CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA JURISPRUDÊNCIA

Marlon Franco Maciel[*]

RESUMO

O presente trabalho aborda a possibilidade do casamento civil entre pares homoafetivos, tanto pela conversão de prévia união estável, quanto pela via direta. Tal possibilidade decorre do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal equiparou as relações homoafetivas às heteroafetivas, mediante interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil. Contudo, uma vez que o julgado silencia sobre as consequências jurídicas dessa equiparação e que a legislação nada dispõe a respeito das uniões homoafetivas, não resta claro em que medida eles poderiam exercer os direitos dos pares heterossexuais. Analisando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, este trabalho conclui que, a partir deste novo paradigma, a interpretação mais razoável é aquela que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. De outra parte, também se refuta os argumentos comumente utilizados pela doutrina para distinguir as uniões homoafetivas, demonstrando-se que o ordenamento jurídico brasileiro não as proíbe.

Palavras-chave: Direito homoafetivo. Uniões homoafetivas. Casamento civil. Conversão de união estável.

RESUMEN

El presente trabajo trata de la posibilidad del matrimonio civil por parejas homoafectivas, sea su conversión desde la unión estable, sea por

[*] Bacharel em Direito (Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP).

la vía directa. Esa posibilidad ha sido abierta por el juzgamiento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4277 y de la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental 132, oportunidad en que el Supremo Tribunal Federal igualó las relaciones homoafectivas a las heteroafectivas, mediante la interpretación según la Constitución del artículo 1.723 del Código Civil. No obstante, una vez que el juzgado omitió opinar sobre las consecuencias jurídicas de esa equiparación y que la legislación nada dispone con relación a las uniones homoafectivas, no se puso claro en cual medida esas parejas podrán ejercer los mismos derechos de los heterosexuales. Analizando los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana, igualdad y libertad, el trabajo concluye, a partir del nuevo paradigma, que la interpretación más razonable es aquella que permite el matrimonio civil entre personas del mismo sexo. Por otra parte, también se rechazan los argumentos comúnmente utilizados por la doctrina para diferenciar las uniones homoafectivas, demostrándose que el ordenamiento jurídico brasileño no las prohíbe.

Palabras-clave: Derecho homoafectivo. Uniones homoafectivas. Matrimonio civil. Conversión desde unión estable.

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA JURISPRUDÊNCIA

Marlon Franco Maciel

1 INTRODUÇÃO

Após o histórico julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, restou incontroverso o caráter familiar das uniões homoafetivas, desde que preenchidos os requisitos também exigidos para uniões heteroafetivas – exceto, por óbvio, a diversidade de sexos.

No dizer da própria Corte:

> ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de „interpretação conforme a Constituição" [...] para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011, p. 614-5)

Nesta senda, em que pese o Supremo Tribunal Federal não ter expressamente esclarecido sobre a possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento civil, entende-se, neste trabalho, que sua possibilidade jurídica não só advém da força vinculante da interpretação conferida ao artigo 1.723 do Código Civil – considerando que a lei civil deve facilitar a conversão da união estável em casamento –, como também da melhor exegese dos princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, ora comentados. Portanto, a despeito do silêncio do ordenamento positivo acerca desta realidade social, a pesquisa pretende justificar a extensão do ca-

samento civil aos homossexuais com base nos comandos supracitados, cujo conteúdo não somente demonstra a ausência de qualquer vedação expressa ao casamento homoafetivo, mas também fundamenta sua celebração.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTADORES DA POSSIBILIDADE DE CASAMENTO

Na esteira da observação de Aimberê Francisco Torres (TORRES, 2008, p. 50), não se pode perder de mira o fato de que a Constituição Federal de 1988 trouxe o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, o que significa imposição direta da incidência de princípios constitucionais nas relações de Direito Privado, especialmente no tocante ao Direito de Família. Destarte, o tratamento das entidades familiares foi amplamente oxigenado pelo advento da nova sistemática constitucional. Tendo em vista, também, o fato de que a Constituição de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, partir-se-á desse fundamento da República para fundamentar a possibilidade do casamento civil homoafetivo. Além desse princípio, escolheram-se outros que lhe são umbilicalmente ligados – a liberdade e a igualdade –, por se entender que são valores que incidem de modo mais imediato sobre a questão, tendo sido considerados pelo Supremo Tribunal Federal quando da equiparação das uniões homoafetivas às heteroafetivas. Assim, co- mo se demonstrará a seguir, a aplicação do regime de união estável do Código Civil às uniões homoafetivas, quando complementada pela interpretação dos princípios constitucionais escolhidos, não deixa dúvida sobre a possibilidade de conversão da união estável em casamento civil, bem como de habilitação para o casamento direto.

