

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

FREDERICO BOMTEMPO BOTTI

JUIZ DE FORA, 1 DE DEZEMBRO DE 2011

FREDERICO BOMTEMPO BOTTI

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de Direito Civil, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientação: Professor ISRAEL CARONE RACHID

Juiz de Fora, 1 de dezembro de 2011

FREDERICO BOMTEMPO BOTTI

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de Direito Civil, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientação: Professor ISRAEL CARONE RACHID

COMISSÃO EXAMINADORA:

Professor Israel Carone Rachid
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Isabela Gusman Ribeiro do Vale
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora, 1 de dezembro de 2011

Dedicatória

Ao meu pai Marcus, à minha mãe Tânia, à minha irmã Flávia e à minha namorada, Flávia. Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me ajudaram e me apoiaram na conclusão desse período tão importante na minha vida.

Agradeço, em especial, ao meu professor e orientador, Israel Carone Rachid, por ter me dado atenção integral neste momento, sem falar na amizade que me rendeu além de inúmeros conselhos tão necessários quando se tem tantas dúvidas a respeito do futuro e da profissão, muitas risadas e boas lembranças da faculdade. Muito Obrigado!

À meus pais por estarem sempre incentivando e acreditando no meu sucesso, subsidiando meus sonhos não só materialmente mas também com exemplos de perseverança e fé.

À Flávia, minha linda, por ter tido paciência em todas as minhas ausências e mesmo assim estar ao meu lado, e principalmente por estar disposta sempre a me ajudar no que fosse preciso para a realização desse trabalho.

Época triste a nossa, em que é mais difícil
quebrar um preconceito do que um átomo.

ALBERT EINSTEIN

RESUMO

O presente trabalho busca proporcionar um panorama sobre como o casamento entre pessoas do mesmo sexo é abordado tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira atual.

O trabalho direciona-se no sentido de abordar como a homossexualidade é tratada desde os mais remotos registros datados da Grécia clássica até os tempos contemporâneos, além de traçar um paralelo com o direito comparado, no intuito de verificar em que medida o Brasil se encontra desatualizado em termos normativos.

Além de doutrina estrangeira a respeito, o trabalho conta ainda com o que houve de mais recente em termos de decisões sobre o tema, além de relacionar as atuais bases legais com a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

Em suma, este escrito reconhece o atraso legislativo no tratamento de institutos que, na literalidade da lei, desconhecem a possibilidade de pessoas do mesmo sexo se unirem em união estável ou em matrimônio. A partir dessa premissa e da lógica conclusão de que é urgente a necessidade de reforma constitucional e legal, indaga-se se seria possível, garantir esses direitos àqueles que almejam constituir uma família.

PALAVRAS CHAVE: Casamento homossexual; Homossexualidade; Família; Homoafetividade; União Estável; Dignidade da Pessoa Humana; Sexo e Direito; Leis e Legislação.

ABSTRACT

This paper seeks to provide an overview of how the marriage between same sex is addressed both in doctrine and in the current Brazilian law.

The work is directed towards addressing how homosexuality is treated from the earliest records dating from classical Greece to contemporary times, and draw a parallel with the comparative law, in order to ascertain to what extent Brazil is outdated in normative terms.

In addition to foreign doctrine, the work also has what was the latest in terms of decisions on the subject, and relate the current legal basis with the Tri-dimensional Theory of Law by Miguel Reale.

In short, this essay acknowledges the delay in the legislative treatment of institutes in the literalness of the law, ignoring the possibility of same-sex couples to unite in marriage or in stable union. From this premise and from the logical conclusion that there is an urgent need for constitutional and legal reform, asks whether it would be possible to guarantee these rights to those gay people who want a family.

KEY WORDS: Mariage between homosexual people; Homosexuality; Family; Homo-affection; Stable union; Sex and Law; Legislation; Human Dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A HOMOAFETIVIDADE DA ANTIGUIDADE ATÉ A ATUALIDADE.....	12
1.1 Grécia.....	12
1.2 Roma pré-cristã.....	13
1.3 Início do cristianismo até o fim da idade média.....	14
1.4 No Brasil Colônia, Império e República.....	16
1.5 O homossexualismo como doença.....	17
1.6 Despatologização.....	17
2. A ABORDAGEM LEGAL E DOUTRINÁRIA EM OUTROS PAÍSES.....	19
2.1 Introdução e perspectiva global.....	19
2.2 Argumentos contrários.....	20
2.3 Argumentos favoráveis.....	22
3. O ATUAL IMBRÓGLIO BRASILEIRO.....	25
3.1 Bases legais.....	25
3.2 A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.....	27
3.3 O posicionamento do STF na ADI 4277.....	29
3.4 A utilização do precedente para o casamento civil.....	35
3.5 O STJ reconhece o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.....	37
4. CONCLUSÃO.....	40
BIBLIOGRAFIA.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar a atual situação jurídica na qual se encontra o instituto do casamento civil, especificamente aquele que se dá entre pessoas do mesmo sexo, consideradas a doutrina e a jurisprudência a respeito.

Em um primeiro momento, o trabalho expõe que o homossexualismo já ocorre entre homens e mulheres desde as mais remotas épocas, demonstrando que tal prática não se trata de uma aberração social, como querem crer alguns, mas um comportamento natural, que ocorre aleatoriamente em certos indivíduos. Observa-se que não por acaso somente contemporaneamente o homossexualismo deixa de ser considerado uma doença, o que, de certa forma, explica o tratamento discriminatório que os homossexuais sofreram e sofrem até os dias atuais.

Superada a análise histórica, a atenção é vertida para o Direito Comparado e as doutrinas alienígenas que ora defendem o casamento entre pares do mesmo sexo e ora criticam, sempre levadas por vieses tradicionalistas e de crença.

No Direito Comparado, o Brasil, sem nenhuma surpresa, vê-se numa situação de enorme atraso legislativo, tendo por parâmetro países europeus, norte-americanos e até mesmo sul-americanos, que já possuem normas efetivamente reguladoras deste e de outros institutos jurídicos, como a união estável, voltadas para os pares de mesmo sexo.

Passando-se à análise do ordenamento pátrio a respeito, verifica-se a completa ausência de qualquer referência a respeito da possibilidade de pessoas de mesmo sexo poderem, juridicamente, se unir, seja por meio da união estável, seja pelo casamento civil. A análise desses institutos positivados mostra que o legislador sempre se preocupou em dispor “homem e mulher” nos textos, evidenciando uma influência do Direito Canônico.

Após, faz-se um breve apanhado sobre a Teoria Tridimensional do Direito, elaborada por Miguel Reale, segundo a qual o Direito não se limita aos postulados escritos na literalidade na norma, mas compõe-se também de um

vetor axiológico, no qual os valores caros a uma determinada sociedade são importantes para a interpretação das normas que a regem.

