Casamento homoafetivo reforça a legitimidade das cortes

I.

No recente caso *Obergefell v. Hodges*[1], em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o *Chief Justice* Roberts, em seu voto divergente, questionou a posição da maioria do tribunal, argumentando que a decisão não teria fundamento jurídico. De acordo com Roberts, o julgamento teria se baseado em preferências políticas pessoais de alguns magistrados, e não na interpretação do texto constitucional estadunidense. O *Justice* Scalia fez coro às críticas de seu colega, salientando ser fato histórico que, em 1868, quando a 14ª emenda foi editada, todos os estados norte-americanos proibiam o casamento homoafetivo, razão pela qual a referida cláusula constitucional jamais poderia ser utilizada para subsidiar interpretação contrária à vontade do legislador constitucional da época.

O caso em questão apresenta uma ótima oportunidade para discutir alguns aspectos centrais acerca do papel do Poder Judiciário na contemporaneidade. Com efeito, parcela considerável dos teóricos defende que a jurisdição constitucional tem uma função contramajoritária, consubstanciando-se em verdadeiro instrumento político apto a romper com preconceitos e a vencer o determinismo social[2]. Nesse sentido, não há dúvidas de que o reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo representa exemplo digno de nota desse tipo de atuação judicial.

Por outro lado, acredita-se que as decisões tomadas por cortes constitucionais devam ser jurídicas, fundamentadas na interpretação técnica de textos normativos, o que nem sempre é perceptível nesses casos, como se percebe das críticas acima relatadas. Essas críticas precisam ser encaradas de maneira franca pelos estudiosos.

Por fim, outro aspecto que chama a atenção no caso é que determinados temas, como o casamento homoafetivo, têm entrado na agenda das cortes de diversos países, o que sugere haver um elo jurídico entre essas decisões que precisa ser mais bem elucidado.

O presente artigo procurará explorar esses temas a partir da análise comparada das decisões proferidas

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

pelo Supremo Tribunal Federal e pela Suprema Corte norte-americana sobre o casamento homoafetivo.

II.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou, conjuntamente, a ADI 4.277/DF e a ADPF 132/RJ[3], que tratavam do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar para fins jurídicos. A questão colocada dizia respeito à interpretação do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, o qual preceitua que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar". Os autores das ações, portanto, buscavam superar a interpretação restritiva-literal da norma que, expressamente, considerou como entidade familiar, para fins de proteção do Estado, apenas a união formada por casais de sexos opostos.

Os óbices jurídicos para o acatamento dos pedidos das referidas ações foram levantados pelos próprios julgadores. O ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, trouxe à tona o debate travado na Assembleia Constituinte, em que o deputado Gastoine Righi reforçou o motivo pelo qual o texto constitucional explicitou que a união estável válida seria aquela formada entre homem e mulher:

> "**O SR. CONSTITUINTE GASTOINE 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 gayses 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 showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §º: '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'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda".

Em razão dessa manifestação expressa do Poder Constituinte, o ministro Lewandowski concluiu não haver como "cogitar-se de uma 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 (…) a atuação exegética dos magistrados cessa diante dos limites objetivos do direito posto".

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em sentido semelhante, o ministro Gilmar Mendes salientou, em seu voto, que a questão não poderia ser resolvida por meio de uma interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme à Constituição, visto que o próprio texto constitucional é que traz a limitação quanto ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Concluiu, assim, ser necessário esclarecer que o fundamento constitucionalpara o reconhecimento dos direitos dos homoafetivos não poderia ser o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição de 1988, "sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos".

No contexto, tendo em vista a dificuldade jurídica em dar interpretação extensiva à cláusula constitucional restritiva tão explícita, os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes justificaram seus votos com base em outros princípios constitucionais aplicáveis por analogia ao caso, aduzindo haver uma lacuna na Carta Magna quanto à proteção jurídica das uniões homoafetivas.

