

Unões de pessoas do mesmo sexo e o Direito de Família

Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹

Resumo

O trabalho cuida da inserção das uniões entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito de Família, a partir da noção a respeito da comunhão plena de vida. Analisou-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro a respeito das entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo, além dos requisitos necessários para sua configuração.

Palavras-chave: Entidades familiares; uniões homoafetivas; requisitos para configuração; notoriedade da união; prova.

Abstract

The work deals with the insertion of the unions between people of the same sex in the scope of the Right of Family, starting from the notion regarding the full communion of life. The judgment of the Brazilian Federal Supreme Court regarding family entities formed by persons of the same sex, besides the necessary requirements for their configuration, was analyzed.

Keywords: Family entities; homoaffection unions; requirements for configuration; notoriety of marriage; proof.

Visão Civil-Constitucional do Direito de Família

As transformações pelas quais o Direito de Família passa nos últimos tempos vêm impactando outros setores do Direito em razão da existência de questões relacionadas às novas configurações e arranjos familiares. Não há como prosseguir a análise das questões e reflexos jurídicos relacionados às entidades familiares senão com uma visão multidisciplinar e de conjunto.

É importante se proceder à análise do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema das uniões de pessoas do mesmo sexo como formadoras de entidade familiar que deve receber tratamento igual aquele dado às uniões informais fundadas no companheirismo – ou ‘união estável’ na terminologia constitucional (CF, art. 226). Para permitir a análise mais aprofundada do tema à luz do Direito Civil – em especial no Direito das Famílias –, será necessário

¹ Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ-ES). Ex Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Titular de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá (RJ). Professor Titular de Direito Civil do IBMEC-RJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)

abordar alguns pontos mais genéricos, tais como a constitucionalização do Direito Civil, a principiologia jurídica e constitucional aplicável, entre outros.

A Constituição Federal de 1988 realizou uma autêntica e necessária reformulação do Direito Civil brasileiro e, assim, produziu uma verdadeira revolução nas configurações das entidades familiares tuteladas pelo Direito. A partir do texto constitucional, é possível afirmar-se que houve a repersonalização e a despatrimonialização do Direito Civil, em especial no segmento das famílias brasileiras. Tais aspectos se referem à noção de que à pessoa humana devem ser dirigidas as normas jurídicas no que tange à sua tutela, proteção e promoção integral, pois o valor máximo e fundamento da República brasileira da dignidade da pessoa humana, informa o novo sistema e modelo de ordenamento jurídico que deve ser voltado à priorização da pessoa humana acima e antes de qualquer outro valor jurídico.

No Direito Civil, destaca-se a noção de funcionalização das famílias ao atendimento dos interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes, reforçado plenamente com o início da vigência da Lei Brasileira de Inclusão (também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/15). Com fundamento nos princípios da isonomia entre os cônjuges e companheiros, bem como entre os filhos, da pluralidade das entidades familiares, tendo como referência central a dignidade da pessoa humana, o centro gravitacional das relações jurídicas em geral é a pessoa humana inserida no âmbito da sociedade. Houve uma democratização das relações familiares, atribuindo-se primazia à dimensão do “ser” quando comparada com a dimensão do “ter” ou do “agir”. No sistema codificado de 2002, tal mudança pode ser bem compreendida com a noção de comunhão plena de vida (Código Civil, art. 1.511) que, no entanto, não se restringe apenas à família fundada no casamento.

O intérprete deve realizar sua atividade no sentido de interpretar ampliativamente a norma contida no art. 1.511, do Código Civil, para dela extrair a noção de que todas as entidades familiares, consideradas como tais, deverão se fundamentar na noção de comunhão plena de vida, cláusula geral que fundamentará toda proteção e promoção das pessoas humanas inseridas nos seus respectivos grupos familiares.

O perfil consensual e a afetividade são, hoje, os alicerces das famílias jurídicas, resgatando a emocionalidade nas relações privadas mais próximas. Não se cuida de retroceder no tempo para valorizar o indivíduo como ser abstrato no universo jurídico, mas sim reconhecer a dimensão comunitária da dignidade da pessoa humana, eis que ninguém vive isoladamente na realidade cósmica. Houve, sem dúvida, a passagem da família-instituição para a família-instrumento, eis que as entidades familiares são atualmente tuteladas se e enquanto servirem como verdadeiros instrumentos para o melhor desenvolvimento das potencialidades e personalidades daqueles que as integram.