Analisa-se, ainda, a decisão do STF no julgamento da ADI 4277, que admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme ao art. 1723 do Código Civil, para rechaçar qualquer interpretação que afaste a aplicabilidade do instituto a casais homoafetivos.

Questiona-se se os argumentos utilizados no julgamento da referida ADI, dentre os quais se encontram os princípios da igualdade, liberdade, vedação ao preconceito, autonomia da vontade, não discriminação, dignidade da pessoa humana, busca da felicidade, entre outros, poderiam ser utilizados para estender aos casais homossexuais o direito de se casarem.

Finalmente, anota-se o mais recente precedente acerca do tema, o julgamento do Recurso Especial nº. 1.183.378, pelo STJ, autorizando o casamento entre duas mulheres.

Assim, o presente trabalho busca evidenciar a já óbvia defasagem legislativa no sentido de regular a união entre pessoas do mesmo sexo, seja pelo casamento, seja pela união estável, além de, a despeito disso, reconhecer o direito dessas pessoas de se realizarem e constituírem suas famílias.

1. A HOMOAFETIVIDADE DA ANTIGUIDADE ATÉ A ATUALIDADE

1.1 Grécia

A homoafetividade não se trata de fenômeno recente, não é coisa dos tempos modernos, trazida com a sempre revolucionária juventude, disposta a quebrar tabus e transformar a sociedade. Diferentemente do que o senso comum jamais poderia supor, a prática homossexual tem origem das mais remotas e, ao que parece, acompanha a humanidade desde seu começo.

Os registros mais remotos apontam que já na Grécia Clássica, o berço da filosofia e da democracia, a pederastia era prática amplamente aceita, vista como um suporte às iniciações do conhecimento de todo homem, estando ligada à própria idéia de cidadania.

Segundo Foucault¹ (1985:174), a prática da pederastia ocorria entre cidadãos livres, quase sempre de idades dispares, onde o parceiro mais velho (*erasta*) era o amante, e o mais jovem (*eromeno*) era o amado. Ainda segundo o autor “quando os homens, após terem aprendido tantas habilidades úteis, começaram a não negligenciar mais nada em sua pesquisa, surgiu a filosofia e, com ela, a pederastia” (1985: 214).

Assim, pode-se dizer que na Grécia o relacionamento entre dois homens tinha um papel social, não se limitava apenas à idéia de sexualidade que atualmente é a sua única acepção. O seu valor estendia-se ao campo das atitudes morais, pois ao homem mais velho, que já havia terminado sua formação, e que se supunha desempenhar um papel social, moral e sexualmente ativo, cabia tornar o rapaz mais jovem um homem maduro, que desempenharia um papel social, fazendo-lhe aumentar seu *status*.

Para se ter uma idéia, e, novamente citando Foucault, “os gregos não se opunham, como duas escolhas excludentes, como dois tipos de comportamento radicalmente diferentes, o amor ao seu próprio sexo ao amor

¹ FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

pelo sexo oposto. As linhas de demarcação não seguiam tal fronteira”. Mas não há que se falar em bissexualidade.

Ao analisar a história é preciso que sejam evitadas as remições a conceitos contemporâneos. Na Grécia Clássica não ocorria a bissexualidade em sua acepção moderna (de uma estrutura dúplice, ambivalente, bissexual do desejo). Para os gregos, a natureza do desejo que liga um homem a uma mulher sob a forma sexual, como macho e fêmea, não se confundia com o amor que, à época era uma exclusividade entre os homens. O amor verdadeiro era apenas aquele vivido entre homens, uma vez que a amizade encontrava-se implícita nesse amor e representava uma grande virtude.

1.2 Roma pré-cristã

Após esse período, observaram-se na Roma Antiga novamente as práticas sexuais entre homens, mas agora, ao contrário do que ocorria na Grécia, a relação era tratada com bem menos importância. Isso se deveu muito ao fato de que, em Roma, não mais havia a preocupação para a forma com a qual a relação se revestia – limitando-se aos cidadãos livres.

Nota-se, nesse cenário, que não era admissível ao homem mais velho exercer qualquer poder sobre um outro homem livre, ainda que mais novo. A liberdade dos homens, ainda que jovens, prevalecia, tanto para os que aceitavam quanto para os que recusavam as tentativas de outro homem.

Chegou até mesmo a vigorar a “Lex Scantinia”, lei que não proibia a homossexualidade, mas, de acordo com Foucault² (2007: 190), “defendia o adolescente da violência e do abuso”.

Seguindo os ensinamentos desse mesmo autor, o que dava suporte à pederastia na Grécia – a contribuição à educação e formação dos adolescentes –, tornou-se insustentável em Roma, uma vez que não havia mais essa preocupação filosófica, educacional. Além disso, crescia a desconfiança nos

² FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade. O Cuidado de si. Rio de Janeiro: Graal. 2007. vol.3.

discursos de médicos e filósofos a respeito dos “efeitos de seus abusos para o corpo e para a alma”.

De outra banda, eram valorizados o casamento e as obrigações conjugais, tornando a prática homossexual, conforme dito, mais restrita a homens livres e servos ou escravos.

Em síntese, de acordo com Aníbal Guimarães³, Roma, ao longo dos séculos I e II de nossa era, “era muito mais ligada à exigência de uma ‘abstinência modelada sobre a integridade virginal’ do que como era no caso da Grécia, ‘sobre a dominação Política e viril dos desejos’”.

Tendo em vista essa evolução, pode-se dizer que a relação sexual passou a assumir um lugar central, deixando de ser considerada meramente uma fonte de prazer para ser associada com doenças e o mal. Essa gradual mudança de pensamento acabou por desaguar numa ideologia que, reconhecida para vários autores, originou e fundamentou a doutrina cristã, incorporando uma ética da relação matrimonial entre homem e mulher a que o cristianismo irá logo em seguida, no curso da história, se incorporar.

1.3 Início do Cristianismo até o fim da Idade Média

Com o advento da religião católica, e com sua crescente importância, vindo a se tornar a religião oficial do Império Romano, o homossexualismo tornou-se gradativamente uma prática clandestina, considerada pecaminosa e merecedora de punição.

Um dos mais marcantes traços dessa nova moral cristã que se formava foi a interpretação atribuída ao conto Bíblico de Sodoma e Gomorra. Em verdade, o que era um conto judaico sobre a hostilidade dos moradores contra os anjos, punida com a destruição da cidade pelo poder divino, representando a reprovação da tradição judaica a tais atitudes, passou a ser interpretado no cristianismo como fundamento para se atribuir à homossexualidade a condição de pecado, passível de punição celestial.

³ GUIMARÃES, Aníbal. Sexualidade Heterodiscordante no Mundo Antigo. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo, RT: 2011.

Com o desenvolvimento da religião católica, Foucault chama a atenção para um importante fato que começou a ocorrer em meados do século XIII, e que se somava a todos os outros métodos utilizados pelo poder Estatal para dominar o ser humano: a confissão.