O voto que prevaleceu, entretanto, foi o do relator, ministro Carlos Ayres Britto, que entendeu que a literalidade da cláusula constitucional não impediria uma interpretação inclusiva do dispositivo para abrigar a proteção jurídica das uniões homoafetivas. Britto inicia seu voto salientando que a Constituição Federal de 1988 estabelece a promoção do bem de todos como objetivo a ser alcançado, o que exige do Estado a adoção de políticas públicas afirmativas que promovam a inclusão social de estratos socialmente desfavorecidos, como o dos negros, o das mulheres, o dos portadores de deficiência e o dos homossexuais. Assim, a própria Constituição Federal já proibiria, *a priori*, qualquer distinção no tratamento das minorias.

Apontou, ademais, que a Constituição Federal adota como princípio a vedação de qualquer tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo, pois o gênero consubstancia-se em uma dimensão existencial que compõe a própria personalidade do indivíduo. Nas palavras do ministro, a orientação sexual é "algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia da vontade do individuo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica do ser humano em busca de sua plenitude existencial".

A partir do reconhecimento de que a sexualidade é parte integrante da personalidade, Britto conclui que o Estado não pode criar embaraços à manifestação de afeto relacionado à diretriz sexual de cada um, sob pena de ferir a própria dignidade humana e de incentivar preconceitos odiosos. Por esse motivo, o magistrado entende não ser possível a descaracterização da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, já que nesse agrupamento, assim como nas demais formas familiares, há convivência amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se em espaço de relações duradouras, afetivas, solidárias e espiritualizadas, que merece a proteção do Estado. A relação de afeto, portanto, é o que enseja a proteção jurídica dada ao casamento, o que, obviamente, também existe entre os casais homoafetivos.

Ao analisar especificamente o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição de 1988, o relator sustentou que a intenção do constituinte ao prever a proteção das uniões estáveis foi a de afirmar não haver hierarquia ou diferença na qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo núcleo doméstico, se por meio do casamento ou pela união estável. Assim, a norma teria claro intuito inclusivo: o de afastar qualquer estigma relacionado às uniões não precedidas de matrimônio. Afirmou, ainda, que

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

a referência à dualidade básica entre homem/mulher dada pela Constituição Federal nesse dispositivo tem como escopo exclusivo estabelecer relações jurídicas horizontais entre os gêneros, reafirmando a exigência de tratamento igualitário para as mulheres. Ou seja, também nesse ponto a norma teria caráter inclusivo.

Posto isto, o ministro Carlos Britto concluiu ser equivocada a criação de qualquer tipo de limitação ou embaraço ao reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos tendo por base o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, já que ele, na verdade, possui um nítido caráter libertário, razão pela qual julgou procedente o pedido dos autores.

A partir dos princípios extraídos da ADI 4.277/DF, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175, de 14 de maio de 2013, estabelecendo que os cartórios de todo o Brasil não podem recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo[4]. Estendeu-se, portanto, os efeitos da decisão para além das uniões estáveis. Mais recentemente, em março de 2015, também com base no mesmo precedente, a ministra Cármen Lúcia reconheceu o direito de adoção de filhos por parte de casais homoafetivos, consolidando a isonomia de tratamento entre os diversos tipos de entidades familiares[5].

III.
Diferentemente do caso brasileiro, em que todos os ministros reconheceram a constitucionalidade da união homoafetiva, ainda que por fundamentos diversos, nos Estados Unidos, a decisão foi tomada por uma apertada maioria de cinco votos a quatro. A opinião da corte foi redigida pelo *Justice* Kennedy, magistrado conhecido por tradicionalmente proferir votos de desempate nas principais questões constitucionais que dividem o tribunal entre liberais e conservadores. A forma como a decisão está estruturada revela-se importante para o presente estudo.

Kennedy inicia o seu voto afirmando que na história da humanidade o casamento sempre foi considerado sagrado por alimentar o sentimento de dignidade entre os parceiros, que passam a dividir suas esperanças e aspirações em uma vida em comunhão. Salienta, ademais, que o instituto do casamento não é algo estático, mas que evoluiu ao longo da história de acordo com as percepções sociais de cada geração, concluindo que a reivindicação dos casais homoafetivos apresenta-se legítima dentro desse processo de mudança cultural da sociedade contemporânea. A questão constitucional a ser respondida, contudo, é saber se a Carta Magna impõe a todos os estados norte-americanos o reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, já que não há qualquer cláusula constitucional específica que trate sobre o tema.