A família, como formação social, deve ser garantida constitucionalmente não em razão de titularizar um interesse superior ou supraindividual, mas em

função da realização das exigências das pessoas humanas no desenvolvimento de suas personalidades e potencialidades. Daí a noção de família instrumento em substituição ao período anterior quando a família era compreendida como instituição jurídica dotada de autonomia e independência relativamente aos seus integrantes, o que justificava toda uma série de exclusões jurídicas, tais como aquela decorrente da regra de proibição do reconhecimento da paternidade de filho havido fora do casamento ou de filho nascido em razão de relação incestuosa.

A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico (Constituição Federal, art. 1º, III), encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento. É a família que propicia aos seus integrantes o desenvolvimento de seus melhores sentimentos e ações; é o “porto seguro” da pessoa humana, onde ela aprendeu desde o início a viver em sociedade. É nela que a pessoa se nutre do mais fundamental para construir seu caráter e seus vínculos afetivos. A afetividade é alçada a valor jurídico de fundamental importância para a constituição e manutenção das famílias atuais.

A família deve, atualmente, ser compreendida como comunidade de laços afetivos e amorosos em perfeita união, como célula menor da sociedade, envolta na solidariedade e respeito familiares. E tal somente foi possível com a constitucionalização do Direito Civil, ainda que tenha ocorrido a recodificação no Brasil.

Alguns princípios constitucionais aplicáveis

Após a visão civil-constitucional do Direito de Família contemporâneo, é vital proceder à análise de alguns princípios constitucionais que têm perfeita aplicação no estudo das entidades familiares brasileiras.

Houve a substituição do modelo monolítico de família matrimonial pelo modelo plural e democrático das entidades familiares. Se, no início do século XX, havia apenas a família fundada no casamento como tutelada pelo Direito – a esse respeito, o Código Civil de 1916 era exemplo claro de tal modelo monolítico e despótico de família -, o início do século XXI marca o modelo plural e democrático das entidades familiares.

Na atualidade, reconhece-se o princípio do pluralismo das entidades familiares, a significar que existem várias entidades familiares igualmente dignas de merecerem tutela e proteção pelo Direito. E o rol previsto no texto constitucional é meramente exemplificativo, e não taxativo (Constituição Federal, arts. 226 e 227).

Maria Berenice Dias defende o emprego do referencial da afetividade para identificar as estruturas interpessoais que podem ser qualificadas juridicamente como famílias e, desse modo, sustenta outros arranjos que poderiam ser assim considerados. Assim, mesmo antes do julgamento realizado pelo STF em maio de 2011, a referida autora qualificava como família a união entre pessoas do mesmo sexo (por ela designada de união homoafetiva), sob o fundamento de que, com base no respeito à dignidade da pessoa humana, não se pode negar o

status de família a qualquer união que se baseie no afeto². Da mesma forma, ela sustenta o *status* de família à convivência entre parentes ou entre pessoas, mesmo não-parentes, no contexto de uma estruturação com identidade de propósito, nominando tais entidades com a expressão famílias anaparentais³.

O pluralismo das entidades familiares, princípio expressamente adotado pela normativa constitucional de 1988, é marca do Direito de Família contemporâneo e decorre da encampação dos valores democráticos e plurais que vêm sendo acolhidos na maior parte dos sistemas jurídicos que seguem a tradição jurídico romano-germânica. A doutrina registra que, sob a perspectiva de outras áreas do conhecimento humano que não a jurídica – como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a psicanálise, dentre outras –, mesmo no período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, a família não se resumia apenas àquela constituída pelo casamento, destacando-se que os dados do PNAD (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios), do IBGE – que coletam informações sobre as *unidades de vivência* dos brasileiros –, já demonstravam um perfil de relações familiares diverso do modelo único matrimonial da tradição do Direito de Família no período anterior⁴.

Assim, de acordo com os dados estatísticos e os critérios considerados nas pesquisas demográficas e estatísticas, foram identificadas as seguintes *unidades de vivência* na realidade sociológica brasileira: a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos; d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos; e) pai ou mãe e filhos biológicos; f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos; g) união de parentes e de pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos; h) pessoas sem vínculo de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, casos em que há impedimento para casamento de um ou ambos os concubinos, com ou sem filhos; k) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, sem filiação natural ou adotiva formalizada⁵.

² DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 45. Neste caso, a autora exemplifica com o caso de duas irmãs que conjugam esforços para formação ou aumento de acervo patrimonial, defendendo a tese de que, com a morte de uma delas, à outra devem ser aplicadas as normas do casamento e da união estável (companheirismo), por analogia.

³ DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias, op. cit.*, p. 46.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). *Direito de Família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 53-81.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.) *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 2-3.

Depreende-se, da leitura da relação acima referente às unidades de vivência, que as letras “a” e “b” consistem em hipóteses de casamento; as letras “c” e “d”, de união estável fundada no companheirismo; as letras “e” e “f” representam a entidade familiar monoparental; a letra “g” cuida de relação fundada no parentesco na linha colateral com a nuance da convivência entre tais parentes; a letra “i” trata de relação fundada na união entre pessoas do mesmo sexo que foi reconhecida expressamente pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, e que também foi admitida pelo Conselho Nacional de Justiça com a edição da Resolução n. 175/2013. Sob o ponto de vista do Direito de Família, questiona-se se as *unidades de vivência* identificadas nas letras “h”, “j” e “k” poderiam se caracterizar como famílias (ou entidades familiares) jurídicas. A respeito do tema do modelo plural de famílias, adotado pelo Direito de Família na fase atual que se iniciou com o texto constitucional de 1988, de antemão devem ser destacados dois aspectos: a) se há hierarquia axiológica entre as entidades familiares; b) se as previsões constitucionais a respeito das entidades familiares constituem rol exaustivo ou taxativo (*numerus clausus*)⁶.

No segmento do Direito Eleitoral, em matéria afeta ao tema das inelegibilidades, além do casamento, do companheirismo, da monoparentalidade, foram identificadas outras unidades de vivência: a) união de parentes, como no grupo de irmãos; b) união homossexual; c) comunidades afetivas com “filhos de criação”. Como registra Lourival Serejo, “as questões envolvendo o Direito de Família e o Direito Eleitoral são cada vez mais frequentes nos tribunais eleitorais, principalmente nos anos de eleições, na fase de registro de candidaturas”⁷.

O princípio da tutela especial à família (Constituição Federal, art. 226, *caput*) impõe deveres ao Estado e, obviamente, à toda sociedade, no sentido de dar especial proteção e realizar medidas e atividades de promoção às pessoas que integrem suas respectivas famílias. Tal mandamento constitucional decorre do reconhecimento da relevância da família como comunidade intermediária para realização existencial de seus integrantes.

Outro princípio importantíssimo, nessa nova quadra do Direito de Família é o princípio da igualdade material entre cônjuges ou companheiros (Constituição Federal, art. 226, § 5º) e entre os filhos (Constituição Federal, art. 227, § 6º). Tais princípios são consectários da noção de efetivação de valores democráticos no âmbito das novas e renovadas entidades familiares, eis que mesmo no casamento passa a ser jurídica a isonomia entre os sexos, não prevalecendo mais o tratamento discriminatório e desarrazoado em favor do homem casado em detrimento de sua esposa.

⁶ Tais questões foram objeto do artigo de doutrina de LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*, *op. cit.*, p. 1-18.

⁷ SEREJO, Lourival. *O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade*. Texto consultado na internet. Visitado em 11.10.2011, p. 1.

Espécies de famílias

Dois aspectos merecem atenção do Direito na atualidade acerca da temática das entidades familiares e seu tratamento no texto constitucional: a) se há hierarquia entre as entidades familiares; b) se a Constituição Federal arrolou exaustivamente ou exemplificativamente as entidades familiares.

Há previsão expressa no texto constitucional das seguintes famílias baseadas na conjugalidade: a) aquela fundada no casamento (CF, art. 226, § 1º); b) aquela fundada no companheirismo (CF, art. 226, § 3º). Ao modelo da família formal, tutelada pelo Direito em todo o mundo, acrescenta-se a concepção jurídica remodelada de uma nova família, célula essencial da civilização humana, com maior ênfase nas pessoas dos familiares do que na instituição familiar. Há, indubitavelmente, uma função social - e que se mostra primordial e permanente - da nova família: a de viabilizar a constituição e o desenvolvimento das melhores potencialidades humanas; a de atuar em prol do aperfeiçoamento das instituições sociais com aspecto marcadamente funcional e instrumental. E, dentro de tal contexto, a família contemporânea deve se fundamentar em valores e princípios diversos daqueles que alicerçaram o modelo tradicional e oitocentista da família matrimonial, sendo o casamento antigamente encarado como espaço público único para a formação da família como instituição fundamental para garantir a tranquila e ordeira transmissão de patrimônio.