2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

Apesar da posição central de que goza a dignidade da pessoa humana na sistemática constitucional atual, seu prestígio nas Constituições brasileiras é fenômeno recente. A Carta de 1988 foi a primeira a positivá-la como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, no seu artigo 1º, inciso III. Além disso, previu um capítulo próprio destinado aos princípios fundamentais, situado na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais, em

manifesta homenagem ao especial significado e função de tais princípios (SARLET, 2007, p. 63-4). Na verdade, como recorda Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 64), ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Fábio Konder Comparato (2006, p. 37) apresenta uma explicação para tal fenômeno:

> a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.

Do mesmo teor é o entendimento de Rizzatto Nunes (2002, p. 48):

> [...] se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana. Não é à toa que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra traz, também, estampada no seu artigo de abertura que „a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público". Foi, claramente, a experiência nazista que gerou a consciência de que se devia preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana.

Nessa ordem de ideias, a preocupação da Carta de 1988 em destacar e assegurar os direitos fundamentais parece advir do fato de ter sucedido à ditadura militar (1964-1985), período de violação sistemática dos direitos humanos por parte do próprio Estado.

Buscando um ponto de partida para se chegar ao conceito de dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62) a qualifica como

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada

> ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e coresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dada sua importância, é inafastável a conclusão de que a dignidade da pessoa humana é o valor supremo do ordenamento jurídico pátrio. Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 393) se refere à dignidade como um *sobreprincípio*, pois dele emanam todos os outros princípios constitucionais, como a legalidade e a liberdade de profissão, servindo, ainda, de vetor interpretativo para todas, do qual o hermeneuta não pode se afastar, dada a força centrípeta que a dignidade humana possui; é, portanto, o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Nessa esteira, é preciso ressaltar a íntima ligação entre família e dignidade humana, reforçada na mudança de paradigma pela qual vem passando o núcleo familiar.

A família patriarcal, sacralizada e patrimonializada, tal como concebida no Código Civil de 1916, não existe mais. A relação matrimonial não se presta mais para identificar um agrupamento de pessoas como grupo familiar. Hodiernamente, o que permite distinguir uma família não é mais o casamento – outrora único meio de constitui-la –, mas sim a afetividade entre seus membros. Por via dessa mudança paradigmática, acentuada, sobretudo, pelo advento da Carta de 1988, cristalizou-se a noção de que a família não é um *fim* em si mesmo, mas sim um *instrumento* para implementar a realização espiritual e afetiva daqueles que a compõem, tutelada na exata medida em que constitua um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes (TEPEDINO, 2004, p. 398). Em outras palavras, significa dizer que as pessoas constituem famílias para serem felizes, e que esse núcleo familiar perdura na medida em que permite a seus integrantes a troca de afeto, a solidariedade, o companheirismo, o carinho, instituindo verdadeira comunhão de vida entre eles. Quando a afetividade entre os familiares desaparece, o próprio núcleo perde sua razão de ser, já que não mais proporciona a realização de seus membros. Assim, para a família contemporânea importa muito mais o conteúdo das relações pessoais que lá

se desenvolvem – se pautados pela afetividade ou não –, do que o *status* de seus componentes – se casados ou conviventes, se o parentesco é consanguíneo ou civil, etc. Em outras palavras, importa, como elemento essencial, "o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses", como refere Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 218).

Pois bem: considerando que tanto homossexuais como heterossexuais possuem exatamente a mesma dignidade – e, consequentemente, o mesmo direito de determinar suas próprias vidas – e que os núcleos familiares assumem, atualmente, a função de promoção da dignidade da pessoa humana, o Estado não deve, nem pode, criar óbices para a constituição de famílias, tanto por parte de heterossexuais quanto por homossexuais. Afinal, a supressão do casamento homoafetivo acarreta evidente restrição da liberdade sexual dos indivíduos homossexuais, em sério prejuízo à sua personalidade, como constata Érika Harumi Fugie (2003, p. 75-6):

