
UNIÃO HOMOAFETIVA E O JULGAMENTO DA ADI Nº 4277 E DA ADPF Nº 132 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*HOMOSEXUAL UNION AND THE JUDGMENT OF ADI N. 4277 AND
ADPF N. 132 BY THE SUPREME COURT*

Juliana Gomes Falleiros Cavalleiro

*Advogada da União lotada na Secretaria-Geral de Contencioso
Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana pela ESMPU em parceira
com a Universidade Bochum/Alemanha; em Direito Administrativo Aplicado pela
Faculdade Fortium; em Direito Público pela Uniderp e em Direito
Constitucional pela Unisul*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da atuação da Secretaria
Geral de Contencioso; 2 Da fundamentação do
Supremo Tribunal Federal; 3 Considerações finais;
Referências.

RESUMO: Perante o Supremo Tribunal Federal foram propostas duas ações com a finalidade de que, mediante interpretação conforme à Constituição da República, fosse conferida à união homoafetiva as mesmas regras da união heteroafetiva. A União, nos mesmos termos do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, defendeu a constitucionalidade da igualdade entre as relações homoafetivas tendo em vista que aquelas também estão englobadas no conceito de entidade familiar; a proibição ao preconceito e à discriminação bem como a liberdade do ser humano no exercício de sua orientação sexual. Posteriormente ao julgamento ora em tela, inúmeros atos normativos nacionais e estrangeiros passaram a admitir também o casamento homoafetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação conforme à Constituição da República. União homoafetiva. Entidade familiar. Isonomia.

ASBTRACT: Two actions have been proposed in the Supreme Court aiming that, through interpretation as the Constitution, was given to the homosexual unions the same rules given to the heterosexual ones. The State of Brazil, in the same terms that had been decided by the Supreme Court, argued the constitutionality of equality relations between the same sex people considering that those are also a family unit; the prohibition to prejudice and discrimination and the freedom about sexual orientation. After the judgment by the Supreme Court, lots of normative acts also began to admit the homosexual marriage.

KEYWORDS: Interpretation as the Constitution. Homosexuality. Family entity. Equality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4277 e na ADF nº 132, examinando os argumentos trazidos pela Advocacia-Geral da União bem como os fundamentos da decisão exarada pelo Pretório Excelso.

A ADI nº 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, teve por objeto o art. 1.7231 do Código Civil Brasileiro em vigor, com o intuito de que o Supremo Tribunal Federal proferisse interpretação conforme a Constituição, a fim de que fosse reconhecida sua incidência também sobre a união, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família, entre pessoas do mesmo sexo.

A ADPF nº 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, objetivou o reconhecimento de que o regime jurídico das uniões estáveis também deve se aplicar às uniões homoafetivas; a interpretação conforme a Constituição dos arts. 19, II e V², e 333, ambos do Decreto-lei estadual nº 220/754, em ordem a assegurar os benefícios ali previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis e a declaração de que as decisões judiciais que se orientam em sentido contrário ao propugnado na inicial violam preceitos fundamentais.

Assim, a ação direta e a arguição de descumprimento propostas tiveram por escopo que a Corte Excelsa reconhecesse a compatibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo – validando os efeitos morais, sociais e patrimoniais decorrentes – com os princípios e as regras constitucionais postas em vigor no ordenamento jurídico pátrio.

A União se manifestou no sentido de que as uniões homoafetivas mereciam o mesmo tratamento conferido às uniões heteroafetivas, e o

1 “Art. 1.723. 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”.

2 “Art. 19. Conceder-se-á licença: [...] II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; [...]; V – sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular.”

3 Art. 33. O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I – salário-família; II – auxílio-doença; III – assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV – financiamento imobiliário; V – auxílio-moradia; VI – auxílio para a educação dos dependentes; VII – tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII – auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX – pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X – plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único: A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.”

4 Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado do Rio de Janeiro.

Supremo Tribunal Federal também esposou o mesmo entendimento, conforme irá se demonstrar nesse artigo.

1 DA ATUAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO

A Advocacia-Geral da União, quanto ao mérito⁵, pugnou pelo conhecimento parcial da ADPF nº 132 para que, nessa parte, fosse julgada procedente, dando ao art. 109, II e V, do Decreto-lei nº 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, interpretação conforme a Constituição, sem pronúncia de nulidade, a fim de contemplar os parceiros de união homoafetivas no conceito jurídico de família. Requereu, ainda, fosse declarada a nulidade das decisões judiciais, no âmbito daquela unidade da Federação, que se orientam em sentido contrário.