Através desse novo instrumento, a Igreja, que se confundia com o próprio Estado, passou a controlar não somente os atos e omissões dos homens, mas também seus pensamentos, que eram sujeitos à análise “divina” e ao veredicto incontestável do pároco. Assim, o último resquício de privacidade restou corrompido.

De acordo com Foucault, “na confissão, aquele que escuta não será simplesmente o dono do perdão, o juiz que condena ou isenta; será o dono da verdade. Sua função é hermenêutica. Seu poder em relação à confissão não consiste somente em exigí-la antes de ela ser feita ou em decidir após ter sido proferida, porém em constituir, através dela e de sua decifração, um discurso de verdade” (1985:66).

Assim, por meio desse exercício de terror psicológico, começavam a se fundamentar as bases para o que se tornaria, nas épocas que se seguiram, verdadeira caça às bruxas.

Nesse contexto, o que era pecado não era a relação homoafetiva em si, mas o fato de o homem abdicar de seus privilégios e de sua honra, enquanto cidadão, para se comportar da maneira passiva e inferior, refém do prazer, comportamento próprio das mulheres.

Nota-se ainda que, da mesma forma que ocorre nos dias atuais, o grau de reprovação variava de acordo com a maior ou menor compreensão e tolerância das diversas culturas européias, e, além disso, a posição social daquele que mantinha relações sexuais com outro homem.

Assim, a idéia de que a relação homossexual ia de encontro à natureza, somada ao já amplamente disseminado conto bíblico de Sodoma e Gomorra, resultaram na concepção de que as relações entre pessoas do mesmo sexo deviam ser banidas.

Por toda a Europa, várias eram as leis que contemplavam a homossexualidade como um crime punível com as mais severas penas – suplícios, enforcamento, afogamento, fogueira. Não restam dúvidas que tais

normas serviram de fundamento jurídico para as perseguições ocorridas na modernidade.

Nessa época, três eram as codificações que regiam a sexualidade dos homens: “o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil”. Esses códigos determinavam, cada um ao seu modo, o limite entre o proibido e o permitido.

Nota-se ainda, de acordo com Aníbal Gamarães, que a sodomia, que era o objeto de punição, não se restringia ao coito anal entre pessoas do mesmo sexo, sendo que “seu espectro, como amplamente comprovado através das acusações contidas nos autos da Inquisição, abrangia, inclusive, relações com animais, com mulheres, etc.”.

1.4 Brasil: Colônia, Império e República.

No Brasil, as Ordenações Manuelinas representaram o primeiro código penal a vigorar na então colônia, mas, mais relevantes, de acordo com Trevisan⁴, foram as Ordenações Filipinas, pois vigoraram por mais de dois séculos punindo a homossexualidade, quando, em 1821, foi extinta a inquisição portuguesa no Brasil.

Finalmente, em 1830, seguindo as tendências mundiais, foi sancionado um novo código criminal, que só então deixou de prever a prática homossexual como um delito, pois baseado em códigos recém-criados, voltados para outras preocupações que não as da cristandade, tais como o Napoleônico e Napolitano.

Os iluministas, idealizadores do código Napoleônico, entendiam ser uma barbaridade punir o homossexualismo com a morte. Consideravam que, se as práticas homossexuais fossem exercidas sem violência ou indecência pública, a prática não deveria dizer respeito ao Direito.

No entanto, não se pode dizer que houve uma grande evolução, pois tanto nesse código quanto nos que o seguiram, havia diversas figuras típicas que, por consubstanciarem tipo aberto, ou seja, por pecar por não serem

⁴ TREVISAN, João Silvério. A epopéia universal do desejo. Revista Sui Generis, a. III, n. 23, 1997.

determinadas e taxativas, abria-se a possibilidade para punir-se o homossexualismo, ainda que por vias indiretas.

Muitos exemplos podem ser citados como: “ofensa moral aos costumes”; “crime contra a honra e honestidade da família”; “ultraje ao pudor”; entre outros.

1.5 O homossexualismo como doença

Em resposta à descriminalização do homossexualismo em meados do século XIX, surgiu a patologização da conduta homoerótica em todo o ocidente, sendo que o tratamento como doença implicava a imposição de uma cura.

No Brasil, dessa forma, os relacionamentos que eram tratados como crime passaram a ser considerados uma enfermidade, inclusive pela autoridade do discurso oficial, e corroborado pelas influências externas.

Há quem diga que, na verdade, nada mudou com o passar do tempo. Com a descriminalização, seguida pela patologização, “a indignação moral e a condenação ética desde então se tornaram mais aguda e rancorosa que o discurso dos inquisidores, o qual se baseava, principalmente, na idéia de que a antinaturalidade do ato homossexual – masculino pelo menos – representava o duplo desperdício da semente vital”.

1.6 Despatologização

Muito tempo passou para que o homossexualismo fosse apenas objeto de preconceito peculiar de cada pessoa. De crime, passando a doença, só em 1973 foi que a pratica homossexual deixou de ser classificada como transtorno mental pela Associação Americana de Psiquiatria. Essa tendência foi seguida pela Associação Americana de Psicologia em 1975, e, no Brasil, somente em 1985 o Conselho Federal de Medicina deixou de considerá-la transtorno sexual.

A Organização Mundial de Saúde, em 1990, retirou a homossexualidade da lista de transtornos mentais, suprimindo-a do Código Internacional de Doenças (CID-10) em 1993, há meros 18 anos.

Na esteira da evolução por um Direito mais justo e igual, em 2001, os Países Baixos, pioneiramente, conferiram plena cidadania aos homossexuais, inclusive e, principalmente, reconhecendo às pessoas do mesmo sexo o direito de se casarem.

2. A ABORDAGEM LEGAL E DOUTRINÁRIA EM OUTROS PAÍSES

2.1 Introdução e perspectiva global

O intento do presente tópico é analisar algumas das mais recentes e interessantes regulamentações a respeito do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo em diversos países, além das posições doutrinárias a respeito. Esse esforço se justifica, uma vez que o estudo do Direito Comparado constitui uma ferramenta indispensável para a construção de novas idéias e para a fundamentação de teses, especialmente quando o tema não encontra tratamento jurídico no ordenamento, como é o caso do Brasil.

Não se busca um regramento pronto e acabado, mas uma análise do direito alienígena, no intuito de permitir uma melhor compreensão das tendências mundiais e, possivelmente, chegar a um modelo adequado à realidade brasileira.

Para se ter uma idéia do atraso do ordenamento brasileiro, se comparado a outros países, nem mesmo a união estável homoafetiva encontra-se regulamentada (o reconhecimento da união estável é fruto puramente de construção analógica feita pela doutrina e jurisprudência), sendo que o projeto de lei a respeito encontra-se esquecido em algum canto do Congresso Nacional. O que dizer então do casamento entre pessoas do mesmo sexo...

Conforme dito, o primeiro país a permitir a união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo foi a Holanda, em 2001; é certo, no entanto, que já em 1989, na Dinamarca, era reconhecido o direito à união estável.