> As relações sexuais se albergam entre os direitos de personalidade, sob o teto da liberdade de expressão, precipuamente no que diz respeito à identidade pessoal e à integridade física e psíquica. [...] O direito à liberdade permite ao indivíduo reclamar acima de tudo os bens de viver e de viver incólume, imprimindo às suas energias o caminho que prefere, dentro dos limites prescritos. [...] De modo que *a liberdade de expres- são sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no* minimum *necessário e imprescindível ao conteúdo do indi- víduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal*. [grifo nosso]

Significa que todos devem ter a possibilidade de estruturar suas relações afetivas como bem entenderem. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido à sua existência; é, na opinião de Luís Roberto Barroso (2007, p. 19), fazer com que os homossexuais sejam menos livres para viver suas escolhas. A relação entre dignidade da pessoa humana e a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo também tem repercussões psicológicas e sociais sobre homossexuais. Assim, observa Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 348):

> ao não se admitir a realização do casamento civil [...] está quem o faz a afirmar que a união homoafetiva não possuiria

> o mesmo valor de dignidade que a heteroafetiva. Afinal, é inegável que o casamento civil sempre foi colocado ao longo dos séculos como a consagração máxima da união amorosa entre duas pessoas, no sentido de dar uma condição de *legitimidade* a essa união afetiva. [...] Há um verdadeiro *arquétipo social* construído em torno da consagração da união amorosa pelo casamento civil, pois desde pequenos ouvimos direta e subliminarmente que só seremos felizes quando nos casarmos com a pessoa que amamos. [Grifo do autor]

De fato, não há como negar a existência desse mencionado "arquétipo social". Infelizmente, ainda está muito incutida no imaginário popular a ideia de que só é possível ser feliz por meio de uma relação amorosa, preferencialmente matrimonializada, havendo, inclusive, um "apiedamento" em relação àqueles que não se encaixam nesse padrão. Muito embora essa percepção seja falsa, é fato que a vedação do matrimônio entre pessoas de mesmo sexo traria nefastas consequências à autoestima – e, logo, à dignidade – da população homossexual. Primeiro, porque os homossexuais, mais uma vez alijados desse "modelo de felicidade", fatalmente alimentariam um sentimento de "menos valia" em relação a si mesmos, quando comparados aos heterossexuais. Afinal, se as relações homoafetivas e heteroafetivas são essencialmente pautadas pelo amor familiar, e se apenas estas puderem ser convertidas em casamento, será evidente a mensagem emitida pelo Estado de que as relações entre pessoas do mesmo sexo são menos importantes e menos dignas do que as relações entre pessoas de sexo oposto. Segundo, porque, como bem observado por Luís Roberto Barroso (2007, p. 21), "[...] o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*[3]) e no desenvolvimento de auto-estima". Assim, *a contrario sensu*, o não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal, pelo que a não atribuição de igual respeito às relações homoafetivas apenas vem perpetuar a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos, numa patente violação à dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2007, p. 21).

Portanto, em face dos argumentos elencados, pode-se defen-

[3] TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In:_____. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

der que a vedação da conversão em casamento das uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo é inconstitucional, por, primeiramente, colidir com a dignidade da população homossexual e bissexual, e, também, com outros princípios emanados da Lei Maior, conforme será demonstrado nos tópicos subsequentes.

2.2 O princípio da igualdade

Não há como falar do princípio da igualdade sem remeter à clássica distinção entre igualdade formal e igualdade material. A primeira, surgida do ideário da Revolução Francesa, preconiza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Destarte, impõe-se a aplicação do direito vigente a todos os indivíduos, sem consideração das características pessoais específicas dos cidadãos sujeitos à legislação a ser aplicada (VECHIATTI, 2008, p. 113).

Em que pese o inegável avanço dos direitos individuais trazido por esta concepção formal de igualdade, este viés acabou se revelando insuficiente para efetivamente equiparar os indivíduos, porque o fato de estar desconectada de suas condições econômicas e sociais oportunizava que dois iguais fossem tratados de forma desigual, e vice-versa. Nesta ordem de ideias, analisando o critério formal, Roger Raupp Rios (2002, p. 36) constata que se admitiu uma "[...] definição do conteúdo dos direitos fundamentais pelo legislador", e que "o esvaziamento material deste conteúdo [do princípio da igualdade], cujos contornos ficam à mercê da legislação, acabou por tolerar a adoção de medidas flagrantemente contrárias à dignidade humana".