Nos autos da ADI nº 4277, a União também se manifestou no sentido de que a norma constante no art. 1.723 do Código Civil, que trata sobre entidade familiar, engloba também a união entre pessoas do mesmo sexo.

A União consignou que o Estado Democrático de Direito não poderia conviver com ações estatais desafinadas com o respeito e a promoção indistinta do bem de todos os seres humanos. Na lição de José Afonso da Silva, *“a promoção do bem de todos ou do bem comum é objetivo primordial de todo Estado. É isso que justifica sua existência, quer a Constituição formal o diga, ou não.”* (SILVA, 2007, p. 48)

O texto da Constituição da República de 1988, confirmando a vocação democrática nacional e em reforço à vertente de afirmação dos direitos humanos fundamentais no Estado Brasileiro, é pródigo em manifestações nesse sentido:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

5 Em sede de preliminar, foi demonstrada a ausência de pertinência temática – requisito de necessário cumprimento aos legitimados do inciso V do art. 103 da Constituição Federal – no que se refere à legitimidade do Governador do Estado para postular providências no âmbito de outros Estados ou da União. Também foi consignado que a aprovação da Lei estadual nº 5.034, de 31 de maio de 2007, alterou a Lei nº 285, de 3 de dezembro de 1979, de modo a incluir os parceiros de uniões homoafetivas entre os beneficiários do regime próprio de previdência do Estado do Rio de Janeiro, equiparando-os à condição de companheiros, e que, portanto, ao menos no campo previdenciário, havia proteção suficiente e tratamento isonômico a amparar os direitos dos que mantêm relações homoafetivas estáveis.

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

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

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

A despeito de não integrar o corpo normativo da Constituição, o preâmbulo da Carta Maior registra as relevantes intenções do povo brasileiro:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A compreensão dos textos normativos em exame não poderia ignorar, com base nos parâmetros constitucionais, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expresso, em seu art. 226, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: auto-determinação, afeto e pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável, a fim de alcançar objetivos comuns.

Nesses termos, a União afirmou que, a despeito de a Carta de 1988 não haver contemplado – de modo expresso – o tratamento jurídico das uniões homoafetivas no capítulo que dedica à família, a evolução e a complexidade das relações humanas estavam a exigir do sistema jurídico respostas adequadas para a resolução dessas

controvérsias, intimamente ligadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais⁶.

Inclusive, estudiosos sobre direito de família reconhecem que a realidade fática possui o condão de delimitar os contornos da família moderna. Silvio de Salvo Venosa, ao discorrer sobre os fenômenos sociais que transformam o conceito de família, elencou, dentre tantos acontecimentos, a existência de casais homoafetivos:

Casais homoafetivos vão paulatinamente obtendo reconhecimento judicial e legislativo. Em poucas décadas, portanto, os paradigmas do direito de família são diametralmente modificados. [...] A sociedade enfrenta doravante o posicionamento das chamadas relações homoafetivas. Discute-se já nos tribunais o alcance dos direitos de pessoas do mesmo sexo que convivem. Sem dúvida, o século XXI trará importantes modificações em tema que ganha importância. A seu tempo, quando a sociedade absorver os reclamos desses direitos haverá a resposta legislativa e judicial adequada. Nesse sentido, o projeto do Estatuto das Famílias já se apresenta atual e adequado. (VENOSA, 2012, p. 6-7)

É perceptível o esforço da doutrina e da jurisprudência pátrias para encontrar soluções para as inúmeras questões que surgem do vazio normativo relacionado às uniões homoafetivas. Entretanto, as principais questões vinham sendo resolvidas sobre o prisma patrimonial, utilizando-se, muitas vezes, de institutos já consolidados em outros ramos do Direito – como é o caso da sociedade de fato no Direito Empresarial – a fim de dar cabo a tais questionamentos.

Em uma ordem jurídico-constitucional em que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos apresentam-se como elemento central para o desenvolvimento da sociedade, é fácil perceber que soluções imprecisas e importadas de outros ramos do Direito não se

6 Sobre o tema, pertinente o comentário de Érika Harumi Fugie: “[...], admite-se afirmar que normas singulares inseridas na Constituição acabam por se tornar automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em virtude de uma mudança real de situação, não podem mais cumprir a sua função integradora e, porventura, podem até assumir uma função desintegradora. A essa nova situação denomina-se mutação constitucional. Assim, os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade. Essa interação com a realidade permite considerar a Constituição como uma ordem aberta. Essa abertura da própria Lei Fundamental permite o evoluir constante da ordem constitucional, no compasso da evolução histórica. De modo que a Constituição impõe sua força normativa: ‘a força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade; mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada.’ (FUGIE, 2002)

apresentam como adequadas para o enfrentamento de questões que são íntimas à concretização dos direitos da personalidade.

