

# UMA VELHA QUESTÃO NOVA: A UNIÃO ESTÁVEL E O MATRIMÔNIO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade de Fortaleza – Unifor. Professora da Universidade Federal do Ceará

Agradeço à Diretoria do IBFAM pelo honroso convite a mim dirigido para compor o quadro de palestrantes do IX Congresso Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família: Pluralidade e Felicidade, participando deste painel em conjunto com o Professor Doutor Carlos Pianovski Ruzyk. Coube a mim, analisar o fundamento das uniões factuais e matrimoniais entre pessoas do mesmo sexo à luz dos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da liberdade.

A união homoafetiva parece não mais apresentar problemas quanto aos seus efeitos jurídicos. No Direito brasileiro, é admissível a união estável entre pessoas do mesmo sexo e o próprio casamento. Para os estudiosos do Direito das Famílias, a matéria já se apresenta como uma questão velha! “Resolvida”. Contudo, sob os olhos dos diversos atores sociais, a união entre pessoas do mesmo sexo ainda encontra resistências. Até mesmo os juristas mais conservadores admitem a necessidade de se atribuírem efeitos jurídicos à união, ainda que resistam em permitir a possibilidade do casamento.

Não há lei específica sobre a matéria. O direito do público homossexual à constituição de família foi conquistado em sede jurisprudencial. Há mais de vinte anos essa questão vem sendo apreciada pelos tribunais brasileiros, resultando em decisões que ora reconheceram, ora negaram efeitos jurídicos a essas uniões. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu pela validade constitucional da interpretação que estende os efeitos da união estável aos conviventes do mesmo sexo. Quando chamado a examinar a constitucionalidade do art. 1.723, do Código Civil, reconheceu a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, na ADIN nº 4.277.

No caso em apreço, a Procuradoria Geral da República – PGR questionou a constitucionalidade do art. 1.723<sup>1</sup> do Código Civil, pugnando

---

<sup>1</sup>Artigo 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de

por uma interpretação que considerasse meramente exemplificativa a expressão “entre homem e mulher”, sob pena de, entendimento contrário, malferir os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa homossexual.

Como a expressão contida no art. 1.723 do Código Civil reproduz o texto do § 3º do art. 226<sup>2</sup> da Constituição, que trata da união estável, parecia difícil falar em uma possível inconstitucionalidade do dispositivo da lei civil.<sup>3</sup> De outro lado, uma interpretação do citado artigo da Constituição sem a devida adequação aos princípios constitucionais mencionados, seria prejudicial à unidade do sistema.

Assim, ao STF restaria as seguintes possibilidades de julgamento:

- a) declarar a inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil por desobediência aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade;
- b) declarar a constitucionalidade do art. 1.723, em razão de sua identificação textual com o art. 226 § 3º da Constituição ou, por fim,
- c) declarar a constitucionalidade do art. 1.723, desde que interpretado em conformidade<sup>4</sup> com os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, buscando-se a chamada adequação valorativa.

A decidir pela inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil, o STF também estaria declarando a inconstitucionalidade do art. 226 § 3º, já que a expressão “homem e mulher”, usada como requisito para a caracterização da união estável, reside em ambos os dispositivos. Uma decisão desse jaez admitiria a tese da existência de normas constitucionais inconstitucionais<sup>5</sup>, sacrificando o princípio da unidade da Constituição. Ademais, a opção por essa alternativa denotaria a preferência pela análise do Direito como um sistema lógico-formal e não como um sistema jurídico axiológico.

Por outro lado, caso o Supremo decidisse pela constitucionalidade do artigo questionado, em razão de sua identificação com o art. 226 § 3º, da

---

família.”

<sup>2</sup>Artigo 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>3</sup>Não cabe analisar nesse texto a eventual possibilidade de Declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, por ser tal análise desnecessária aos argumentos que serão expostos.

<sup>4</sup>Realizou o Supremo interpretação conforme à Constituição. Explica Bonavides sobre interpretação conforme a constituição: “Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem, tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.518.