Seguindo a tendência holandesa, em 2004 a Bélgica passa a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com os mesmos direitos conferidos às pessoas de sexos diferentes. Logo em seguida, em 2005, Canadá e Espanha aprovam suas leis autorizativas.

No ano de 2006 a África do Sul também passa a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seguida por Suécia e Noruega em 2009 e Portugal, Islândia e Argentina em 2010.

Nos Estados Unidos, foi o estado de Massachusetts o primeiro a autorizar o matrimônio homossexual, sendo seguido por Iowa, e Vermont, todos em 2009. New Hampshire e Washington, em 2010, também fizeram o mesmo⁵.

Como se nota, há por todo o mundo uma crescente propensão à aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, muito se discute acerca da possibilidade de se admitir o matrimônio homossexual, principalmente em países marcados por uma forte influência católica, como é o caso do Brasil.

Daí a necessidade de se analisar os argumentos favoráveis e contrários, para que se possa, a partir de uma pesquisa jurídico-científica, fundamentar uma resposta final, uma conclusão sobre o tema.

2.2 Argumentos contrários

É principalmente em tais países tradicionalmente influenciados pela doutrina católica onde surgem adeptos a teorias contrárias ao casamento igualitário, como, por exemplo, o espanhol José Luiz de Los Mozos, professor em Valladolid, que entende que se parte de um mal entendido, como se os direitos civis, especialmente o de contrair matrimônio, derivassem unilateralmente dos direitos fundamentais, fazendo-se aplicação deslocada, por mais evidente que seja que os direitos se destinam a todas essas pessoas.

De acordo com esse doutrinador, “não se nega que os homossexuais tenham os mesmos direitos que qualquer cidadão, o que não autoriza o matrimônio, pois este não faz parte de seus direitos civis, impedido pela natureza específica do matrimônio, buscando-se consegui-lo de forma ditatorial; em verdade, o que se deseja não é ampliar direitos, mas extingui-los e destruí-los, uma ‘lei ao contrário’, cujo fim é desprestigiar o casamento, desconhecendo-se que é entidade antropológica anterior a todo o direito; neste tipo de matrimônio falta a complementaridade de união entre as pessoas, tanto

⁵ CHAVES, Marianna. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48-63.

no aspecto físico como no psicológico: é que homem e mulher, embora iguais em direito, não o são em suas identidades”⁶.

Com o devido respeito, é possível notar nesses argumentos severos resquícios da doutrina católica, representados na concepção dogmática de que o casamento só é possível entre homem e mulher, o que não é verdade. Além disso, observa-se a contraposição de direitos fundamentais e direitos civis sob o argumento de que estes não derivam daqueles. Ora, não há dúvidas de que os direitos civis, assim como todos os demais, têm sua origem e seu fundamento na Constituição e na medida em que são princípios constitucionais os direitos fundamentais, não há que se falar em uma origem autônoma dos direitos civis, ou seja, todos os direitos se fundamentam na Constituição, logo, os direitos civis são os mesmos para todo ser humano.

Os argumentos contrários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo transitam sempre pelo direito natural, e levam em consideração o fato de que uma relação homossexual não poderia, supostamente, gerar prole, e, portanto, formar família, conceitos já ultrapassados e inverídicos, dadas as inovações médico-tecnológicas.

Na opinião de Gabriel Garcia Cantero, catedrático da universidade de Zaragoza, a análise da história do mundo ocidental revela que a função social do matrimônio consistiu, e permanece assim, como sendo o início da formação de uma família, “entendida como uma progênie ou sucessão de gerações, o que dificulta radicalmente [supostamente], a união homossexual”.

Com efeito, o conceito de família atualmente não se limita à reunião de homem e mulher com intuito de gerar prole. Ora, guardadas as devidas vênias, nada é mais comum nos dias de hoje do que a família monoparental, a união estável de pessoas do mesmo sexo com filhos, sejam eles adotados ou gerados pelos mais diversos meios de concepção. Assim, é preciso entender todas essas formas de família como dignas de tutela Estatal por meio da extensão a elas do direito ao matrimônio.

Por outro lado, há sem dúvida muitos argumentos favoráveis que superam em larga escala os argumentos contrários ao direito ao casamento entre pessoas de mesmo sexo.

⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo, RT: 2011.

2.3 Argumentos favoráveis

De acordo com Carlos Pamplona Corte-Real⁷, professor da universidade de Lisboa, a maior crítica aos que são contrários ao casamento homossexual é que tal doutrina restringe o direito de constituir família às situações conexas com o direito de procriar. Embora o casamento tenha por fim a constituição de família, não se pode afirmar que o instituto tenha por finalidade a geração, pois a relação entre os cônjuges já é uma relação familiar. O fato de a lei dispor os deveres dos pais perante os filhos, não faz supor o dever de procriar.

Ademais, para o autor lusitano, citando Duarte Pinheiro, é certo que ninguém pode ser prejudicado em razão de sua orientação sexual, logo seria se supor que é discriminatória, e dessa forma, inconstitucional, a vedação ao direito ao matrimônio a pessoas do mesmo sexo. Não há dúvidas de que tal vedação se funda no matrimônio católico, influência que não pode ser admitida num estado democrático de direito, pois restritiva de direitos.

Tendo em vista a opinião de Isabel Moreira, também catedrática de Lisboa, nota-se que o direito a contrair casamento é expressão do princípio da dignidade da pessoa humana:

“A dignidade humana serve como elemento que unifica os direitos fundamentais e o sistema constitucional com dúplici dimensão; primeiro como princípio supremo que obriga o Estado a conformar toda a ordem jurídica num sentido consentâneo e vincula todos os poderes; mas ainda afasta qualquer proteção do Estado, como um fim em si mesmo, pois garante ao indivíduo um espaço de não intervenção alheia, e que se chama de moral coletiva majoritária, que lhe permite ser, em liberdade, o que é. Desta forma, numa ordem constitucional fundada na dignidade da pessoa humana, a que o Estado se subordina, só razões muito poderosas excepcionais e com apoio constitucional pode o legislador afastar uma categoria de pessoas daquele direito.

⁷ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Da inconstitucionalidade do Código Civil e disposições conexas ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Coimbra: Almedina, 2008.

Poucos duvidam que no conteúdo exato do princípio da dignidade da pessoa humana se inscreve a autonomia ética do indivíduo, como consequência de que na sua plena assunção como sujeito é no indivíduo que cabe primordialmente a configuração e densificação do conteúdo preciso de sua dignidade; se é pessoa, à luz do conhecimento do papel da autonomia pessoal, é reconhecida a capacidade do indivíduo de produzir o sentido de sua própria dignidade, daí se originando clara a idéia da autodeterminação, livre desenvolvimento da personalidade, livre eleição e adoção de planos de formas de vida”⁸.