Desta forma, a insuficiência da compreensão meramente formal do preceito isonômico demandou uma consideração de igualdade também material, proibitiva de tratamento desigual de situações idênticas ou análogas, mesmo que tal diferenciação arbitrária fosse instituída por lei (VECHIATTI, 2008, p. 115).

Assim, a igualdade em seu aspecto material, baseada nas formulações de Aristóteles, preconiza o mesmo tratamento para os indivíduos que se encontrem em igual situação, ao passo que, aos que se encontram em situação diversa, deve ser dado um tratamento jurídico diverso (VECHIATTI, 2008, p. 116).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 21-2) tenta estabe-

lecer critérios para saber se determinada discriminação colide ou não com o princípio da igualdade e, assim, leciona que:

> tem-se investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Assim, com fundamento nos parâmetros acima propostos, e sabendo que a Constituição de 1988 adotou a igualdade em ambos os aspectos e, delineados os contornos gerais desse princípio, impende verificar se a diferenciação entre pares formados por pessoas do mesmo sexo e aqueles constituídos por pessoas de sexos opostos, com o fim de excluir aqueles do regime matrimonial, é ou não constitucional. Primeiramente, impõe-se saber quais os fins e os valores visados pelas normas jurídicas que tratam do casamento para, a partir daí, aferir se a adoção da orientação sexual como fator desigualador é legítima e, portanto, válida. Ora, como explanado neste trabalho, é latente que a tute- la jurídica da família contemporânea toma por objeto a afetividade e a realização de seus componentes, de modo que, hodiernamente, as entidades familiares merecem proteção na medida em que buscam a troca de afeto e o objetivo de comunhão de vida em sua constituição.

Considerando que tanto homossexuais e bissexuais como heterossexuais são iguais, tendo a mesma capacidade de constituir famílias embasadas pelo amor familiar – que é o "amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses de forma pública, contínua e duradoura" (VECHIATTI, 2008, p. 196) –, tendo esta capacidade sido reconhecida até pelo Supremo Tribunal Federal, não há razão para negar àqueles e possibilitar a estes a conversão de suas uniões estáveis em casamento, pois são exatamente iguais no que diz respeito à finalidade almejada pela norma, qual seja a proteção do amor familiar. Logo, inconcebível discriminá-los pelo critério de sua orientação sexual, vez que totalmente desconectados do objeto tutelado pelas normas constitucionais relativas ao casamento, qual seja, a afetividade. Na verdade, mesmo que por si só tal fator constituísse razão suficiente para ensejar tratamento discriminatório aos homossexuais e bissexuais, sua admis-

sibilidade não sobreviveria ao exame do nosso direito constitucional positivo, tendo em vista a proibição da discriminação em razão de sexo, insculpida no artigo 3º, IV, da Lei Maior. Em tese, poder-se-ia argumentar que a discriminação em relação a pares homoafetivos tem como critério a orientação sexual dos conviventes, e não seu gênero em si, de modo que tal *descrímen* não teria sido albergado pela proibição expressa no texto constitucional, e, portanto, seria válido. Todavia, como pontua Roger Raupp Rios (2002, p. 133),

> é impossível a definição da orientação sexual sem a consideração do sexo dos envolvidos na relação verificada; ao contrário, é essencial para a caracterização de uma ou de outra orientação sexual levar-se em conta o sexo.

Isto porque a homossexualidade não apresenta sinais identificadores externos, só podendo ser identificada pela definição do sexo para quem o indivíduo se volta amorosamente.

Assim, no exemplo do mencionado autor:

> Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, tem sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo. (RIOS, 2002, p. 133)

Deste modo, o raciocínio aqui construído permite concluir que a Constituição veda a discriminação em razão de orientação sexual, pela proibição do preconceito de gênero. E mesmo que não vedasse, entende-se que ela estaria albergada pela expressão "*quaisquer outras formas de discriminação*", do artigo 3º, IV, da Carta Magna. Aliás, tendo em vista que o tratamento igualitário é a regra e que as diferenciações é que devem ser justificadas, não se pode deixar de mencionar que o correto seria que os defensores da vedação do matrimônio aos pares de mesmo sexo justificassem o porquê de estes não merecerem iguais direitos. É de se lamentar que os estigmas ainda hoje carregados pela homossexualidade e bissexualidade obriguem essa minoria a explicar e fundamentar a sua própria igualdade em relação aos heterossexuais,

quando, em verdade, o correto seria a justificação do preconceito e da exclusão sofrido por eles.