<sup>5</sup>Segundo BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel. M Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, é possível que uma norma constitucional elaborada pelo poder constituinte originário seja inconstitucional. O autor diferencia s normas constitucionais de significado secundário, meramente formal, de normas “grau superior”, as quais tratam de preceitos materiais fundamentais para a Constituição. Seria possível, então, que as normas inferiores que contrariassem as superiores fossem declaradas inconstitucionais ou não vinculativas.

Lei Fundamental, estaria retirando a eficácia dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa e mitigando as possibilidades de autodeterminação do sujeito.

No intuito de preservar a unidade da Constituição e, conseqüentemente, de assegurar a unidade e adequação do sistema jurídico, coube ao STF considerar a locução “homem e mulher” apenas exemplificativa. Fez isso honrando a eficácia interpretativa do princípio e ainda realizando a adequação valorativa do sistema. Vide o argumento do voto principal:

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indissoluivelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênua de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade. (Grifos nossos).

O princípio unidade da Constituição parte da premissa de que o texto constitucional não impõe uma hierarquia entre suas próprias normas. Sendo assim, em caso de confronto normativo é necessário compatibilizar os dispositivos conflitantes do sistema, buscando assegurar a unidade da Constituição e não apenas uma aplicação de preceitos isolados.<sup>6</sup> Os postulados unidade e adequação do sistema jurídico teleológico são as balizas ético-jurídicas aplicáveis para a solução dessas contradições:

Como não identificou um critério discriminatório constitucionalmente válido para atribuir tratamento diferenciado às uniões heterossexuais em detrimento das uniões homossexuais, o STF sustentou a orientação sexual como parte do autodesenvolvimento da personalidade, um direito fundamental que, embora não seja expressamente previsto na Constituição, como ocorre na Lei Fundamental de Bohn, decorre da cláusula geral

---

<sup>6</sup>TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.263.

de tutela da pessoa – esta sim, presente na ordem civil-constitucional pela articulação dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade.

Na apreciação da matéria pela lente do Direito Civil, o STF acolheu como referencial teórico as ideias dos Professores Luiz Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Gustavo Tepedino.

Quanto à modulação dos efeitos da decisão, o STF decidiu que seriam *erga omnes* e vinculante.

Na sequência, apreciando um Recurso Especial originário do Rio Grande do Sul (RE nº 1.183.378 – RS), o Superior Tribunal de Justiça – STJ reconheceu a possibilidade da conversão de uma união homoafetiva em casamento. A decisão do STJ não poderia ser outra, na medida em que haveria de respeitar o efeito vinculante e *erga omnes* atribuído ao julgamento da Adin nº 4277, pelo STF. Até mesmo o Prof. Lenio Streck, que havia criticado com veemência a decisão do STF, quando do reconhecimento da união estável homoafetiva, justificou a coerência da decisão do STJ nesse recurso especial.

Após as decisões citadas, a reação dos oficiais de Registro no Brasil não foi unânime. Alguns aceitavam os pedidos de habilitação para o casamento formulados por pessoas do mesmo sexo, enquanto outros se negavam a fazê-lo, alegando a falta de uma lei específica. Argumentavam que apenas a decisão do STF na referida ADIN nº 4.277 tinha efeito *erga omnes* e vinculante e não a decisão do STJ. Inobstante, na medida em que se reconhecia a união estável, já não se poderia negar a possibilidade de sua conversão em casamento.

Para uniformizar a conduta dos oficiais de Registro, o Conselho Nacional de Justiça, fazendo uso da competência que lhe é atribuída pelo art. 103-B, da Constituição Federal de 1988, e, considerando a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão do STF, editou a Resolução nº 175, para determinar a obrigatoriedade dos cartórios em proceder à habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, sob pena das providências cabíveis pela corregedoria dos tribunais.

A reação do Legislativo não foi muito amistosa. Com recorrência, se houve o brado dos segmentos mais conservadores, representados especialmente pela chamada bancada evangélica, cujo interesse é o de reverter os efeitos da decisão do STF.