Há bastante tempo, reputa-se a família como uma das técnicas originárias de proteção social, sendo o grupo familiar representado pela organização constituída por pessoas que se vinculam por laços de convivência harmônica e afetiva, como referencial de vida gregária onde afloram os sentimentos de amor, respeito, solidariedade, consideração, colaboração, entre outros.

A progressiva emancipação econômica, social e jurídica da mulher, a significativa redução do número médio de filhos nas entidades familiares, a maior complexidade da vida contemporânea decorrente dos problemas atinentes à inserção profissional da pessoa humana, à massificação das relações econômicas (inclusive as de consumo), à urbanização desenfreada, aos avanços científicos no campo do exercício da sexualidade, os graves problemas sociais e urbanos, o reconhecimento de outras formas de constituição de entidades familiares, entre outros fatores, impuseram mudanças na função e na concepção das novas famílias. A mero título ilustrativo, no caso brasileiro, verificou-se uma inversão na proporção das populações urbana e rural: se no início do século XX a maioria esmagadora dos brasileiros residia no campo, a realidade contemporânea é de 80% (oitenta por cento) da população brasileira vivendo nos centros urbanos.

Desse modo, urge considerar que, no bojo da constitucionalização do Direito Civil, as relações familiares não são tuteladas e protegidas em si mesmas, mas se e enquanto instrumentos voltados ao cumprimento do projeto constitucional de sociedade civil – de liberdade, de justiça e de solidariedade (art. 3º, inciso III, da Constituição Federal) –, além de servirem para a redução das desigualdades

sociais e a erradicação da miséria e da pobreza. Há, assim, de serem equilibrados e coordenados os princípios da liberdade, da igualdade material e da solidariedade social no universo das famílias, fazendo com que haja sabedoria de conciliar as relações familiares, de modo a impedir que a excessiva liberdade seja obstáculo à concretização da solidariedade, bem como de que a excessiva solidariedade seja impedimento à liberdade individual.

No segmento do Direito de Família avulta de importância a noção do pluralismo democrático, a evidenciar a substituição do modelo monolítico de família matrimonial pelo modelo plural e democrático das entidades familiares, especialmente a partir da normativa constitucional de 1988. Além do exposto reconhecimento do casamento (art. 226, §§ 1º e 2º), a Constituição Federal de 1988 também identificou o companheirismo e a família monoparental como entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º), bem como admitiu expressamente a adoção (art. 227, § 1º). Pode-se extrair da normativa constitucional, portanto, algumas espécies de família, ora fundadas nas uniões entre pessoas até então não vinculadas no Direito de Família (casamento, companheirismo, união entre pessoas do mesmo sexo e adoção), ora baseadas nos vínculos originários de Direito das Famílias (parentesco natural, decorrente de um dos seus fundamentos, a saber, a consanguinidade).

Deve-se atentar para a pertinente colocação de Paulo Lôbo, no sentido de que a família contemporânea não é somente aquela formada pelo casamento, tendo também o mesmo *status* de família todas as demais entidades familiares socialmente constituídas. Em se tratando de entidade que não é célula do Estado, e sim da sociedade civil, não cabe ao Estado, especialmente, no caso, o legislador constituinte, estabelecer taxativamente o rol das entidades familiares que merecem proteção⁸. É oportuno consignar que nem sempre um grupo ou uma reunião de pessoas sob o prisma sociológico poderá receber o *status* de família jurídica, fazendo-se necessária a presença de determinados valores e características, sem os quais o Direito não poderá tratá-lo como tutelada pelas normas jurídicas de Direito de Família.

É de se afirmar, contudo, que a Constituição Federal não equiparou os diversos modelos de entidades familiares. Daí a regra da conversão do companheirismo em casamento, a demonstrar a existência de diferenças entre as duas entidades familiares, por exemplo. No campo das relações de parentesco, houve um alargamento de situações que, na perspectiva da filiação, passaram a receber tutela jurídica. Assim, com base na redação do art. 1.593, do Código Civil, o parentesco civil é todo aquele que não se baseie na consanguinidade, como nos casos de paternidade, maternidade e filiação decorrentes da adoção, da posse de estado de filho, de reprodução assistida heteróloga, entre outras. Podem existir diferentes formas de constituição de vínculo de parentesco, tais como se observa da filiação decorrente de técnica de reprodução assistida heteróloga bilateral (de ambos os genitores) ou unilateral (de um dos pais).