O magistrado, então, justifica que a identificação e a proteção dos direitos fundamentais são partes imanentes do dever judicial de interpretar a Constituição. Ao realizar essa tarefa, os juízes não estariam presos a nenhuma concepção pré-definida de direitos, devendo exercitar um juízo criterioso na identificação dos interesses dos cidadãos que, de tão essenciais, devam ser respeitados e protegidos pelo Estado como direitos individuais. Ou seja, de acordo com Kennedy, as cláusulas constitucionais devem ser interpretadas de maneira dinâmica, de modo a assegurar o reconhecimento de novos direitos essenciais em razão de novos contextos sociais e políticos.

A partir dessa perspectiva, Kennedy passa a demonstrar as razões pelas quais entende que o direito ao casamento representa interesse fundamental dos cidadãos, merecendo proteção especial por parte do Estado. São elencados, então, quatro pontos: i) a escolha individual do parceiro com quem se pretende

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

casar e dividir uma vida é parte integrante do conceito de autonomia individual, independentemente da orientação sexual; ii) o direito ao casamento é fundamental por estabelecer uma união duradoura muito mais profunda do que qualquer outro tipo de compromisso entre indivíduos, o que também ocorre com os casais homoafetivos; iii) o casamento é importante para a proteção e a educação das crianças e dos demais membros da família, havendo inúmeros exemplos de famílias formadas por casais do mesmo sexo que assumem o mesmo tipo de compromisso social; e iv) a família é base da ordem social nos Estados Unidos, o que sugere que todas as formas de entidade familiar devem ser protegidas.

Estabelecidas essas premissas, a decisão afirma que o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo encontra guarida em duas cláusulas constitucionais. Em primeiro lugar, Kennedy explica que, de acordo com a cláusula do devido processo legal substantivo, o Estado não tem o direito de intervir nas escolhas pessoais íntimas. Nesse sentido, a proibição de que pessoas do mesmo sexo tenham acesso aos benefícios jurídicos e sociais decorrentes do casamento configuraria intervenção estatal ilegítima na autonomia de vontade dos indivíduos, pois cria barreiras à plena realização das escolhas individuais.

Em segundo lugar, o magistrado invoca a cláusula da igual proteção perante a lei, afirmando que a proibição do casamento homoafetivo acarretaria tratamento preconceituoso de entidades familiares baseadas em condições humanas similares de afeto. Ou seja, a proibição questionada teria o efeito pernicioso de rebaixar o *status* das famílias homoafetivas, considerando-as inferiores aos olhos da lei. Com essas considerações, a Suprema Corte decidiu que qualquer limitação imposta ao reconhecimento jurídico do casamento homoafetivo fere a Constituição dos Estados Unidos.

Os quatros juízes vencidos levantaram uma série de questionamentos acerca do entendimento da maioria. Além das críticas já mencionadas na abertura do texto, o *Chief Justice* Roberts contestou a base lógica da decisão: se o afeto é o elemento essencial para a definição jurídica do casamento, o que impediria o reconhecimento de uma união formada por mais de duas pessoas? Argumentou, ademais, que o direito à intimidade impediria a intervenção do Estado na relação entre duas pessoas, mas não exigiria um agir positivo para conceder benefícios jurídicos (previdenciários, por exemplo) a um tipo de relação não endossada pelos órgãos democráticos. Ou seja, não se estaria apenas retirando uma proibição do ordenamento jurídico, mas exigindo um *facere* por parte do Estado. Como, então, não caracterizar a decisão da Suprema Corte como uma opção política?

IV.

Percebe-se, pois, que tanto a decisão do Supremo Tribunal Federal como a da Suprema Corte norte-americana encontraram fortes óbices jurídicos. Enquanto a Constituição Federal de 1988 possui dispositivo constitucional expresso limitando a união estável às relações estabelecidas por pessoas de sexos opostos, a Constituição dos Estados Unidos não possui qualquer cláusula que trate do assunto. Do ponto de vista técnico, parece ser tão difícil explicar a um leigo que no Brasil o reconhecimento do direito deu-se contra a literalidade do dispositivo da Constituição, como justificar que o direito ao casamento homoafetivo nos Estados Unidos deriva da cláusula do devido processo legal.