Neste sentido, duas propostas foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos: a primeira, originária do deputado André Zacharow (PMDB-PR) e relatada por Marcos Rogério (PDT-RO), visa a convocação de um plebiscito para que a população brasileira decida a respeito da união civil de pessoas do mesmo sexo. A segunda proposta, na mesma linha, de autoria de Arolde de Oliveira (PSD-RJ) e relatada por Pastor Eurico (PSB-PE), quer sustar por decreto legislativo a já citada resolução nº 175 do Conselho

Nacional de Justiça (CNJ). As duas propostas seguiram para as outras comissões e ao plenário.

Ação Direta de Inconstitucionalidade protocolada pelo Partido Social Cristão questiona a constitucionalidade da Resolução nº 175, alegando violação ao princípio constitucional de reserva de competência. Esses argumentos não foram opostos à Resolução nº 35 do mesmo CNJ, que dispôs sobre a padronização das escrituras públicas de divórcio e de partilha.

Interessante é que, enquanto no Brasil, o debate sobre o matrimônio igualitário ganhou maior destaque na doutrina e na jurisprudência, sem maior atenção do Legislativo, outros países como Bélgica, Canadá, Espanha, África do Sul, Noruega, Holanda, Dinamarca, Suécia, México, Islândia, Portugal, Nova Zelândia, Argentina e Uruguai passavam a reconhecer, por meio de lei, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. E, nos EUA, a despeito do casamento *gay* ser aceito apenas em alguns estados, decisão recente da Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade da lei de defesa do casamento (DOMA – Defense of Marriage Act), que negava os benefícios fiscais aos parceiros homossexuais, ancorando-se no princípio da igualdade. Até o rei do Camboja, Norodom Sihanouk, declarou que o casamento entre casais homossexuais deveria ser consentido em seu país.

O Brasil vive um movimento paradigmático em relação aos direitos humanos da população de transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e *gays* – LGBT. Ao tempo em que se registram conquistas de muitos direitos e aprofunda-se o debate público sobre a pluralidade das identidades, inclusive, na seara sexual, assiste-se à aterradora reação de parte da população em perpetuar o alijamento dos sujeitos homossexuais e de seus afetos.

O relatório de 2012 sobre a homofobia no Brasil, produzido pela Secretaria de Direitos Humanos, trouxe estatísticas pessimistas quanto ao respeito da pessoa dos homossexuais. Foram registradas 3.084 (três mil e oitenta e quatro) denúncias de 9.982 (nove mil, novecentos e oitenta e duas) violações relacionadas à população LGBT. Comparativamente com o ano de 2011, houve um aumento de 166% (cento e sessenta e seis por cento) nas denúncias. A maioria das violações constituiu violência física (cerca de 60%). Somente em 2012, registraram-se 314 (trezentos e quatorze) homicídios praticados por motivo de ódio homofóbico.

*Grosso modo*, a resistência do Poder Legislativo aos direitos dos homossexuais, que também se verifica no meio social, é firmada num só ponto – o preconceito. Arraigados numa compreensão de família delineada historicamente por matizes de ordem religiosa, não conseguem vislumbrar a liberdade de composição do arranjo familiar.

Em vista desse cenário social ainda marcado pelo desrespeito à pessoa do homossexual, é temerário esperar o reconhecimento do seu direito à constituição de família por meio de uma decisão originária da maioria da

população. A depender do Poder Legislativo brasileiro, um grupo de 60.000 (sessenta mil casais) casais que se autoidentificaram como homossexuais no último senso do IBGE, sem considerar aqueles que preferiram ocultar sua identidade sexual, estariam alijados do direito à constituição de família por meio do casamento ou da união estável.

Qual seria o impedimento constitucionalmente válido para negar tal direito às pessoas homossexuais?

A restrição à liberdade dessas pessoas não acha justificção racional no sistema constitucional brasileiro. Quando muito, a exclusão da proteção jurídica dos casais homossexuais acha fundamento na moralidade de alguns grupos particulares, ainda que majoritários. Sobre isso, a decisão do STF tem o mérito de garantir uma igualdade antissubordinatória do grupo minoritário em face da maioria heterossexual.