Desse modo, a União consignou que o tratamento diferenciado entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal e as uniões homoafetivas não apresenta justificativa plausível, sob a ótica do princípio da igualdade. É ofensivo ao senso comum – e à força normativa do princípio da isonomia – que, no caso do art. 19, do Decreto-lei nº 220/75, objeto da ADPF nº 132, pudesse ser deferida licença para aquele companheiro ou cônjuge para tratar da doença de seu consorte, sendo impossível ao que mantém união homoafetiva estável – cuja relação se funda nos mesmos pressupostos de liberdade e de afeto que as outras uniões – similar tratamento.

André Franco Montoro identificou três elementos que correspondem às características essenciais da justiça em sentido estrito: a alteridade ou pluralidade de pessoas; o devido; a igualdade. (MONTORO, 1997, p.130)

Conferir tratamento jurídico igualitário às uniões homo e heteroafetivas, conduz à garantia da isonomia; princípio que norteia a concepção de justiça, com o ideário de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na proporção direta de sua igualdade, de acordo com Aristóteles:

E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que a proporção entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais – é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais (detêm ou recebem) porções iguais que surgem conflitos e queixas. (ARISTÓTELES, 2002, p. 141)

Ao tratar sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que pessoas em situações idênticas devem receber o mesmo tratamento e que a situação distinta é o que legitima o fator discriminante:

É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.

Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las. Então, não pode ser deferido aos magistrados ou aos advogados ou aos médicos que habitem em determinada região do País – só por isto – um tratamento mais favorável ou mais desfavorável juridicamente. Em suma, discriminação alguma pode ser feita entre eles, simplesmente em razão da área especial em que estejam sediados.

Poderão, isto sim – o que é coisa bastante diversa – existir nestes vários locais, situações e circunstâncias, as quais sejam, elas mesmas, distintas entre si, gerando, então, por condições próprias suas, elementos diferenciais pertinentes. Em tal caso, não será a demarcação espacial, mas o que nelas exista, a razão eventualmente substante para justificar discriminação entre os que se assujeitam – por sua presença contínua ali – àquelas condições e as demais pessoas que não enfrentam idênticas circunstâncias. (MELLO, 2011, p. 29-30)

Considerando, pois, que as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático (exercício da liberdade, amor, afeto, companheirismo, assistência mútua, intuito de compartilhar a vida), razão não há – sob pena de discriminação e de limitação à liberdade sexual – para se atribuir às mesmas, tratamento jurídico diferenciado.

Dessa forma, uma relação homoafetiva possui todos os requisitos para se enquadrar no conceito de entidade familiar e com isso receber igual tratamento jurídico e social, reconhecendo-se direitos, deveres e restrições inerentes ao instituto da família.

Com efeito, família, assim como afirmando por Thiago Hauptman Borelli Thomaz:

[...] existe para a satisfação de seus membros e como materialização de uma situação compartilhada por pessoas que vivem juntas, trocando experiências e partilhando de vida em comum. Há a opção pessoal de cada um de unir e partilhar de sentimentos comuns. (THOMAZ, 2003, p. 97)

A mera identidade de sexos não é fator discriminante apto a conferir tratamento diferente à união entre seres humanos. As convenções sociais e os estereótipos pré-estabelecidos não possuem o condão de distinguir situações sociais idênticas. Não há esforço hermenêutico, destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer

solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas.

Nesse particular, destaque-se os ensinamentos de Maria Benenice Dias sobre o conceito ontológico de família:

A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente

transformador dos estagnados conceitos da sociedade. [...]. (DIAS, 2006, p. 71-79).

A União consignou também que, como inarredável pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana – valor maior tutelado pela Constituição Federal –, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente limitação – ainda que potencial – ao pleno exercício da liberdade que possui todo ser humano no exercício de sua orientação sexual.

Sem dúvida, pode-se afirmar que o tratamento jurídico discriminatório, em relação aos parceiros de união homoafetivas, revela limitação à liberdade, na medida em que a escolha de orientação sexual não garante os desdobramentos jurídicos comuns às demais entidades familiares.