⁸ LÔBO, Paulo, *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

Reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo e as famílias jurídicas

O Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 2004, julgou o Recurso Especial n. 24.564/PA, em que o tema da inelegibilidade lá tratado envolvia um caso de união homoafetiva. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, considerou que “os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal brasileira”. O caso envolvia uma candidata ao cargo de Prefeito Municipal de Viseu, no Estado do Pará, que vivia com a então Prefeita numa relação contínua, notória e com objetivo de constituição de família fundada entre pessoas do mesmo sexo.

O tema referente às uniões entre pessoas do mesmo sexo e seus reflexos no Direito de Família e em outros segmentos do Direito envolve a discussão e o debate acerca do ativismo judicial. Como se tem observado, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁹. É oportuno avaliar como o tema referente às uniões de pessoas do mesmo sexo foi enfrentado pela mais alta Corte do país e se a hipótese é de autêntico ativismo judicial.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou o tema referente à união de pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito de Família. A questão foi apreciada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ, com votação unânime pelos Ministros da Excelsa Corte. E, em maio de 2013, devido à dúvida existente em algumas unidades da Federação quanto à viabilidade jurídica do casamento civil seguido ao procedimento de habilitação no Cartório de Registro Civil, foi editada a Resolução n. 175/13, do Conselho Nacional de Justiça, que reafirmou a impossibilidade de se excluir a união entre pessoas do mesmo sexo quanto à constituição e manutenção de famílias fundadas no casamento.

A conclusão a que o STF alcançou, com base na técnica da interpretação conforme à Constituição, foi no sentido de considerar que, na interpretação do art. 1.723, do Código Civil, deve-se excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Revela-se importante destacar alguns fundamentos dos votos de Ministros que participaram do julgamento em questão:

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 4. Ed. *Revista Atualidades Jurídicas* – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, jan./fev. 2009. Disponível em [HTTP://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf), visitado em 17.02.2010.

Voto do Ministro Ayres Britto

A) O Ministro Carlos Ayres Britto, então Relator das duas ações constitucionais, proferiu voto em que se destaca a abordagem multidisciplinar para concluir pela existência de amparo jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Considerou que na Constituição Federal se encontram as “decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família”¹⁰.

Ainda na fundamentação do voto, o Ministro Relator invocou o disposto no art. 3º, IV, da Constituição Federal que se refere expressamente ao vocábulo “sexo”. E, no caso, o vocábulo foi empregado para significar “a conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher”, impedindo que o sexo das pessoas seja utilizado como “fator de desigualação jurídica”. Daí o efeito quanto à explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos.

Em seguida, o Relator se referiu à noção do Constitucionalismo 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 extratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados”¹¹, tais como os negros, os índios, as mulheres, os portadores de deficiência física e as pessoas unidas do mesmo sexo (identificadas no voto como “homoafetivos”). E, associado a tal aspecto, as medidas de combate ao preconceito representam a aceitação e a experimentação do pluralismo sócio-político-cultural que, por sua vez, serve de elemento conceitual da democracia substancialista com a respeitosa convivência dos contrários.

Em seguida, o voto do Relator observou que normas constantes de ordenamentos jurídicos da Comunidade Europeia – tais como a Resolução do Parlamento Europeu de 08.02.1994 e a Resolução sobre o Respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia de 16.03.2000 -, bem como de Constituições de alguns Estados da Federação brasileira, vedam o preconceito contra a “orientação” sexual alheia. Observa, também, que nada mais íntimo e privado para a pessoa do que a prática da sua própria sexualidade (Constituição Federal, art. 5º, X). A livre disposição da sexualidade do indivíduo como autêntico bem da personalidade e, simultaneamente, direito fundamental da pessoa humana, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, homens e mulheres gozam “de fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade”¹².

O Ministro Ayres Britto concluiu que a proposição de que “a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se

¹⁰ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Ayres Brito, p. 7.

¹¹ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Ayres Brito, p. 11.

¹² BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Ayres Brito, p. 28.

desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”¹³. Assim, reconheceu-se o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos para fins de constituição e manutenção da família entre pessoas do mesmo sexo.

E, no que tange ao tema do rol das entidades familiares, o Ministro registrou que a Constituição é enunciativa no seu comando, nunca taxativa, a confirmar a possibilidade do reconhecimento de outras entidades familiares além daquelas expressamente previstas e elencadas no texto constitucional.