Tanto os propositores das duas ações que se condensaram na ADIN nº 4.277, quanto o próprio STF seguiram a compreensão de que as uniões homoafetivas são um fato da vida social que diz respeito à identidade e à liberdade de pessoas que merecem tratamento igualitário e respeitoso. O Estado laico não pode se apegar à tese religiosa de que a homossexualidade é um pecado e, que por isso, deve ser rechaçada. Tampouco pode sustentar a homossexualidade como uma anomalia, pois desde 1973, a concepção patológica da homossexualidade foi abolida pela Associação Americana de Psiquiatria. Em 1994, a OMS excluiu a homossexualidade do Código Internacional de Doenças. No plano científico, portanto, a orientação sexual homossexual é compatível com os parâmetros da saúde física e mental.

Não há dúvidas de que a eleição da pessoa com quem se quer viver pertença ao âmbito das escolhas básicas e privadíssimas do indivíduo, seja o parceiro do mesmo sexo ou não. Isso envolve etapas da própria construção da identidade do sujeito. Trata-se de uma prerrogativa decorrente do desenvolvimento livre de sua personalidade, pressuposto do direito à busca da felicidade.

Ademais concepção da família já não se inscreve a partir da dogmática judaico-cristã. A religião perdeu a hegemonia na conceituação e organização da família. Na modernidade reflexiva, o substrato material da família é o afeto e a sua função é a promoção da pessoa rumo ao seu desenvolvimento e à busca de sua felicidade.

Mas o que é afeto? O que é felicidade? Poderia o Direito se imiscuir na subjetividade dos sentimentos, perguntam alguns?

Santo Tomaz já dizia que o amor é a inclinação geral e virtuosa dos homens para viver em sociedade (*affectio societatis*). E que a amizade seria uma modalidade de amor mais específica, capaz de expressar diversos tipos de vínculos intersubjetivos, como a amizade entre os cônjuges, entre pais e

filhos, entre colegas de trabalho etc.<sup>7</sup> Cada uma seguiria sua própria razão de ser, seguindo a perspectiva essencialista de Santo Tomaz.

Antonio Junqueira de Azevedo, em artigo intitulado a *Caracterização da dignidade da pessoa humana*, publicado na Revista USP, março/maio de 2002, rompe com a tradição de distinguir a pessoa dos demais animais pelo atributo da autonomia. A esse respeito, os primatólogos identificaram que entre os grandes primatas se pode verificar algum nível de autonomia e autoconsciência. Por esta razão, o Prof. Junqueira propõe a singularização da pessoa a partir de sua capacidade de amar e de reconhecer no próximo alguém semelhante a si. Ousa-se a dizer, que o amor é aqui empregado naquela perspectiva tomista.

Da orientação tomista, poderíamos aproveitar a explicação do vínculo intersubjetivo entre os cônjuges, por exemplo, pelo afeto e, com isso acalmar os críticos mais conservadores que implicam tanto com o uso desse termo pela doutrina do Direito das Famílias. O afeto aqui empregado está correlacionado mais à ideia de solidariedade, alteridade e cuidado recíproco, ainda que isso venha a expressar um sentimento de bem querer. Dizer que o substrato da família é o afeto, não é, portanto, novidade e tampouco é uma ideia estranha aos domínios do Direito.

Por outro lado, desconsidera-se, para os efeitos jurídicos, a perspectiva essencialista e religiosa que cercou a família por tantos anos e que ainda continua presente no imaginário social.

Na explicação de Giddens,<sup>8</sup> a sociedade atual se desliga da tradição e passa a se estabelecer a partir da interação das forças políticas sociais e econômicas. É ela, a sociedade, que produz seus próprios fundamentos.

Os fundamentos da família na chamada sociedade democrática está no afeto e na função promocional de seus membros. Como um grupo pequeno, no interior de uma república democrática, também está sujeita aos princípios constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, não se poderia negar os efeitos jurídicos ao arranjo familiar formado por pessoas do mesmo sexo, sob a alegativa de que a família se restringe aos arranjos heterossexuais.