É possível notar claramente nessa passagem que a dignidade da pessoa humana relaciona-se intimamente com o direito de autodeterminação de cada pessoa, sendo que ao Estado não cabe restringir direitos próprios da autodeterminação dos indivíduos, sob pena de violação do preceito constitucional.

Para Luis Duarte D’Almeida, também professor em Lisboa, “a exclusão dos casais homossexuais de acesso a tais benefícios constitui evidente consequência discriminatória da noção de casamento, pois esse representa, enquanto expressão do compromisso afetivo e amoroso de duas pessoas; e atentatório ao princípio da igualdade, pois os benefícios tangíveis descritos (direitos e deveres conjugais) não atingem os de mesmo sexo, criando uma distinção jurídica que justifica a discriminação e a inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais”⁹.

Reitera-se assim, a idéia de que a restrição do casamento aos homossexuais atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sendo certo que num Estado Democrático de Direito não há que se tolerar tal distinção.

Após esse breve apanhado da doutrina estrangeira, nota-se que os que ainda relutam em aceitar o casamento homossexual fundamentam suas teses na natureza histórica do matrimônio, sendo a heterossexualidade considerada

⁸ MOREIRA, Isabel. Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada de artigos do Código Civil nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente. O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Coimbra: Almedina: 2008

⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: RT. 2011.

intrínseca ao conceito de casamento; soma-se a isso a idéia de procriação tida como inviável numa relação homoafetiva.

Conforme demonstrado, a doutrina favorável ao casamento homossexual refuta todos esses argumentos e embasa a antítese nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação, chegando-se a conclusão de que a união homoafetiva merece a tutela constitucional, assim como a união entre homem e mulher.

Pode-se agora vislumbrar as novas fronteiras que aguardam serem conquistadas pelo Direito brasileiro. Não há dúvidas de que o futuro que nos espera é a concessão dos mesmos direitos a todos, independentemente da sua opção sexual, a ampla cidadania. Para se chegar lá é preciso analisar o ordenamento pátrio, a doutrina e a jurisprudência a respeito do tema para que, assim, se chegue a uma conclusão.

3. A SITUAÇÃO ATUAL NO BRASIL QUE ENVOLVE A CONVIVÊNCIA DE PESSOAS DO MESMO SEXO

O Brasil, indiscutivelmente, é um país de fortes tradições religiosas. É o país com a maior população católica no mundo. Os brasileiros tiveram, assim, desde os tempos de colônia, a influência direta da Igreja, seja catequizando-os, seja imprimindo sua doutrina cristã no ordenamento pátrio, seja influenciando no próprio pensamento da sociedade.

O estado laico só foi positivado com a Constituição de 1891, o que não representou, necessariamente, uma mudança no pensamento da sociedade e, por conseguinte, do legislador. Com efeito, até hoje são muitos os dispositivos legais que espelham a doutrina cristã e, por estarem inseridos num contexto de uma sociedade amplamente diversificada, acabam por excluir certas minorias.

3.1 O Ordenamento Jurídico Brasileiro

Melhor exemplo dessa influência não poderia ser dado senão no tratamento jurídico evidentemente discriminatório dado aos homossexuais, pelo Direito de Família no Brasil. Vejamos:

A Constituição Federal no seu artigo 226, §§3º e 5º, começa a tratar da união estável e do casamento, privilegiando apenas as relações entre homem e mulher:

“Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre **homem e mulher** como entidade familiar devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente **pelo homem e pela mulher**”.

O Código Civil, por sua vez, deixa claro que certos institutos se restringem aos heterossexuais, como é o caso do casamento nos seus artigos 1.514, 1.517, 1.535 e, também, no caso da união estável, no art. 1.723.

“**Art. 1.514.** O casamento se realiza no momento em que o **homem e a mulher** manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

“**Art. 1.517.** O **homem e a mulher** com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, quanto não atingida a maioridade civil.”

“**Art. 1.535.** (...) declarará efetuado o casamento nesses termos: ‘De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por **marido e mulher**, eu em nome da lei vos declaro casados’.”

“**Art.1723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre **homem e mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Diante de tais dispositivos, resta evidente que o legislador pátrio, influenciado por uma doutrina eclesial que sempre marginalizou o homossexualismo, acabou por restringir certos direitos a determinados grupos de pessoas, diminuindo os direitos de outras, tendo como critério a sua opção sexual. Tal influência foi inclusive reconhecida no voto do Min. Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4277, *verbis*:

“...essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição **sócio-cultural-religiosa** do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje”.(Grifamos)

Nota-se, no entanto, que tendo em vista a evolução histórica do homossexualismo (vide item 1), o “erro” do legislador se revela, de certa forma, escusável: somente em 1985, somente três anos antes da promulgação da Carta Magna (1988), o Conselho Federal de Medicina deixou de considerar o homossexualismo como uma doença, sendo que em 1993, apenas nove anos

antes da edição do Novo Código Civil (2002), a Organização Mundial de Saúde suprimiu do cadastro internacional de doenças (CID-10) a homossexualidade.

Assim, é compreensível que tanto o legislador constituinte como também o ordinário não considerassem a união homoafetiva, que há pouco era vista como uma doença, como uma forma de família, digna de tutela estatal.

A despeito disso, o Direito deve sempre se atualizar, acompanhando os anseios de toda a coletividade por ele regida. Há que se considerar a realidade e suas nuances mais chocantes, as novidades da vida moderna e os direitos de toda pessoa, sem excluir minorias.

Nota-se, assim, que é urgente a necessidade de reforma constitucional e legal, para que se possa falar num ordenamento jurídico mais consentâneo com a realidade que se apresenta atualmente.

Entretanto, indaga-se se seria possível admitir, por meio de pura construção doutrinária e jurisprudencial, uma hermenêutica constitucional e legal que permitisse a união estável entre pessoas do mesmo sexo e até mesmo o casamento homossexual, mesmo com as atuais e tradicionais bases legais e constitucionais. É o que se pretende investigar a partir de agora.

3.2 A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale

A hermenêutica jurídica é a ciência que estuda os meios de interpretação do direito, consiste em saber o sentido de uma norma e a sua aplicação. Partindo-se do pressuposto de que toda norma depende de interpretação, por mais clara que aparente ser, é preciso ter em mente que a nova ciência do direito não mais se orienta pelos brocados latinos "*in claris non fit interpretatio*, ou *in claris cessat interpretatio*". Toda norma, por mais simples que aparente ser, deve ser interpretada.

Com efeito, o formalismo positivista foi superado, pertence ao passado a crença de que somente era jurídico aquilo que os dispositivos normativos expressamente reconheciam. A ciência jurídica evoluiu para uma nova concepção. Não há mais que se falar no direito como mera subsunção do fato concreto à norma jurídica (subsunção clássica), pura e simplesmente. Há que

se levar em conta, também os aspectos históricos, sociológicos, políticos, econômicos.

Ao contrário do que pregava o mais ilustre dos positivistas, Hans Kelsen, para quem o Direito não poderia ser influenciado por outras ciências, sendo puramente o conjunto de normas que formavam o ordenamento, o Direito não se restringe à lei.