Voto do Ministro Luiz Fux

B) Outro voto que guarda bastante relevância a respeito do tema em questão é o do Ministro Luiz Fux no referido julgamento das ações constitucionais que versaram sobre o tema das uniões de pessoas do mesmo sexo como entidades familiares.

Logo na “ementa” do voto, é destacado o disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal¹⁴. Assim, afirma-se que a garantia institucional da família pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíproco entre os membros, com projeto coletivo, permanente e duradouro, de vida em comum. Trata-se de referência explícita à noção de comunhão plena de vida que deve existir no âmbito das relações familiares contemporâneas, a permitir o reforço do argumento da importância da função social da família.

O Ministro Fux invoca a teoria dos deveres de proteção (oriunda do Direito alemão, a *Schutzpflichten*), que é consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais não servem apenas para estabelecer relações entre os indivíduos e o Estado de modo a impor a este abstenções ou o fornecimento de prestações positivas; eles também são considerados para “balizar a atuação do poder político e mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico”¹⁵.

Ao cuidar do tema objeto do julgamento, o Ministro Luiz Fux registra que a questão gira em torno da possível violação de direitos fundamentais referentes à personalidade das pessoas humanas que vivem sob orientação sexual minoritária. Observa que a homossexualidade é um fato da vida, havendo pessoas que constituem relações afetivas e de assistência recíproca em convívio contínuo e duradouro com outras do mesmo sexo. Ademais, a homossexualidade é uma orientação (e não uma opção sexual), não constituindo uma doença, desvio ou distúrbio mental, mas sim uma característica da personalidade do indivíduo. Afirma, também, que a homossexualidade não é uma ideologia (ou uma crença). Fincado na premissa de que os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida, consigna a existência de mais de sessenta mil uniões homoafetivas declaradas no Brasil conforme dados levantados pelo *Censo 2010* do IBGE.

¹³ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Ayres Brito, p. 38.

¹⁴ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Luiz Fux, p. 2.

¹⁵ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Luiz Fux, p. 4.

Ademais, consoante menção expressa no voto ora analisado, inexistente possibilidade de se considerar inconstitucional ou ilegal o estabelecimento de uniões de pessoas do mesmo sexo, eis que não há vedação às uniões homoafetivas no Brasil (Constituição Federal, art. 5º, II). Recordando-se do clássico exemplo de “ato jurídico inexistente” como casamento entre pessoas do mesmo sexo, oriundo do Direito francês, o Ministro Luiz Fux classifica tal visão de “vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada”, já que o Direito segue a evolução social e, como se sabe, o ato de constituição de família entre pessoas do mesmo sexo “existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito”¹⁶.

Relativamente à apreciação dos temas que cuidam dos direitos de minorias, observa o Ministro que o Supremo Tribunal Federal atua como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais em face da ação da maioria ou para impor a ação do Poder Público na promoção de tais direitos.

Em parte do voto que centraliza a discussão a respeito do valor máximo do ordenamento jurídico, o Ministro Fux ressalta a questão da autonomia privada dos indivíduos como centro da dignidade da pessoa humana. Assevera que a previsão do inciso III do art. 1º, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que a pessoa humana mereça do Estado e dos demais particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, razão pela qual deve ser respeitada sua autonomia pela sua simples condição de ser humano.

Um aspecto – prático – que merece ser destacado do voto do Ministro Luiz Fux diz com a questão da prova das uniões “homoafetivas”, ou uniões de pessoas do mesmo sexo. É oportuna a transcrição do respectivo trecho do voto: “o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma *união estável homoafetiva* jamais prescindirá da *comprovação* – pelos meios legal e moralmente admitidos – da existência de *convivência contínua, duradoura* e estabelecida com o *propósito de constituição de entidade familiar*”¹⁷. E, ao se referir à publicidade (*rectius*, notoriedade), o Ministro Fux registra que a prova do requisito da publicidade é relevante, mas merece algum temperamento, eis que é compreensível que muitas uniões homossexuais tenham sido mantidas em segredo diante da necessidade de preservação dos envolvidos na relação em razão do preconceito e da intolerância.

Trata-se de distinguir exatamente as noções de publicidade e de notoriedade. A notoriedade, como elemento para configuração das uniões entre pessoas do mesmo sexo, deve representar o conhecimento da existência da união pelas pessoas mais próximas dos parceiros que, obviamente, não guardem atitudes de preconceito ou intolerância, mesmo porque é consabido que há familiares e outras pessoas que não aceitam que um parente ou seu ex-cônjuge ou companheiro possa ser homossexual, tampouco manter um relacionamento com outra pessoa do mesmo sexo. Daí o temperamento que precisa existir quanto à prova do requisito da notoriedade (e não propriamente publicidade) da união entre pessoas do

¹⁶ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Luiz Fux, p. 10.