2.3 O princípio da liberdade

O princípio da liberdade, aqui encarado no prisma da liberdade de orientação sexual, guarda íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, entendendo-se esta também como o direito de propiciar e promover a participação ativa e corresponsável no destino da própria existência (SARLET, 2007, p. 87), inafastável a conclusão de que extinguir o direito de liberdade fatalmente conduz à supressão da dignidade. Afinal, quando falta a prerrogativa de determinar a própria vida, o ser humano se veria reduzido a mero objeto.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 87), ao relacionar a liberdade com a dignidade humana, comenta:

> Em primeiro lugar, relembrando que a noção de dignidade humana repousa – ainda que não de forma exclusiva [...] na autonomia pessoal, isto é, na liberdade [...] que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil [...] questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada.

No que toca especificamente à esfera da sexualidade, vale mencionar a lição de Érika Harumi Fugie (2003, p. 75), para quem "[...] as relações sexuais se albergam entre os direitos de personalidade, sob o teto da liberdade de expressão, precipuamente no que diz respei- to à identidade pessoal e à integridade física e psíquica". Nesta senda, afirma Maria Berenice Dias (2011, p. 89):

> O princípio da liberdade está consubstanciado numa perspectiva de privacidade e intimidade, podendo o ser humano realizar suas próprias escolhas, isto é, o seu próprio projeto de vida. *No campo específico da homoafetividade, o princípio da liberdade se faz presente no sentido de que toda e qualquer pessoa possui a*

> *prerrogativa de escolher o seu par, independentemente do sexo, assim como o tipo de entidade familiar que desejar constituir*. [Grifo nosso]

Assim, reportando-nos expressamente à conexão entre dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, é possível falar, segundo o pensamento de Ingo Sarlet (2007, p. 108), na existência de um direito à livre orientação sexual, consequência lógica e inseparável do princípio da liberdade. Pois bem. Se é verdade que, como bem afirmou o eminente Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2011, p. 638), da mesma forma que os heterossexuais se realizam heterossexualmente, os homossexuais só podem se realizar homossexualmente, então também é certo que não se pode vedar o matrimônio para pares de mesmo sexo. Do contrário, "como não desejam contrair matrimônio com uma pessoa de sexo distinto, não lhes [seria] assegurado o direito de constituir família" (DIAS, 2011, p. 90).

Aliás, ao se permitir apenas o casamento de heterossexuais, a mensagem emanada pelo ordenamento é a de que só é válido exercitar o direito de liberdade se for para constituir união amorosa com pessoa de sexo diferente. Ora, tal regulamentação não confere liberdade alguma; ao contrário, impõe um modelo pré-ordenado de conduta, qual seja a heterossexualidade. Sobretudo agora que a liberdade de constituir uniões homossexuais foi finalmente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, urge permitir a sua conversão em casamento. Afinal, se a liberdade é concretização da dignidade humana, e se homossexuais e heterossexuais são rigorosamente iguais em dignidade, é imperioso reconhecer a ambos a possibilidade de se casar, já que o casamento é, indubitavelmente, expressivo meio de exercício da liberdade individual.

3 INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS E AO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Embora esta pesquisa dirija-se para o entendimento de que a interpretação mais razoável dos princípios fundamentais já é suficiente para autorizar a possibilidade de conversão da união de pessoas do mesmo sexo em casamento, é necessário comentar alguns dos argumentos comumente utilizados por aqueles que têm posição contrária.

Ressalte-se que alguns destes fundamentos já restaram supera-

dos com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a admissibilidade da união homoafetiva como entidade familiar. Contudo, a título de argumentação, o presente trabalho pretende demonstrar que o ordenamento brasileiro não veda, ao menos de modo expresso, a união e o casamento entre pessoas do mesmo sexo; o que se tem, ao contrário, é uma lacuna legal, a ser suprida pela interpretação dos princípios constitucionais já relatados.