Destarte, o Direito envolve muito mais que o processo de subsunção, por meio do qual ao fato aplica-se a norma prescrita. Com efeito, deve-se atentar para outros aspectos que circundam as relações humanas e que, por vezes, ganham roupagem jurídica.

É o que Miguel Reale denominou de Teoria Tridimensional do Direito. De acordo com o ilustre doutrinador, a norma é a conjunção de fatos e valores (as três dimensões do direito). O valor passa a ser, assim, um elemento relevante na análise da finalidade normativa, e não o mero fato.

Na lição de Reale:

“A estrutura do direito é tridimensional, visto como elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre dada situação de fato, referida a valores determinados” sendo sempre necessário observar “ a unidade ou a correlação essencial existente entre os aspectos fático, axiológico e prescritivo do Direito”¹⁰.

Ainda de acordo com o catedrático paulista:

“A tridimensionalidade específica do Direito resulta de uma apreciação inicial da correlação existente entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger, em unidade viva, os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito”¹¹.

Tem-se, assim, que o Direito deve levar em consideração os valores que circundam certa relação jurídica e são a ele intrínsecos. Pode ocorrer, no entanto, a contrariedade da norma prescrita e os valores que orbitam certa relação jurídica, o que ocasiona certos problemas.

¹⁰ REALE, Miguel, Filosofia do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

¹¹ Idem.

É o que acontece no caso da união homoafetiva e do casamento homossexual: se de um lado existe a lei que prescreve o casamento e a união estável apenas entre pessoas do mesmo sexo, há de outro lado valores de grande importância e relevância, inclusive, de envergadura constitucional que integram a norma, dando-lhe aplicabilidade a fatos concretos não previstos na lei, mas que merecem igual tutela.

No caso da união entre pessoas do mesmo sexo, poucos duvidam que os homossexuais sejam titulares dos mesmos direitos e garantias do que os heterossexuais. Assim, o que fazer e como conferir-lhes a plena cidadania diante da vontade de se unirem a despeito das prescrições legais que lhes vedam a união estável e o matrimônio?

Ora, não há dúvidas que as bases legais encontram-se desatualizadas e despidas de qualquer compatibilidade com um Estado Democrático de Direito, haja vista seu alto grau discriminatório e excludente de minorias. Frequentemente o Judiciário tem sido posto à prova para resolver questões como estas, envolvendo a contraposição das leis e de direitos por elas não abrangidos, mas que a Constituição garante.

A questão sobre a união estável chegou ao Supremo Tribunal Federal na ADI 4277, sendo julgada de forma surpreendente. É o que se pretende analisar a seguir.

3.3 O posicionamento do STF na ADI 4277

O presente tópico aborda, ainda que de maneira simples, o julgamento da ADI 4277, seus principais pontos e mais relevantes discussões acerca da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A ADI em comento foi distribuída no STF originariamente como ADPF 132-RJ, tendo por objeto o Decreto-Lei 220 de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, que disciplina o Estatuto dos Servidores Públicos daquele Estado.

Foi requerida, em sede de ADPF, a interpretação conforme os dispositivos inseridos nos incisos I e II do art. 19 e no art. 33, para afastar qualquer intelecção discriminatória desfavorecedora da convivência estável de

servidores homossexuais. Tais dispositivos tratam, respectivamente, da concessão de licença sem prejuízo dos vencimentos no caso de doença de pessoa da família e de previdência e assistência à família do servidor.

Além disso, foi requerido também o reconhecimento da incompatibilidade material entre diversas decisões judiciais e administrativas e preceitos constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana.

É dessa forma que a questão sobre a homoafetividade chegou ao Supremo e, configurando-se a hipótese do art. 77-B do Regimento Interno do STF, o relator, Ministro Ayres Britto, conheceu da ADPF, convertendo-a em ADI, nos seguintes termos:

“4. Seja como for, o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: “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”. É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção. Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

5. Em outras palavras, conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil

brasileiro à técnica da ‘interpretação conforme à Constituição’¹².

Como se depreende da transcrição do voto, foi levada ao plenário do Supremo a questão que afligia a doutrina e tornava a jurisprudência controvertida: as prescrições legais sobre a união estável que se referiam a homem e mulher em face dos casais homoafetivos, que buscam essa tutela estatal.

O extenso voto do Relator, o Ministro Ayres Britto, é fundamentado em diversas bases como, por exemplo, e, em apertadíssima síntese, o direito à privacidade, o direito à intimidade, à vedação à discriminação, à igualdade, à liberdade, entre outros.

A esse respeito, transcreve-se trecho do Informativo n. 644 do STF, sobre a referida ADI:

“O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas”¹³.

Indo mais a fundo no mérito, o eminente Relator analisou o art. 226, *caput*, da Constituição Federal, assim como seus parágrafos, e chegou à conclusão que o mais importante naquele dispositivo é, efetivamente, o *caput*, que prevê a tutela especial que foi conferida pela Carta Magna à família:

¹² Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 25.10, 2011

¹³ *Idem*.

“De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação 31 - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas”¹⁴.

Do fragmento acima transcrito é inarredável a conclusão de que a Constituição Federal, ao proteger a família enquanto instituição, não restringiu o seu conceito a uma acepção simplista e ortodoxa de se formar esta, obrigatoriamente, por homem e mulher.

¹⁴ Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 15.10.2011

Com efeito, a Constituição Federal, ao se utilizar da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos ou homoafetivos, não exige qualquer formalidade cartorária ou religiosa.

Considerou-se ainda que a norma constitucional dada à união estável, especificamente no §3º do art. 226, referindo-se a homem e mulher, não implica, de nenhuma maneira, a restrição deste instituto apenas para casais formados por pessoas de sexos diferentes.

Foi salientado que a Constituição Federal buscou, com essa redação, favorecer relações horizontais, ou sem hierarquia, na acepção que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, inclusive no âmbito familiar. Assim, a dualidade homem/mulher adotada no dispositivo serviu, tão somente, como um reforço normativo para acabar com a renitência patriarcal de que era impregnada a cultura brasileira.

Ademais, não se poderia admitir que o §3º fosse capaz de desvirtuar por completo toda a proteção conferida pelo *caput* à família em geral, não havendo que se falar na restrição do instituto aos casais homoafetivos. Nas palavras do Relator, “não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro”.

Por fim, insta observar que a Suprema Corte asseverou que o termo “entidade familiar” não traz consigo qualquer inferioridade hierárquica ou diferença da própria definição de família, sendo seu sinônimo perfeito, não havendo que se falar que estaria sendo admitida uma “nova” forma de família.

Concluindo e reiterando o que foi dito, venceu o argumento de que a Constituição não vedou a formação de família por pessoas do mesmo sexo – nem mesmo poderia, tendo em vista os princípios fundamentais referentes à intimidade, privacidade, liberdade e vedação ao preconceito – devendo ser a mesma ser reconhecida no enquadramento jurídico da união estável.