¹⁷ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Luiz Fux, p. 23.

mesmo sexo. Não compete à comunidade, ainda que restrita, ver ou saber das intenções subjetivas dos parceiros do mesmo sexo, conquanto se saiba que tal situação é consequência do tratamento afetivo que eles dispensam um ao outro. Da mesma forma que na união estável fundada no companheirismo, “em não havendo obrigatoriedade do registro da relação, sua notoriedade se demonstra como relevante e possível elemento probatório da união”¹⁸.

Voto do Ministro Celso de Mello

C) No voto do Ministro Celso de Mello, há relevantes informações e notável argumentação a respeito do tema tratado no julgamento. A extensão do voto (cinquenta páginas) encontra-se em conformidade com a profundidade em que os aspectos históricos, filosóficos e jurídicos são cuidados no decorrer do voto.

Inicialmente, o Ministro Celso de Mello destaca o histórico de repressão às práticas homossexuais e as Ordenações Portuguesas (especialmente o Livro V). As Ordenações do Reino de Portugal (Alfonsinas, Manuelinas e Filipinas) se caracterizavam pelo viés de hostilidade aos atos de sodomia qualificados como “pecado nefando” ou “cousa indigna” (equiparados ao crime de lesa majestade) e, por isso, estabeleceram sanções gravíssimas àqueles que os praticavam. Tãmanha era a preocupação em perseguir e punir exemplarmente os homossexuais que o Rei D. Sebastião editou a Lei sobre o Pecado de Sodomia no período em que houve a colonização de outras terras fora do território de Portugal na época das Grandes Navegações.

Constata-se, pois, que o tratamento dado pelo Poder Público às relações entre pessoas do mesmo sexo era eivado de preconceito e discriminação, a ponto do Ministro Celso de Mello se referir ao tipo penal previsto no Código Penal Militar quanto à prática de relações homossexuais no âmbito das organizações militares (art. 235).

A partir dos exemplos do tratamento dado ao tema no Brasil Colonial e o registro ainda hoje de práticas discriminatórias e preconceituosas, o Ministro Celso afirmou categoricamente que “ninguém pode ser privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica, por motivo de orientação sexual”¹⁹.

No voto, o Ministro registra que incumbe ao Supremo Tribunal Federal velar pela integridade da proclamação segundo a qual não se pode permitir a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional. Assim, a mais alta Corte do país viabilizará a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Em outro trecho do culto voto, o Ministro Celso observa que é preciso consagrar uma nova concepção de Direito que deve se basear em uma nova visão de mundo, para permitir a instauração e consolidação de uma ordem jurídica

¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*: família. São Paulo: Atlas, 2008, p. 121.

¹⁹ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Celso de Mello, p. 11.

genuinamente inclusiva²⁰. Assim, é perceptível a importância e o significado do reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual e a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Ao cuidar da questão referente ao tratamento constitucional acerca das uniões “homoafetivas”, o Ministro Celso de Mello comentou que não houve lacuna voluntária ou consciente na Constituição Federal sobre o tema. Assim, a extensão, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, do mesmo regime jurídico aplicável ao companheirismo, é justificada pela direta incidência dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade²¹.

E, no segmento da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito e a proteção das minorias, o voto contempla a referência quanto à tal proteção contra eventuais excessos da maioria, ou contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, venham a se tornar lesivas diante da omissão estatal, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos maléficos e injustificados do preconceito, da discriminação e da exclusão.

Em outro momento do voto, o Ministro reitera o tema da preservação e do reconhecimento do direito das minorias que deve compor a agenda da mais alta Corte do país, que é incumbida de velar pela supremacia da Constituição e zelar pelo respeito aos direitos, aí incluídos os de grupos minoritários, que se fundamentam no próprio texto constitucional. Daí a concepção material de democracia constitucional.

Em outro fundamento inovador, o Ministro Celso de Mello invoca o postulado constitucional da busca da felicidade que, na sua formulação, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou esterilizar direitos individuais. Afirma, expressamente, que “o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776”²².

Em outro trecho do voto, o Ministro Celso de Mello reconhece o afeto como valor jurídico, sendo que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo se fundamenta nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos

²⁰ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Celso de Mello, p. 14.

