

O casamento entre pares homoafetivos: breve explanação

Daniel Ribeiro Vaz¹

Em que pese o sistema jurídico anglo-saxônico ser dotado de características diversas em comparação ao sistema romano-germânico, a recente decisão da Supre Corte americana não está distante das decisões preferidas pelo nosso Poder Judiciário, e registra-se: decisões estas anteriores a recente decisão anglo-saxônica.

Nos Estados Unidos da América a força dos precedentes vai muito além do nosso sistema de 'recurso repetitivo' adotado pelo Código de Processo Civil ou até mesmo em comparação ao nosso sistema de 'controle concentrado de constitucionalidade' que apresenta um caráter vinculante da decisão proferida em sede de controle abstrato assim como efeito "erga omnes".

A questão que trata do casamento entre pessoas do mesmo sexo é árdua e complexa, assim como questões outras que debatem o 'direito a vida' ou seu início, pois além de preceitos jurídico-normativos, somos "carregados" de preceitos de ordem moral, religiosa ou ética, "mutatis mutandis", o mesmo ocorre com o tema em análise, pois a sociedade apresenta valores que interferem das mais variadas formas na resposta final ou solução da problemática instaurada.

IMMANUEL KANT² em "Crítica da Razão Pura" preconiza que somos possuidores de conhecimentos "a priori", ou seja, aqueles que não referem-se ao conhecimento empírico, sendo que aquele não é puro, enquanto que este, somando-se ao primeiro, possibilita uma mudança/alteração de paradigmas, inclusive morais e que, por óbvio, influencia nas respostas fornecidas pelo Poder Judiciário às situações como esta em análise.

IMMANUEL KANT, mais uma vez com peculiar análise em "Metafísica dos Costumes"³ estabelece um paralelo entre 'leis da liberdade' e 'leis morais':

Essas leis da liberdade, a diferença das leis na natureza, chamam-se 'morais'. Na medida em que se referem apenas às ações meramente exteriores e à conformidade destas à lei, elas se chamam 'jurídicas'; mas na medida em que exijam também que elas próprias devam ser o fundamento de determinação de ações, então são 'éticas'. Diz-se, portanto: a concordância com as primeiras é a 'legalidade', com as segunda a 'moralidade da ação'.

A questão da 'moral' é trazida por KANT de forma complexa, remetemos o leitor para um breve resumo sobre o tema trazido por NIGEL WARBURTON⁴.

Em que pese a extrema importância da 'moral' e demais preceitos filosóficos, tanto no que se refere à influência ao julgador assim como a análise

¹ DANIEL RIBEIRO VAZ. Professor: Penal, Processo Penal, Estágio, Criminologia, Legislação Penal Especial, TGP, Processo Penal e Constitucional. Graduação/Pós-graduação, Cursos preparatórios para Concursos OAB.

² KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Editora Afiliada. São Paulo: 2002. p. 45.

³ KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Editora Vozes. São Paulo: 2013. p. 20.

⁴ WARBURTON, Nigel. Uma breve história da Filosofia. 2ª ed. Editora LPM. Porto Alegre: 2012. p. 114-119.

com os padrões sociais, deixaremos de lado e vamos direcionar ao que KANT observa acima: 'leis da liberdade' ou 'leis jurídicas', fundamentadas na 'legalidade'.

Em vários países inexistente 'lei' dispendo sobre o tema; na Irlanda p.ex. mais de 3,2 milhões de pessoas foram às urnas e mediante um 'plebiscito' os eleitores admitiram o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁵. Na reportagem verificamos várias questões referente não apenas a 'moral', mas também referente a questões religiosas que não serão abordadas neste breve resumo.

Nos Estados Unidos da América a solução não se categorizou através de consulta popular, mas sim mediante julgamento pela Suprema Corte⁶, ocasionando uma onda a protestos e/ou comemorações nas redes sociais assim como no próprio Estados Unidos.