Um argumento comum para a objeção do casamento homoafetivo, a "teoria do silêncio eloquente" preconizava que o fato de o legislador citar apenas o modelo heteroafetivo nos dispositivos relativos à união estável e ao casamento – por meio da célebre fórmula "homem e mulher" – estaria a vedar sua constituição por pares de mesmo sexo. Isso porque, como explica Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, tal teoria fundava-se na ideia de que "[...] determinadas lacunas do texto da Constituição Federal teriam sido intencionais, no sentido de que o Constituinte Originário teria decidido não regulamentar a matéria, impondo-lhe o vazio normativo" (VECCHIATTI, 2008, p. 436).

No caso das relações homoafetivas, a lacuna do legislador seria, então, a forma que este teria encontrado para negar efeitos jurídicos. Em outras palavras, significa que se o legislador quisesse validá- las, as teria previsto de modo expresso, tal como fez com as uniões heterossexuais. Entretanto, não se pode acolher tal entendimento. Em primeiro lugar, não há dispositivo constitucional que afirme que o suposto silêncio deliberado do legislador ensejaria uma proibição à situação não regulamentada (VECCHIATTI, 2008, p. 436).

Nesse ponto, é preciso considerar o raciocínio do Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2012, p. 641):

> cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas *faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido"*. (Grifo do autor)

Ademais, é praticamente impossível determinar uma vontade

una do Poder Legislativo, tendo em vista o elevado número de seus componentes e o próprio procedimento legiferante, no qual o projeto de lei pode sofrer inúmeras modificações, por vezes mutiladoras do seu espírito original. Assim, a interpretação conforme deve, na verdade, obedecer à vontade da lei, quando não for possível chegar à finalidade de seu criador.

Não há, então, como concluir por um silêncio eloquente do legislador constituinte – tampouco do legislador infraconstitucional –, seja pela plena falta de embasamento desta interpretação, seja por contrariar a regra insculpida pelo artigo 5º, II, da Constituição Federal, ou pela simples impossibilidade de determinar se sua intenção foi mesmo excluir as uniões formadas por pessoas de mesmo sexo, de modo a ser mais razoável supor o mero esquecimento destas, não sua proibição. Em todo caso, evidente que tal teoria restou esvaziada após a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo as uniões homoafetivas, já que a exegese da Corte estendeu a estas a proteção do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, afastando-se, portanto, qualquer interpretação excludente do citado dispositivo constitucional.

Ainda que não tivesse sido superada, haveria que se considerar o ensinamento de Luís Roberto Barroso (2007, p. 27):

> É certo, por outro lado, que *a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas*. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua *natureza*: a de uma *norma de* ***inclusão***. De fato, ela foi *introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento*. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram. [Grifo nosso]

No mesmo sentido, a opinião de Maria Berenice Dias (2011, p. 137):

> quando se assegura à família especial proteção, não se identifica a sua formatação. [...] Como é assegurada a proteção não só ao casamento e à união estável, mas também à família monoparental, resta evidente que não é a prática sexual ou a capacidade procriativa o elemento identificador da entidade familiar. Deste modo, descabido negar direitos a vín-

> culos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto.

Como observa a citada autora, a norma do artigo 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se existisse outra de eliminação explícita de tutela de tais uniões (DIAS, 2011, p. 145). Poderia o legislador ter utilizado expressão restritiva, impedindo de modo expresso a união entre pessoas de idêntico sexo, mas não o fez (DIAS, 2011, p. 144). E se não o fez, foi porque provavelmente não quis negar seu caráter familiar.

Nessa ordem de ideias, destacam-se as palavras de Luís Alber- to Barroso (2007, p. 29):

> não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão "união estável entre o homem e a mulher" importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia.

Em suma, a interpretação do artigo 226 da Constituição Federal exige sua consideração como norma inclusiva; destarte, não se pode invocá-la para afastar comunhões de vida estabelecidas pelo afeto – como é a união homoafetiva – da proteção estatal que a Carta Maior desejou estabelecer a todas as entidades familiares. Caso esta desejasse proteger determinados modelos familiares em detrimento de outros, teria consignado essa preferência textualmente. Na ausência de uma "exclusão expressa", há que se levar em conta o sistema constitucional sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, albergando-se as relações homoafetivas no âmbito da proteção do Direito de Família. Da mesma forma, também não há que se vedar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo sob o argumento de a igualdade de gênero constituir impedimento matrimonial. Na lição da civilista gaúcha:

> Entre os impedimentos matrimoniais, não está prevista a identidade de sexo dos nubentes. Limita-se a lei a estabelecer requisitos para a sua celebração, elencar os direitos e os deveres dos cônjuges e disciplinar os regimes de bens. Se-

