

UNIÃO HOMOAFETIVA

VOTO ORAL PROFERIDO NA ADPF 132 e ADI 4.277

O Senhor Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: A pretensão que se busca materializar neste julgamento diz respeito, em síntese, à possibilidade de conferir-se uma interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Princípio recordando que, na dicção do art. 226, *caput*, da Carta da República, a família, considerada "*base da sociedade*", "*tem especial proteção do Estado*". Vê-se, pois, que para solucionar a questão posta nos autos é preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídico-constitucional de família.

De início, cumpre fazer uma resenha da noção de família abrigada nas Constituições anteriores à presentemente em vigor, registrando, desde logo, que todas que trataram do tema vinculavam a idéia de família ao instituto do casamento. Senão vejamos:

i) Constituição de 1937: "Art. 124. **A família, constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos."

ii) Constituição de 1946: "Art. 163. **A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel** e terá direito à proteção especial do Estado."

iii) Constituição de 1967: "Art. 167. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Podêres Públicos."

iv) Emenda Constitucional 1/1969: "Art. 175. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Podêres Públicos" (grifos meus).

A vigente Carta republicana, todavia, não estabelece essa vinculação com o casamento para definir o conceito de família tal como o faziam as anteriores.

Na verdade, a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar, pelo menos, três tipos de família, a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental.

Essa constatação, aliás, já foi feita pelo Min. Ayres Britto, no julgamento do RE 397.762/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, nos seguintes termos:

"Por esse mais largo espectro de inteligência da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de família de sua

formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil ('O casamento é civil e gratuita a sua celebração', conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de 'entidade familiar' é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como 'união estável' ('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'). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de 'família monoparental', que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: 'Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 3º)."

E disse mais esse ilustrado membro da Suprema Corte:

"(...) a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: **o tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda, sem condições jurídicas para tanto** (grifos no original)"

De tal entendimento, todavia, dissentiram, em parte, tanto o relator, Min. Marco Aurélio, como os demais Ministros que, à época, integravam a egrégia Primeira Turma deste Tribunal. Para este magistrado a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria condição *sine qua non* para o reconhecimento de tal entidade familiar, sob pena de ter-se mera relação de concubinato.

Nessa mesma linha, o Min. Menezes Direito assentou que "nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar 'união estável' a uma situação de fato (...)"

Em idêntico diapasão manifestou-se a Min. Cármen Lúcia no tocante à união estável, afirmando que "a Constituição

quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento".

Tal como o Min. Menezes Direito, entendi, naquele julgamento, que o legislador constituinte remeteu a definição da entidade familiar denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo infraconstitucional, o qual é expresso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/96, seja no art. 1.723 do Código Civil, que tal instituto caracteriza-se pela *"convivência pública contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família"*, sempre **"entre o homem e a mulher"** (grifei).

É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união **"entre o homem e a mulher"**, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário - o que configuraria prática proscriita segundo os mais elementares princípios de

hermenêutica constitucional - mas, como afirmou o Min. Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no RE acima mencionado, cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do próprio legislador constituinte.

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

"O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê:

'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'

*Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos **gays** através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no **show** do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: 'Para efeito de 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'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.*

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa)**. Aprovada **(Palmas)**.¹

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a "separação dos Poderes" à dignidade de "cláusula pétrea", que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade

¹ Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento "B"), p. 209.

original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.

Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns - a meu ver, de forma apropriada - denominam de "relação homoafetiva"?

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico,

devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juristas romanos, *ex facto oritur jus*.

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.

Arrimo-me, para tanto, no ensinamento do mestre Canotilho, segundo o qual

"A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar

constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio).

Interpretação e integração consideram-se hoje como dois momentos da captação ou obtenção do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de 'obtenção' do direito constitucional. A relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente frisante quando se trata de estabelecer limites entre uma **interpretação extensiva** e uma **integração analógica**. Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência funcional, pois, por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo); (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de 'decisão' (legislativa, governamental ou jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.

Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao 'plano' de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autónoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional (grifos no original)."²

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1234-1235.

Visto isso, resta, então, estabelecer se o rol de entidades familiares, definido no art. 226 da Constituição, é taxativo ou meramente exemplificativo. Valho-me, no ponto, de um trecho, abaixo transcrito, de instigante artigo da lavra de Suzana Borges Viegas de Lima:

*"Para demonstrar que as relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol descrito no artigo 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião, não é numerus clausus, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um vasto campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações homoafetivas, assim como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente".*³

Tal é, também, o abalizado entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, para quem

"A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo 'também' nela contido. 'Também' tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

³ VIEGAS DE LIMA, Suzana Borges. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. *Direito Civil Constitucional*. Brasília: Editora Obcursos, 2009, p.47.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade." ⁴

Nesse sentido, aliás, observa o Professor Álvaro Villaça Azevedo que:

"(...) a Constituição de 1988, mencionando em seu caput que a família é a 'base da sociedade', tendo 'especial proteção do Estado', nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.

O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor." ⁵

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>, acesso em 05/05/2011.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato, de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 240.

assegurá-los.

Com efeito, a ninguém é dado ignorar - ouso dizer - que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

O próprio Estado, diga-se, no último censo, levado a efeito no ano de 2010, por meio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, intentou avaliar, quantitativamente, essa forma de relacionamento entre pessoas do mesmo gênero, constatando, ao término da pesquisa, que existem, em um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados no País.⁶

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

⁶ <http://www.censo2010.ibge.gov.br>, acesso em 05/05/2011.

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

Esse proceder metodológico encontra apoio no abalizado entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual "*o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da 'realidade' de cuja ordenação se trata*".⁷ Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

⁷ HESSE, Konrar. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma "união estável homoafetiva", por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma "união homoafetiva estável", mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a existência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que

exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.