No Brasil, a lei infraconstitucional como o Código Civil p.ex. não regula o tema e muito menos nossa Carta Magna, razão pela qual temos uma 'lacuna constitucional'. Nesse sentido, GILMAR FERREIRA MENDES⁷ observa que em casos de lacunas na constituição ("situação juridicamente não prevista na Constituição"), devemos verificar algumas situações:

1- Em algumas situações DE OMISSÃO DE REGULAÇÃO a CONSTITUIÇÃO FEDERAL não dispõe sobre o tema, pois deixa ao LEGISLADOR ORDINÁRIO a regulamentação.	NORMAS DE EFICÁCIA CONTIDA OU LIMITADA: significa que o Constituinte deixa o tema à ser tratado, como já explicado, pelo legislador ordinário.
2- A OMISSÃO DE REGULAÇÃO pode ser CONSCIENTE em excluir o tema da Carta Maior.	SILÊNCIO ELOQUENTE: um silêncio proposital do Constituinte, ou seja, quando a Constituição Federal não regula o tema efetivamente porque não quis regular.
2- A OMISSÃO DE REGULAÇÃO pode ter ocorrido devido a um LAPSO DA CONSTITUIÇÃO.	LACUNA DE FORMULAÇÃO: verdadeiro 'esquecimento' sobre o tema ou até mesmo o fato de que o tema em si não era debatido na época em que se instaura o Poder Constituinte Originário.

Portando, na interpretação constitucional do art. 226, que dispões sobre "família", este dispositivo não regula a possibilidade de família ser constituída por pares homoafetivos (como também não proíbe), nesse sentido:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da

lei.

⁵ Irlanda registra alta participação em plebiscito inédito sobre casamento gay. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150521_casamento_gay_irlanda_plebiscito_lgb

⁶ Suprema Corte dos EUA reconhece legalidade do casamento gay. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reconhece-legalidade-do-casamento-gay-2484.html>

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 2013. p. 92-102.

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema:

O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. **Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.** Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do STF para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas." (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.) **No mesmo sentido: RE 477.554-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.

O MINISTRO CELSO DE MELLO observa que:

Também **não vislumbro**, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo

sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente. **Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloqüente da Constituição.** O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

Portanto o STF admitiu que as ENTIDADES HOMOAFETIVAS, são EQUIPARÁVEIS EM TODOS OS EFEITOS À UNIÃO ESTÁVEL; com fundamento nessa decisão muitos casais que estavam em união homoafetiva pediram a conversão em união estável ou até mesmo a conversão em casamento.

Posteriormente o Superior Tribunal de Justiça admitiu o CASAMENTO entre pessoas do mesmo sexo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378.
DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL.
ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo 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.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são

igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família .

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença . Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse

momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido

Alguns cartórios ainda sim recusaram-se a realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, existindo, portanto, uma resolução do Conselho Nacional de Justiça dispondo sobre o tema:

RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013.

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Observa-se que, conforme dados estatísticos do próprio CNJ Brasil já realizou 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo⁸.

Portanto, embora conheçamos a importância da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no Brasil o tema já está pacificado a alguns anos.

BIBLIOGRAFIA

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Editora Afiliada. São Paulo: 2002.

KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Editora Vozes. São Paulo: 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 2013

WARBURTON, Nigel. Uma breve história da Filosofia. 2ª ed. Editora LPM. Porto Alegre: 2012.

Irlanda registra alta participação em plebiscito inédito sobre casamento gay. Disponível em:

http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150521_casamento_gay_irlan_da_plebiscito_lgb

Suprema Corte dos EUA reconhece legalidade do casamento gay. Disponível em:

<http://www.cartacapital.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reconhece-legalidade-do-casamento-gay-2484.html>

Brasil já realizou 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79374-brasil-ja-realizou-3-7-mil-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>

⁸ Brasil já realizou 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79374-brasil-ja-realizou-3-7-mil-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>