> quer ao apontar as causas de nulidade ou anulação do casamento, é feita referência à identidade sexual dos cônjuges. (DIAS, 2011, p. 138)

Em verdade, o argumento que vinha sendo – e ainda é – utilizado para repelir o matrimônio homossexual é o de que este seria um ato inexistente (conhecida como a "teoria do ato inexistente"), sob o fundamento de que a diversidade de sexos seria um pressuposto fático tão evidente do casamento, que sequer necessitaria de menção legislativa (VECCHIATTI, 2008, p. 417). Adotando essa posição, escreve Maria Helena Diniz (2010, p. 54):

> O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexo dos nubentes (CC, arts. 1.514, 1.517, 1.565; CF, art. 226, § 5º). Se duas pessoas do mesmo sexo, como aconteceu com Nero e Sporus, convolarem núpcias, ter-se-á casamento inexistente, uma farsa. Absurdo seria admitir que o matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial. Se, porventura, o magistrado deparar com caso desta espécie, deverá tão somente pronunciar sua inexistência.

Maria Berenice Dias (2011, p. 264) explica as razões da elaboração dessa teoria:

> Eis a justificativa: como a lei não elenca algumas causas de nulidade do casamento (ausência de celebração, ausência de manifestação de vontade e diversidade de sexo dos nubentes), ficava o juiz desarmado, não havendo possibilidade de invalidar casamentos portadores de defeitos insanáveis por não encontrar texto expresso para fundar a ação anulatória. Assim, a afronta a tais pressupostos passou a ser considerada como *ausência de elemento essencial* à própria existência do casamento. A categoria da inexistência vem em socorro do intérprete em situações de extrema perplexidade, quando o sistema de nulidades não se amolda perfeitamente ao caso. Aí está a origem do casamento inexistente. [Grifo do autor]

Perceba-se, então, que o casamento entre pessoas do mesmo sexo era uma possibilidade tão absurda que, tendo o legislador "se esquecido" de proibi-lo, foi preciso construir essa tese, para barrar o negócio jurídico já no plano de sua existência. Em todo caso, é preciso afastar a aplicação da tese do ato inexistente. Primeiro, porque se mos-

tra demasiadamente arbitrária e subjetiva: cria uma proibição sem texto, o que, como já mencionado, é vedado pelo teor do artigo 5º, II, da Lei Maior; além disso, possibilita ao intérprete que conceba um matrimônio como inexistente de acordo com os seus próprios critérios do que seria "absurdo" – da mesma forma que, para muitos, ainda é absurda a ideia de um casamento entre dois homens ou mulheres, o que, para outros, já é um acontecimento perfeitamente aceitável. Assim, ao tentar "resguardar" a instituição matrimonial contra hipóteses "inconcebíveis", a teoria do ato inexistente acaba abrindo as portas para a insegurança jurídica. Não fosse o bastante, ainda incorre no erro de visualizar o casamento como uma instituição estanque, com requisitos inerentes a si, sem qualquer interação com o ordenamento jurídico vigente. Como esclarece Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 273),

> a partir do momento em que uma "instituição" é inserida em um ordenamento jurídico, deve ela respeitar obrigatoriamente os princípios que regem a ordem jurídica em questão. Não importa a origem desta, se religiosa, cultural ou qualquer outra: deve ela obrigatoriamente obedecer aos ditames legais que regem o Direito eu o consagra, mesmo que isso venha eventualmente a alterar parte de seu conteúdo histórico "pré-jurídico".

E, com efeito, a partir do momento em que integra o arcabouço jurídico pátrio, mormente por sua dialética com os princípios constitucionais, a melhor interpretação parece ser aquela que defere aos pares homoafetivos o acesso ao casamento.

Em todo caso, fato é que a tese do casamento inexistente padece de uma grande incongruência: não se sustenta em nenhuma proibição positivada no ordenamento positivo, mas, ao mesmo tempo, pretende estabelecer uma vedação, contrariando o artigo 5º, II, da Constituição Federal, por força do qual se exige que as proibições sejam expressas. Ainda assim, por mais que os argumentos expendidos ao longo deste trabalho não tivessem força para legitimar a possibilidade do casamento civil homoafetivo, haveria que se reconhecer, todavia, a eficácia vinculante de que goza a equiparação das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Em outras palavras, significa dizer que, por mais que o Supremo Tribunal Federal não estivesse correto em sua decisão de conferir às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões heterossexuais, fato é que, por ter ocorrido em se-

de de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ela é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conforme o artigo 28[4] da Lei nº 9.868/99.