Por fim, para já de uma vez rebater eventuais argumentos que possam ser levantados sobre a criação de direitos via Judiciário, observou-se a aplicabilidade do art. 5º, §2º, da Carta Magna, que estabelece que outros direitos e garantias não expressamente listados nesta Constituição emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”.

Como se nota, o Supremo posicionou-se de maneira a garantir o direito ao reconhecimento da união estável a casais homoafetivos, dando

interpretação conforme ao artigo 1.723 do CC, para rechaçar qualquer interpretação em sentido preconceituoso e discriminatório, impossibilitando a sua aplicação de modo a restringir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O precedente criado pelo STF, em que pese ser considerado por marte da doutrina objeto de ativismo judicial, foi um marco para a comunidade jurídica brasileira que, por diversas vezes, viu serem proferidas decisões que discriminavam e negavam direitos aos que, na sua intimidade e privacidade, agiam contra os padrões impostos por séculos de opressão, embora seguindo seus instintos naturais.

Agora, com a eficácia vinculante conferida pelo reconhecimento da repercussão geral à ADI 4277, tais decisões vão sendo cada vez mais raras para o bem do Estado Democrático de Direito.

A despeito da importância da referida ADI e da repercussão que dela advirá – o que renderia algumas laudas deste trabalho, o enfoque principal é saber se de alguma forma, os argumentos de que se utilizou o STF podem ser aproveitados na discussão sobre o casamento entre pares do mesmo sexo. Seria um precedente que poderia ser utilizado para se poder falar no matrimônio homoafetivo?

Indiscutivelmente o reconhecimento de que as pessoas homossexuais têm os mesmos direitos civis do que os heterossexuais, dá margem ao questionamento: e quanto ao direito ao matrimônio?

O próprio direito à união estável, agora reconhecidamente passível de ser desfrutado por pares do mesmo sexo, se atrela ao casamento civil, inclusive no texto da Constituição que preceitua que “a lei facilitará sua conversão em casamento”.

Resta saber se o argumento de que a Constituição não proibiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo e, assim, tal direito não pode ser a tais pessoas restringido, aplica-se ao casamento. Em outras palavras, há alguma restrição constitucional ao direito ao matrimônio a pessoas homossexuais?

Todas essas questões serão abordadas no tópico a seguir.

3.4 A utilização do precedente para o casamento civil

Em que pese o casamento civil ser instituto que conta com muitos pontos divergentes da união estável, sem falar que se trata de ato solene, seria possível admitir que o direito ao matrimônio fosse conferido também aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, ainda que sem alteração legislativa?

Tudo nos leva a crer que sim. Com a jurisprudência firmada na ADI 4277, sem muito esforço é perfeitamente possível admitir o casamento entre pares homossexuais. Qualquer opinião em contrário pecaria pela contrariedade à interpretação constitucional dada pela Suprema Corte no sentido de proteger a família.

Todos os fundamentos utilizados no julgamento da ADI 4277 são perfeitamente compatíveis com a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, a decisão da Suprema Corte abriu uma janela por onde muitos casais poderão assegurar o seu direito ao matrimônio, embora o correto fosse que tais casais não necessitassem de tanto esforço hermenêutico, obtendo acesso ao casamento pela porta da frente, o que somente uma lei ou até mesmo uma emenda constitucional poderia garantir.

Seja lá como for, do mesmo modo como ocorre no tratamento legal e constitucional conferido à união estável, os dispositivos que se referem ao casamento vinculam seu exercício ao pareamento de um homem e uma mulher (artigos 226, §5º, CF e 1514, 1517, 1535, CC) o que, conforme visto no tópico anterior não foi óbice ao reconhecimento da união estável.

Sem falar que na Constituição é o *caput* do artigo 226 que norteia tanto o §3º, destinado à união estável, como o §5º, que regula o casamento. Assim, é o *caput* que assegura a especial proteção à família, não importando a sua forma de exercício, haja vista não serem únicas e absolutas as formas de família elencadas nos parágrafos do artigo 226.

Aliás, note-se que o mandamento constitucional do §5º, do artigo 226 – “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” – não está finalisticamente direcionado a estabelecer que o casamento somente possa ocorrer entre homem e mulher, mas, buscou a norma favorecer uma relação igualitária e horizontal entre os

cônjuges, sem hierarquia ou direitos concentrados num dos pólos da relação matrimonial, modelo que, por muito tempo foi seguido.

Por isso, e, da mesma forma que ocorre com a união estável, nota-se que o instituto do matrimônio encontrar-se-ia abrangido pela norma geral negativa, do art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo a qual o que não está proibido está permitido.

Ademais, uma vez que o casamento é fruto da união que se funda em razões de altíssimo grau de intimidade e privacidade (instinto sexual, libido, amor, afinidade etc.), não seria dado ao Estado restringir esse instituto a certos pares tentando interferir nessa íntima seara individual, no afã de formar somente casais que se enquadrem num paradigma predominantemente aceito.

Com efeito, conforme asseverado na ADI 4277, o sexo das pessoas não pode ser fator de desigualação jurídica, salvo disposição expressa ou implícita em contrário, o que não há efetivamente em todo o texto constitucional.

Por outro lado, seria um atentado aos princípios constitucionais que protegem o indivíduo do alvedrio das maiorias, restringir esse instituto tão indispensável à plena realização da pessoa humana em sua busca pela felicidade.

E não colhe alegar que o casamento seria destinado à reprodução humana e, assim, não havendo diversidade de sexos num casal homossexual, tal reprodução seria impossível. A uma porque a constituição de prole pode se dar tanto pelos mais diversificados meios biológicos distintos da tradicional concepção, quanto pelo meio jurídico de perfilhação da adoção. A duas porque não é negado o direito ao matrimônio a casais estéreis, logo, tal argumento revela-se falacioso.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III, CF), protraí-se em diversos vetores sociais e individuais, sendo que no específico caso das relações matrimoniais, a ocorrência desse princípio é patente. Como não prejudicar a dignidade de alguém negando-lhe o direito a se casar?

Há mais, porém: a norma referente à vedação ao preconceito insculpida no artigo 3º, IV, da Constituição Federal, impõe que não sejam restringidos direitos em razão da origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, negar o direito ao matrimônio a um casal de homossexuais, equiparar-se-ia ao absurdo de se restringir o instituto do casamento somente a pessoas brancas, ou nascidas numa determinada região do país. Por essa razão, o sexo, salvo excepcionais hipóteses, não pode ser objeto de diferença de tratamento jurídico.

Por fim, expostos todos os argumentos favoráveis ao casamento homossexual, não há como negar esse indispensável direito à proteção da família, seja ela formada por casais homossexuais ou heterossexuais, e a própria realização pessoal das pessoas que se encontram nessa condição. Não por outro motivo, recentes decisões dos tribunais pátrios vêm garantindo o direito ao matrimônio entre pares do mesmo sexo, conforme será abordado adiante.

