partir de então, não pode mais ser considerado como fator de desigualação jurídica, eis que colide com o objetivo constitucional de promoção do bem de todos, conforme consta do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

Também houve o reconhecimento do direito à preferência sexual, emanção direta do princípio da “dignidade da pessoa humana”, como o direito a autoestima é à busca da felicidade. O concreto uso da sexualidade foi considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, como parte do princípio da autonomia da vontade. Enfim, também para o Supremo sexo deixou de ser tabu, algo intocável e sacralizado.

Assim, no julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF n. 132-RJ, certo restou que não há na Constituição nenhuma disposição proibindo a união entre pessoas do mesmo sexo, aplicando-se, no caso, a regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, encampada pela Constituição Federal, em seu inciso II, do art. 5º, ao determinar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por conseguinte, de entender-se que o livre uso da sexualidade humana faz parte da autonomia de vontade e deve ser entendido como um direito subjetivo, integrando às clássicas liberdades individuais (informação, locomoção, de trabalho, expressão artística, etc.), que se concretiza sob a forma de direito à intimidade e à privacidade.

Portanto e no tocante ao sexo, o silêncio normativo da Constituição Federal permite-nos afirmar que fica à livre discricção de cada um a orientação sexual que o desejar, sem tornar menos digna, a pessoa que optar pelo homossexualismo e, por conseguinte, não poderá ficar marginalizada pelo direito, principalmente em se tratando de uma Constituição inclusiva, mesmo diante dos olhos daquele que insistem

numa leitura ultrapassada, ditatorial e moralista acerca daquelas disposições constitucionais.

Como sabido, a homossexualidade não é uma anomalia patológica. Assim, qualquer que seja a preferência sexual das pessoas, tal comportamento há que ser tido, por antecipação, como lícito. Aliás, a Constituição lida com normas que não distingue a espécie feminina da masculina, como não exclui qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural, eis que, “*nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva*”.³⁸

Ademais, a preferência sexual emana, diretamente, do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), como importante fator de afirmação e promoção pessoal e em consonância também com o princípio da felicidade, por meio do qual há preponderância da afetividade sobre a biologicidade.

Portanto e como dito acima, paradigmática é a decisão do Supremo Tribunal ao entender, demolindo preconceitos e com fulcro nos princípios constitucional, acima citados, que a convivência contínua e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo, com o intuito de constituição de família, é também considerada como entidade familiar e, por conseguinte, acobertada pelo Direito.

Porém, no fechamento deste trabalho soam-me as ferrenhas críticas de Virgílio Afonso Silva³⁹ convencendo-nos de que os métodos de interpretação advindos da Alemanha (na verdade de alguns poucos autores constitucionalistas daquele país), nada mais são do que nova roupagem do tradicional método de interpretação (gramatical, finalístico ou teleológico, sistemático e histórico).

Ressaltamos que a interpretação, conforme a Constituição, não passou de mera interpretação sistemática, bem como também socorreu, o Supremo Tribunal Federal, da interpretação teleológica. Utilizou-se também, a Suprema Corte brasileira, do método de integração do direito (da analogia), ao determinar a aplicação, no caso concreto, para as uniões isoafetivas, da lei da união estável.

³⁸ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 637.

³⁹ SILVA, Virgílio. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. 1. ed., 2ª tiragem, 2007, p 115/143.

Portanto, a decisão do Supremo, analisada neste trabalho, não careceu de socorrer-se de outros métodos interpretativos e por isso não deixou de ser exemplar, de atingir o fim almejado pelas partes autoras, a de ampliar o rol das famílias existente no Direito brasileiro.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 – Distrito Federal, Relator Min. Ayres Britto, de 5.5.2011.

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – Rio de Janeiro, Relator Min. Ayres Brito, de 5.5.2011.

ROBERT, Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BENDA, Ernst *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DRIVER, Stephanie Schwartz. A Declaração de Independência dos Estados Unidos, Trad. de Mariluce Pessoa. Ed. Jorge Zahar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes 2005, p. XVII.

FARREL, M. *Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*. Doxa, vol. 22. n. 2, 1988, p. 121/128.

FRASER, Nancy (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HESSE, Konrad. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/>

texto/2552/entidades-familiares-consitucionalizadas>. Acesso em: 11 dez. 2013.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010.

SILVA, Virgílio. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. 1.ed. 2. tiragem, 2007.

STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: *MARIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Orgs)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