²¹ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Celso de Mello, p. 22;

²² BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Celso de Mello, p. 35.

de vida em comum. “O novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para efeito de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto”²³.

E, para concluir a fundamentação do voto, o Ministro Celso reconhece a ocorrência de ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal para fazer prevalecer a primazia da Constituição da República. Desse modo, quando houver omissão do Estado, considerada da maior gravidade, cabe à Suprema Corte atuar positivamente em momentos excepcionais, para corrigir a omissão ou o retardamento injustificável do Poder Público no cumprimento de obrigações a que estão sujeitos.

“O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários”²⁴.

É certo que, no julgamento de ações constitucionais atinentes ao controle abstrato de constitucionalidade das normas jurídicas, o Supremo Tribunal Federal não teve condições – até em razão dos limites objetivos das ações – de apreciar as consequências do julgamento no segmento do Direito Eleitoral em matéria de inelegibilidade. Contudo, a doutrina, os juízes eleitorais e os tribunais eleitorais em geral têm plenas condições de verificar e afirmar a ocorrência de causa de inelegibilidade quando um parceiro do mesmo sexo pretenda se candidatar ao cargo do Poder Executivo anteriormente ocupado pelo seu parceiro. Não há como se admitir efeitos jurídicos apenas no campo das posições jurídicas ativas aos integrantes de uma entidade familiar, mas sim também no âmbito das posições jurídicas passivas, inclusive em matéria de inelegibilidade.

À guisa de conclusão

A evolução da sociedade, da cultura e dos costumes permite a identificação do dinamismo que o Direito apresenta no tratamento das questões e problemas que precisam ser equacionados. A quadra atual do Direito Civil é emblemática a respeito dos impactos gerados pelas novas estruturas familiares que produzem consequências jurídicas também no campo das situações jurídicas no âmbito eleitoral.

No segmento da conjugalidade, atualmente há não apenas as uniões fundadas no casamento, no companheirismo, mas também aquelas constituídas entre pessoas do mesmo sexo (ou “uniões homoafetivas”). No âmbito de outros vínculos familiares, é importante a percepção do traço de comunhão plena de

²³ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Celso de Mello, p. 40.

²⁴ BRASIL, STF, ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, voto do Ministro Celso de Mello, p. 48.

vida que também pode ensejar o reconhecimento de estruturas familiares que impactam o Direito das Famílias como segmento do Direito Civil.

É fundamental o reconhecimento de que o regime jurídico das entidades familiares envolve não apenas o reconhecimento de direitos, poderes, faculdades, mas também de deveres, ônus, obrigações e restrições. Em outras palavras: não há como se admitir o reconhecimento de determinada entidade familiar apenas para o fim de atribuir posição jurídica de vantagem aos seus integrantes, mas também é imperioso que sejam identificadas posições jurídicas de submissão ou de subordinação em decorrência dos efeitos decorrentes das entidades familiares constituídas e mantidas. É exatamente o que se verifica, por exemplo, no tema relativo às causas de inelegibilidade e os vínculos familiares.

Por isso, é possível concluir no sentido da existência do princípio da indivisibilidade do regime jurídico baseado no Direito de Família para não apenas contemplar direitos, poderes e faculdades, mas também deveres, obrigações, ônus e restrições. Por outro lado, não há como se reconhecer, ao menos no estágio atual, certos vínculos que não repercutem no regime jurídico das famílias como entidades familiares assim reconhecidas. Nesta temática, devem ser considerados o concubinato (impuro) e as famílias incestuosas.

No segmento das uniões entre pessoas do mesmo sexo que tem como acontecimento jurídico marcante o julgamento da ADIN n. 4.227 e da ADPF n. 132 pelo Supremo Tribunal Federal, houve inequívoco reconhecimento jurídico de tais uniões como espécies de entidades familiares no âmbito do Direito brasileiro. A esse respeito, é preciso atentar para a questão dos requisitos para a configuração das uniões entre pessoas do mesmo sexo, bem como a regra da relativização da prova das uniões homoafetivas e parentais civis.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 4. Ed. **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, jan./fev. 2009. Disponível em [HTTP://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf), visitado em 17.02.2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). **Direito de Família na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.) **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- LÔBO, Paulo, **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.
- MADALENO, Rolf. A inelegibilidade eleitoral na união estável. **Revista Jurídica n. 360**, outubro de 2007.
- SEREJO, Lourival. **O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade**. Texto obtido na *internet*. Visitado em 11.10.2011.