A União também lembrou que, no âmbito dos Tribunais Superiores, já era possível catalogar decisões que abonam a tese ora propugnada. Perante a Suprema Corte, registrou o precedente consolidado na Petição nº 1.984/RS, em que a Presidência negou pedido de suspensão de liminar que objetivava a sustação da eficácia de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconhecia a possibilidade de o parceiro homoafetivo gozar de benefício previdenciário. Elencou também o clássico acórdão do Tribunal Superior Eleitoral (Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes) que negou, com inegável acerto, registro à candidatura de parceira homoafetiva que postulava o ingresso no cargo de Prefeito Municipal, este anteriormente ocupado por sua companheira⁷, além de decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo, no Recurso Especial nº 395.904/RS.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No julgamento definitivo de ambos os processos objetivos, ADI nº 4277 e ADF nº 132, decidiu o Plenário da Corte Excelsa, por unanimidade, que a norma constante do art. 1.723 do Código Civil não obstará que a união de pessoas do mesmo sexo pudesse ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à

⁷ O caso possui relevância também pelo fato de que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade família não traz apenas direitos, mas também impõe restrições.

Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

Prevaleceu, no mérito, o voto proferido pelo Ministro Relator Ayres Britto, que, com base no que denomina de “constitucionalismo fraternal” deu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

O Ministro Relator, explicou sobre o que consistia o “constitucionalismo fraternal”:

Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a ‘inclusão social’), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de ‘homoafetivos’. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural.

Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários.

Dessa forma, asseverou a Corte que o reconhecimento da união homoafetiva deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas conseqüências da união estável heteroafetiva, tendo em vista que a união homoafetiva também se trata de uma relação afetiva ou amorosa:

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro.

Enfatizou o órgão colegiado do Tribunal, assim como também defendera a União em suas manifestações, que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, conforme se observa:

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’ (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

[...]

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade:

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.

E afirmou, assim como também o fizera a União em suas manifestações, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não:

Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual.

Na assentada, o Tribunal assinalou que – quanto ao emprego da sexualidade humana –, haveria liberdade do mais largo espectro ante o silêncio intencional da Constituição, apontando que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que *“tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”*. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da Constituição da República.

Ressaltou, ainda, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea, além de frisar que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto de modo emparceirado (intercurso sexual).

Consignou, com inegável acerto, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação.

Interpretando o conceito de família de forma não-reducionista, o Ministro Carlos Britto entendeu que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. O Ministro Relator, no voto condutor do Plenário da Corte Excelsa, registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não-atrelamento a casais heteroafetivos

ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade, nos termos do art. 226, *caput* da Constituição da República, conforme se observa a partir dos seguintes excertos do voto:

[...] 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.

[...]

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana.

[...]

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva.

[...]

[...] a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.

Desse modo, registrou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares

homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.

Explicou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. E concluiu que a solução apresentada, no sentido de reconhecer a união homoafetiva como sinônimo perfeito de família, daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação entre outros.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, a discussão a respeito dos direitos derivados da relação homoafetiva, por ser relativa a aspectos decorrentes dos direitos à liberdade, à isonomia, à sexualidade e à não-discriminação, está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais do indivíduo.

Embora inúmeros autores jusnaturalistas defendam que tais direitos são inatos à personalidade humana e por isso não precisariam estar protegidos por um sistema jurídico e/ou legislativo, concordamos com Norberto Bobbio que defende que, por vezes, mesmo os direitos fundamentais demandam conduta ativa por parte da sociedade. Segundo o autor:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 5)

De fato, não raras vezes direitos considerados essenciais e fundamentais ao ser humano foram garantidos através de batalhas sangrentas e atuações proativas dos atores sociais envolvidos ou sensíveis à condição humana.

Entendemos que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar bem como dos direitos, deveres e restrições decorrentes dos desdobramentos que o conceito de família traz, pela União, pelo Supremo Tribunal Federal e pelas inúmeras entidades que participaram das ações ora em estudo como autores e *amicus*

curiae, trouxe ao cenário nacional inegável evolução do ponto de vista humanístico ao proclamar juridicamente uma igualdade que os fatos concretos já demonstravam, mas que, apesar disso, careciam de reconhecimento jurisdicional.

De se consignar ainda que, assim como ressaltou o Ministro Ayres Britto em seu voto no julgamento conjunto da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, o reconhecimento de direitos às relações homoafetivas não ocasiona qualquer prejuízo às pessoas de relacionamento heteroafetivo.

Ademais, a subsunção da união homoafetiva aos ditames do art. 1723 do Código Civil, não traz, ao casal, apenas direitos e vantagens, mas também acarreta inúmeras obrigações e limitações a direitos. Restrições estas que um ser, por desejo de compartilhar a vida e por amor ao outro, está disposto a impor-se.