Se houve omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria, houve uma desatenção ao Direito Geral de Liberdade e ao direito à igualdade. E essa omissão não se justificou na irrelevância da matéria, tampouco na falta de tempo para decidir sobre a questão (o primeiro projeto de lei sobre o tema, foi apresentado em 1995 pela deputada federal Marta Suplicy). É mais provável que a omissão seja reflexo da resistência e do preconceito da maioria heterossexual.

---

<sup>7</sup>HESPANHA, Antonio Manuel. *A política perdida*. Ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>8</sup>GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da UNESP, 1997, p. 73-134.

O STF decidiu a ADI nº 4.277 no uso de suas atribuições constitucionais e sem incorrer no chamado ativismo judicial. Seguiu uma hermenêutica constitucional evolutiva, na qual a relevância maior não é a *occasio legis* e sim a *ratio legis*. O fundamento racional da norma permite que a ela seja atribuído novo significado mesmo quando inalterada a sua estrutura formal.<sup>9</sup> É aqui que ressalta aquela tarefa do aplicador do Direito em buscar a ideologia e os fins da Constituição.

Considerando, portanto, a interpretação que entende ser o sistema jurídico eminentemente axiológico e não meramente lógico-formal, a Constituição que prevê os direitos individuais como cláusulas pétreas, há que se afastar a interpretação meramente histórica do art. 226 (e isolada dos demais princípios constitucionais). Então, é cabível compreender-se a locução “homem e mulher” aposta nos dispositivos referidos, como meramente exemplificativa, em favor de uma hermenêutica apta a proteger o conjunto de direitos individuais, mesmo diante dos apelos argumentativos da democracia majoritária. Ao Supremo coube realizar uma interpretação eficaz da Constituição, como um todo,<sup>10</sup> reconhecendo que alguns direitos constitucionais se destinam justamente a impedir que as convicções da maioria neguem a aplicação da justiça à minoria.

A despeito da crítica que alega o suposto déficit democrático do Poder Judiciário para proferir decisões como a que se analisa, atribuindo-se-lhes eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nem sempre será o Legislativo, composto pelos representantes da maioria, o poder capaz de realizar a democracia. Se assim o fosse, a tutela dos direitos das minorias poderia quedar prejudicada. Na explicação de Dworkin<sup>11</sup>,

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são bem menos vulneráveis nesse sentido.

Em razão da heterogeneidade, complexidade e pluralidade das sociedades contemporâneas, que invariavelmente conduzem-nas ao dissenso, a teoria da democracia deliberativa propõe a máxima “igualdade material” para permitir melhores condições de participação nos processos deliberativos, considerando as vozes da maioria e minoria. Nesse contexto, os direitos fundamentais representam pressupostos importantes que permitem

---

<sup>9</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.452.

<sup>10</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. p. 450

<sup>11</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. p.449.

reconhecer a autonomia privada do sujeito, sua participação, em igualdade de chances, no processo de discussão e formação da vontade política e, por fim, os direitos à vida digna indispensável à realização de todos os direitos.<sup>12</sup> Assim, se no processo dialógico a voz majoritária obnubilar os direitos fundamentais, o Judiciário poderá restabelecer a igualdade a partir do controle da constitucionalidade.<sup>13</sup>

Caberia a jurisdição constitucional a tarefa de efetivar esses valores constitucionais e resguardar a esfera de intangibilidade dos direitos fundamentais, até mesmo contra as investidas eventuais da maioria.<sup>14</sup> Como guardião da unidade da Constituição, o STF, por via de consequência, além da legitimidade democrática, tem o dever constitucional de concretizar a igualdade material, pressuposto fundamental da própria justiça.

Chamo essa discussão de *velha* questão nova porque o pano de fundo que motiva a resistência à concretização desses direitos é o mesmo que outrora resistiu contra a abolição da escravidão, o voto da mulher, o divórcio, o reconhecimento da união estável (mesmo entre homem e mulher) – o preconceito e a aversão à diferença.

Agradeço a paciência e atenção de todos.

---

<sup>12</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.II. p. 190.

<sup>13</sup>FREEMANN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *Lua Nova*, nº.32, ano.1994. p.181-199.

<sup>14</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.1-74.