O que se verifica, na prática, é que os principais casos constitucionais de viés contramajoritário são normalmente contestados do ponto de vista jurídico, exatamente por romperem com práticas e precedentes estabelecidos. Não por outro motivo o famoso *Brown v. Board of Education* foi duramente criticado pelos principais constitucionalistas norte-americanos da época, que não conseguiam encontrar uma base jurídica sólida que justificasse a decisão[6]. No Brasil, a consistência jurídica da decisão na

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

ADI 4.277/DF foi duramente criticada por um dos nossos mais festejados constitucionalistas[7].

Na verdade, as decisões do Brasil e dos Estados Unidos sobre o casamento homoafetivo compartilham de um elemento comum: em ambos os casos os juízes utilizaram-se de argumentos de moralidade política para alcançar os seus resultados jurídicos. Com efeito, ambas as Cortes partiram do pressuposto de que o casamento não tem como propósito a procriação, mas o estabelecimento de uma relação de afeto, assistência e suporte recíproco entre os membros, que iniciam um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum.

Ou seja, não obstante as inegáveis diferenças dos textos constitucionais em questão, as decisões chegaram a resultados similares a partir de uma crítica moral sobre a forma preconceituosa como os cidadãos homoafetivos, que merecem igual respeito e consideração, são tratados pelo Estado. Os juízes, nesse sentido, ao ingressar em uma análise substantiva sobre as injustiças existentes na sociedade, parecem agir não como intérpretes da lei, mas como verdadeiros teóricos políticos, como bem observado por David Robertson ao analisar o papel das Cortes Constitucionais contemporâneas[8].

Essa tensão entre a técnica jurídica e as decisões simbólicas foi bem captada por Robert Post e Neil Siegel. Os autores explicam que, nos casos ordinários, a legitimidade da Corte advém do uso adequado das técnicas jurídicas desenvolvidas pela dogmática, pois nesses casos é a comunidade jurídica que avalia o comportamento da corte. Nos casos de maior repercussão social, contudo, a legitimidade da corte parece advir da aceitação da decisão por parte do público em geral, ainda que tecnicamente a decisão não seja perfeita. É a substância da decisão que importa ao público em geral e que gera debates na sociedade, e não a sua forma. Como bem resumido pelos autores, “a legitimidade da Corte é um fato empírico contingente, de maneira que ela não decorre simplesmente pela força ilocutória da técnica jurídica; ela é necessariamente causada pelo impacto produzido pelas palavras da Corte na sociedade[9]”.

Dito de outra forma, os referidos autores apontam que, em determinados casos, a percepção da sociedade sobre a justiça da decisão constitucional revela-se tão importante quanto a correção jurídica dos argumentos utilizados. As decisões sobre casamento homoafetivo parecem se enquadrar nessa hipótese. Não obstante as dificuldades jurídicas envolvidas no reconhecimento de tal direito, ambas as cortes acertaram em suas decisões. Como bem salientado pelo *Justice* Kennedy ao final de seu voto, qualquer resultado diferente daquele alcançado pela maioria do tribunal seria lembrado como exemplo de caso em que a Suprema Corte não teve alcance para compreender, na totalidade, a sua função institucional.

[1]Obergefell v. Hodges, 574 U.S. (2015).
[2]Por todos, cf. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 2nd ed., 1986.
[3]Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, relator min. Carlos Britto, publicado no DJ-e 198/2011, de 14/10/2011.
[4]Cf. http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf (último acesso em 28/08/2015).
[5]Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 846.102/RS, relatora min. Cármen Lúcia, publicado no DJe 52/2015, do dia 18/03/2015.
[6]Cf. WECHSLER, Hebert. *Toward Neutral Principle of Constitutional Law*. Harvard Law Review,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Vol. 73, nº. 1 (p. 1-25); e HAND, Learned. *The Bill of Rights (Oliver Wendell Holmes Lecture)*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.
[7]Cf. http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html (último acesso em 28/08/2015).
[8]ROBERTSON, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010. Em sentido similar, cf. RICHARDS, David. *The Moral Criticism of Law*. California: Dickinson Publishing Company, 1977.
[9]POST, Robert; SIEGEL, Neil. *Theorizing the Law/Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin***.** California Law Review nº. 95 (2007), p. 1506 (tradução livre).

Date Created
29/08/2015

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.