No âmbito da Advocacia-Geral da União pude testemunhar o desenvolvimento argumentativo de um incontável número de advogados da União na defesa da tese a favor da igualdade, da isonomia, da liberdade, da proibição à discriminação ao ser humano, independentemente de sua orientação afetivo-sexual, argumentos estes que serviram de lastro ao presente artigo.

O tema sobre a união homoafetiva possui amplitude global. Anote-se que, já à época do julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia já reconheciam, juridicamente, a união homoafetiva. Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha e África do Sul permitiam, inclusive, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 15 de julho de 2010, o Senado da Argentina aprovou lei que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo no país. A decisão, apoiada pela Presidente Cristina Kirchner, transformou o país no primeiro da América Latina a permitir o matrimônio homoafetivo.

Quase três anos depois, em 10 de abril de 2013, a Câmara dos Deputados do Uruguai, equiparando o matrimônio entre casais hetero e homoafetivos, aprovou o casamento igualitário no país. O dispositivo legal passou a determinar que o matrimônio civil é a união permanente de duas pessoas de sexos diferentes ou iguais.

Além de Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha, Argentina, Uruguai e África do Sul, também Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Dinamarca, Alemanha, Nova Zelândia Uruguai e França já contemplam, em seus ordenamentos jurídicos, dispositivos que admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 22 de fevereiro deste ano, o presidente Barack Obama requereu à Suprema Corte dos Estados Unidos da América que

declarasse inconstitucional o *Defense of Marriage Act*, lei que dispõe sobre a diversidade de sexos como pressuposto para o casamento.

Em 23 de abril de 2013, a França, após intensos debates dentro e fora do Parlamento francês, também aprovou o projeto de lei que permite o casamento homossexual no país bem com a adoção de crianças por casais homoafetivos.

No cenário nacional, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar foi apenas um primeiro passo para a garantia de uma isonomia que, repita-se, apesar de já existir como realidade fática, ainda não estava expressamente disposta em âmbito normativo.

Após o julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277 pelo Pretório Excelso, despontaram atos normativos das Corregedorias dos Tribunais de Justiça Estaduais que passaram a contemplar a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, dispondo sobre a escrituração da união estável homoafetiva, regulamentando a conversão dessas uniões em casamento bem como autorizando o processamento dos pedidos de casamento entre pessoas do mesmo sexo, foram o Provimento nº 40/2011, de 06 de dezembro de 2011, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas; o Provimento nº CGJES 001/2012, de 03 de janeiro de 2012, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo; o Provimento nº 06/2012, de 05 de julho de 2012, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe; o Provimento Conjunto nº CGJ/CCI 12/2012, de 10 de outubro de 2012 da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que alterou o Provimento nº 04/2007 do mesmo Estado; o Provimento nº 24/2012, de 17 de dezembro de 2012 da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e o Provimento nº 41/2012, de 18 de dezembro da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Como consequência do julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, mediante proposta de seu presidente, o Ministro Joaquim Barbosa, por 14 (quatorze) votos contra 01 (um), aprovou a Resolução nº 175/2013, que obriga os cartórios de todo o país a celebrar o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em matrimônio.

A referida resolução resolveu definitivamente questão sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, pelo menos em âmbito nacional, e passa a dar efetividade à decisão exarada no do julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277 que, afinal de contas, possui efeito vinculante.

O PSC – Partido Social Cristão, chegou a impetrar mandado de segurança argumentando que o CNJ se apropriou de prerrogativas do

Congresso Nacional por ter aprovado uma norma que não passou pelo processo legislativo. Entretanto, o Ministro Relator do MS nº 32077, Luiz Fux, indeferiu a inicial em face da inadequação da via eleita. De acordo com Fux, a resolução do Conselho Nacional de Justiça qualifica-se como lei em tese, ou seja, possui caráter normativo abstrato e impessoal. E, nestes casos, o enunciado nº 266 da Súmula do STF não permite que a regra seja atacada por meio de mandado de segurança.

Em assim sendo, as determinações da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça continuam a irradiar seus efeitos, permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo e conferindo consequências jurídicas a essas relações.

Esperamos que estes sejam apenas os primeiros atos normativos, de tantos outros que estão por vir, a igualar direitos, deveres e restrições entre casais homo e heteroafetivos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1 ed. Bauru: EDIPRO, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FUGIE, Érica Haruni. A União Homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano IV, n. 15, Síntese, out-dez/2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. (21ª tiragem). São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 24 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual – reflexões jurídicas*, ano 92, v. 807, jan. 2003. São Paulo: RT, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.