3.4 O STJ reconhece o casamento civil entre pares do mesmo sexo

É certo que, não havendo qualquer forma de impugnação por parte do Ministério Público no procedimento de habilitação para o casamento (art. 1526, CC), ou, mesmo havendo, o juiz anuindo ao pleito, o casamento homossexual pode ser realizado sem maiores repercussões. Ocorre, porém, que não havendo a anuência do Parquet ou do magistrado, são cabíveis recursos para os tribunais locais e enfim, para as Cortes Superiores (STF e STJ).

Apesar de ser um fato notório que muitos casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo já foram realizados no Brasil¹⁵, tratou-se de um marco histórico a decisão da Quarta Turma do STJ do dia 25 de outubro de 2011.

No julgamento do Recurso Especial nº. 1.183.378, por 4 votos a 1, foi autorizado o casamento entre duas mulheres. As recorrentes, residentes no Rio Grande do Sul, já viviam em união estável e tiveram o pedido negado em primeira e segunda instâncias, ao argumento de que não havia possibilidade

¹⁵ O primeiro casamento homoafetivo que se tem notícia foi realizado em Jacareí (SP) no fim de junho de 2011, entre dois homens que já viviam em união estável, desde então, muitos outros foram celebrados por todo o Brasil.

jurídica do pedido, já que competiria somente ao Poder Legislativo a instituição do casamento homoafetivo.

Na mesma linha da ADI 4277, a Quarta Turma exarou o entendimento de que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento, conforme fragmento do voto do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão:

“Se é verdade que o casamento civil melhor protege a família e sendo múltiplos os núcleos familiares, não há discriminar qualquer família que dele optar, uma vez que as famílias constituídas por casais homossexuais possuem o mesmo núcleo axiológico das famílias formadas por casais heteroafetivos.”

(...)

“Por consequência do mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento”¹⁶.

O Ministro Marco Buzzi, por sua vez, destacou em seu voto que a partir do momento em que se reconhece a união homoafetiva como família e, se de outro lado o fundamento de existência das normas relativas à família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, sendo o casamento o principal instrumento para esse expediente, seria despropositado concluir que esse instituto não pode alcançar os casais homoafetivos.

Ainda segundo o Ministro, a intolerância e o preconceito não se mostram admissíveis no atual estágio do desenvolvimento humano, sendo que, para ele, “não existe um único argumento jurídico contrário à união entre casais do mesmo sexo. Trata-se unicamente de restrições de ideológicas e discriminatórias, o que não mais se admite no moderno Estado de Direito”.

Vale ainda observar que o único voto vencido no julgamento do REsp. foi o do Ministro Raul Araújo Filho que, embora não tenha se posicionado

¹⁶ Trecho do voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, decisão ainda não publicada, julgamento em 25 de outubro de 2011.

contrariamente ao provimento do recurso, alegou que não competiria ao STJ analisar o mérito do caso, mas sim ao STF. Note-se que inicialmente o Ministro se posicionara favoravelmente ao casamento homoafetivo, e somente após entendeu pela incompetência.

Em síntese, o que se tem em última análise é um precedente importantíssimo que, embora não tenha força vinculante, assenta uma tendência que já era observada desde o julgamento da ADI 4277.

Por fim, insta salientar que não obstante tenha a jurisprudência caminhado bem no sentido de assegurar o direito ao matrimônio a casais homossexuais, ainda faz-se necessária uma regulamentação expressa sobre o tema. Para que haja uma efetiva igualdade, é necessário que o casamento homoafetivo possa ser deduzido de uma lei, prescindindo de qualquer esforço hermenêutico, como ocorreu até então.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar toda a complexidade do que representa assegurar ou não aos casais homoafetivos o direito ao matrimônio.

A homoafetividade, desde os tempos mais remotos que se tem notícia, até a atualidade, demonstra que a opção sexual por um mesmo sexo acompanha o homem há séculos sendo que o tratamento discriminatório somente surgiu influenciado por tendências religiosas.

A legislação e os ensinamentos de doutrinadores estrangeiros conduzem à conclusão de que por todo o mundo a tendência é a legalização do casamento entre pares do mesmo sexo, o que evidencia o atraso legislativo no Brasil, já que não há qualquer regulamentação a respeito, seja da união estável, seja do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Tudo o que há de positivado sobre esses institutos são normas que acabam por limitar o seu acesso apenas aos casais heterossexuais, o que, de certa forma, justifica o socorro aos tribunais para que se assegurem tais direitos.

Toda a abrangência aos casais homoafetivos é fruto de ousada construção doutrinária e jurisprudencial, baseada na Kelseniana norma geral negativa, segundo a qual tudo o que não estiver proibido está permitido, daí a possibilidade, além de diversos princípios constitucionais aplicáveis como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a proteção à intimidade, privacidade, a vedação ao preconceito em virtude do sexo, além da liberdade, e finalmente a dignidade da pessoa humana.

O posicionamento assentado pelo STF no julgamento da ADI 4277, é no sentido de que a Constituição assegura a proteção à família, assim entendida não só a entidade formada por pares de distintos sexos, como também diversas outras possibilidades de configuração de família. Assim, ainda que se as palavras “homem e mulher” estejam em alguns dispositivos, tal não é suficiente para representar uma vedação à união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Aa recente decisão da Quarta Turma do STJ autorizando o casamento entre duas mulheres, em sede do REsp. 1183378, ao contrário da ADI 4277,

não tem força vinculante; entretanto, representa um importantíssimo precedente. Foi evidenciado que não há qualquer argumento jurídico que negue a possibilidade de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

Por fim, há que se criticar a ausência de regulamentação a respeito do casamento homoafetivo e o acesso a esse direito somente se dar perante o Judiciário que, constatando a apatia do Poder Legislativo acaba, inevitavelmente, por reconhecer certos direitos que melhor seriam implementados por via de lei.

É urgente a edição de lei que regule o casamento homossexual. Além de segurança jurídica, tal lei trará, efetivamente, a plena cidadania, assim entendida a plena igualdade de direitos e prerrogativas entre as pessoas, independentemente de qualquer fator.

BIBLIOGRAFIA

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Da inconstitucionalidade do Código Civil e disposições conexas ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Coimbra: Almedina, 2008.

DIAS, Maria Berenice, Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 1985 – História da Sexualidade. O Cuidado de si. Rio de Janeiro: Graal. 2007. vol.3.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: RT. 2011.

GUIMARÃES, Aníbal. Sexualidade Heterodiscordante no Mundo Antigo. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo, RT: 2011.

MOREIRA, Isabel. Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada de artigos do Código Civil nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente. O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Coimbra: Almedina: 2008

REALE, Miguel, Filosofia do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

TREVISAN, João Silvério. A epopéia universal do desejo. Revista Sui Generis, a. III, n. 23, 1997.