O paradigma jurídico das uniões homoafetivas é inescusavelmente o mesmo das heteroafetivas: desta forma, se estas podem ser convertidas em casamento, aquelas também o podem, até porque seguramente a intenção dos eminentes ministros não foi incluir "pela metade" os pares homoafetivos. Se tanto heterossexuais como homossexuais podem constituir entidades familiares com seus respectivos parceiros na mesma medida, e se estas se concretizam tanto pela união estável quanto pelo casamento, seria ilógico aplicar aos pares homoafetivos apenas o regime das uniões estáveis. Portanto, uma vez que o *direito homoafetivo* teve seus paradigmas revolucionados com a reinterpretação efetuada pelo STF, tornou-se irrelevante discutir a existência ou não do caráter familiar nas uniões homoafetivas. Agora, importa repensá-las a partir da determinação do Supremo – isto é, apreciando-as segundo o mesmo complexo de direitos e obrigações das relações heteroafetivas –, o que fatalmente redunda no reconhecimento do direito ao casamento – por meio da conversão de união estável ou pela via direta.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todos os argumentos apresentados, impende reconhecer aos pares homoafetivos o direito ao casamento civil. Isso porque a negativa do matrimônio igualitário viola os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, já que não há como dissociar o livre exercício da própria orientação sexual dos outros aspectos que compõem uma pessoa: obstar ou dificultar sua realização afetiva é, portanto, frustrar seus projetos de felicidade, abalando sua autoestima.

Além disso, permitir o casamento civil somente entre heterossexuais significa que o Estado valora o relacionamento homossexual

[4] Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

como “menos correto” que o modelo heteroafetivo, numa discriminação proibida pelo artigo 3º, IV, da Constituição de 1988 e que, inevitavelmente, incute em todos aqueles impedidos de se casar, um sentimento de “menos-valia”.

Também se procurou demonstrar que as normas constitucionais de tutela da família visam a proteger não um modelo familiar pré-estabelecido, mas sim a afetividade entre seus membros. Nessa ordem de ideias, defendeu-se que só é válida a discriminação que tenha pertinência com o fim cominado pela norma, o que não é o caso, pois orientação sexual nada tem a ver com amor familiar.

De outra parte, o ordenamento positivo em nada proíbe as uniões homoafetivas; aliás, sequer as menciona. Diante de tal silêncio, é preciso homenagear a sistemática constitucional atual e os princípios citados, incluindo-as nos mesmos regimes jurídicos aplicáveis às relações entre pessoas de sexo diferente. Não é possível, como pretendem alguns, ver neste silêncio uma intenção de exclusão. Primeiro, porque as normas que tutelam a família são normas de proteção e inclusão; assim, interpretá-las para negar direitos aos homoafetivos desvirtuaria totalmente sua finalidade. Depois, porque prevalece o artigo 5º, II, da Constituição: na ausência de proibição, o comportamento deve ser permitido.

Assim, os argumentos expendidos mostram que é possível uma interpretação razoável no sentido de se deferir direito ao casamento aos pares homoafetivos. É preciso aproveitar as portas que foram abertas pelo Supremo Tribunal Federal para sepultar o velho Direito de Família, patrimonializado e patriarcal, “reabilitando” perante a sociedade um grupo há muito estigmatizado e valorizando o elemento mais importante para uma entidade familiar: o afeto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, mai.-ago. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 Distrito Federal.** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. 4 maio 2011. Disponível em: <http://www.direitoho moafetivo.com.br/anexos/juris/2011.05.05_-_stf_-_adi_4.277.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

FUGIE, Érika Harumi. Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF? **Revista dos Tribunais**, v. 813, jul. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NUNES, Rizatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: Direito de Família. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Método, 2012. v. 5.

TORRES, Aimberê Francisco. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito à adoção por parceiros do**

mesmo sexo. Jacarezinho, 2008. 133 f. Dissertação (Mestrado em Di-reito) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Es- tadual do Norte do Paraná.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina constitucional-civil das relações familiares. In:_____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Riode Janeiro: Renovar, 2004. v. I. p. 395-416.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**:da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da ado-ção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.