

Homossexuais: direito ao matrimônio?*

**Monografia premiada - magna cum laude - no III Prêmio Nacional de Monografias Jurídicas Desembargador Manoel Thomaz Carvalhal, patrocinado pela Associação Paulista de Magistrados, pela banca composta pelos professores Doutores Álvaro Villaça Azevedo, André Ramos Tavares e Paulo Hamilton Siqueira Junior e realizada no ano de 2012. Posteriormente, a monografia compôs um capítulo da obra internacional coletiva "Direito e Dignidade da Família" (ISBN 9788563182302), publicada pela editora Almedina no Brasil e em Portugal no ano de 2013 (pp.113-139).*

"O efeito das más leis é tal que outras ainda piores são necessárias para sustar os infortúnios das primeiras".

Montesquieu (Espírito das Leis)

INTRODUÇÃO

Num lapso temporal exíguo, os grupos homossexuais resolveram conferir uma tônica crescente em suas aspirações. A intensificação, bem orquestrada desde 1970, a partir das publicações do documento *Selling homosexuality to America*[1] e, em dezembro de 1984, do artigo *Waging peace: a gay battle plan to persuade straight America*[2], visam difundir a imagem do homossexual como vítima contínua de circunstâncias discriminatórias, como no período nazista, quando gays e lésbicas utilizavam o conhecido uniforme com um triângulo rosa nos campos de concentração.

Hoje, tais pessoas ainda são alvo de abusos intoleráveis por parte de alguns e, não obstante, não é menos certo que os setores intelectualizados do movimento gay têm instrumentalizado ideologicamente tais excessos para, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, obter, pela força, a aceitação geral da normalidade[3] da atividade homossexual e, sem prejuízo, a modificação de leis que, na realidade, não guardam relação com aquele princípio.

Depois da ruptura com a psicanálise, após a Segunda Guerra Mundial, neste exercício de autojustificação, os "direitos da homossexualidade" buscam, cada vez mais, um imperativo de legitimação civil, como no caso da equiparação de suas uniões de fato com o matrimônio, da legislação relativa à adoção de filhos ou da questão da homofobia, que, na verdade, resume-se numa heterofobia[4].

Partindo das propostas de "pactos" ou de "contratos", já acomodadas em boa parte das legislações civis, sobretudo no âmbito europeu, hoje, clama-se pela institucionalização de um "matrimônio homossexual", para o qual seriam concedidos os mesmos direitos do "matrimônio tradicional". Veremos que a ideia de "matrimônio homossexual" é uma mistificação que contradiz a própria essência do matrimônio, ao menos sob o pálio da matriz epistemológica doravante empregada, fundada na Ética Natural, no Realismo Jurídico, na Metafísica e na Antropologia Filosófica[5].

tomadas aqui como as bases morais pré-políticas de um Estado que respeite a verdade do ser do matrimônio, uma instituição tão antiga quanto a própria humanidade, cuja gênese se perde imemorialmente.

Num período em que a proteção da instituição familiar deveria estar na ordem do dia do legislador, pressionado pelo inverno demográfico nos países ricos, pela imigração crescente (sobretudo nos eixos Oriente Médio/África - Europa e México - EUA), pela galopante criminalidade dos jovens nascidos de famílias separadas e de “famílias” reconstruídas, a proposta em foco me recorda a advertência de Hamlet a Horácio, seu fiel amigo, a respeito do assassinato de seu pai, protagonizado por seu tio Cláudio, no Castelo de Elsinore: “O mundo está fora dos eixos”.

REALISMO JURÍDICO E A DINÂMICA DO AMOR

Por proêmio, para uma salutar compreensão do ensaio proposto, é curial traçar algumas linhas propedêuticas sobre as relações entre o Direito e o amor[6]. Qual é a regra que deve iluminar as relações entre os casados: a lei natural ou a espontaneidade do amor? O tema é muito discutido no Direito, na Psicologia e por pessoas de fora do mundo acadêmico (como *talkshows* noturnos, jornais, artigos de revistas femininas/masculinas, novela, teatro), donde decorre a atualidade deste ensaio.

É um fato notório que, por trás de algumas posturas atuais em relação ao matrimônio, há uma clara, porém, aparente contraposição entre aquilo que se denomina como exigências do amor e o que, tradicionalmente, é chamado de realismo jurídico. São tendências que defendem a autenticidade como um dos pilares da atuação do homem, inclusive numa relação matrimonial.

A autenticidade estaria na espontaneidade do amor, num livre fluir da relação amorosa, marcada por uma invencível fragilidade intrínseca, algo bem retratado na famosa obra literária de Milan Kundera, “A insustentável leveza do ser” (1984), frente à inautenticidade representada pela lei, sobretudo quando vista sob o prisma do realismo jurídico, reduzida a um produto cultural de uma mentalidade ultrapassada e alienante.

Estas tendências partem do pressuposto de que o homem é considerado um ser autêntico quando segue a inclinação espontânea que radica em si, porque toda inclinação é natural, ou seja, é conforme ao seu ser. Negam, sob outro ângulo, que a pessoa possa ter uma desordem em suas inclinações naturais, como a concupiscência. A desordem não teria espaço, porque, inspirado na concepção rousseauiana de natureza humana, o ser do homem não portaria nem o bem e nem o mal: há simplesmente o seu ser, que deve ser assumido tal como é ontologicamente, em virtude de sua bondade inerente.

Eis a chamada autenticidade: uma tese pertinazmente proclamada e vivida por muitos, os quais, certamente, não acreditam que a antropologia kantiana aproxima-se muito mais da realidade posta acerca da natureza humana, dado que o homem é naturalmente capaz de agir bem, mas, também, de fazer o mal.

Superada a questão a respeito da possibilidade de desordem nas inclinações naturais, a espontaneidade do amor surge como a regra de ouro da ação humana. O mal está em agir sem amor. Migrado este critério ao amor conjugal, infere-se, sem muito esforço intelectual, que esta regra deva

pautar as relações entre os cônjuges, já que, onde há amor espontâneo, não pode haver desordem.

Os efeitos desta epistemologia do agir humano ou desta “ética da autenticidade” acabam por produzir uma relação dialética entre as demandas do amor conjugal e a lei natural, positivada nos deveres legais do matrimônio (artigos 1.565 a 1.568 do Código Civil), como se os imperativos do amor fossem dificilmente compatíveis com a lei natural defendida pelo realismo jurídico. A interrogação é inevitável: pode haver tal contraposição entre o amor conjugal e a lei natural (positivada ou não) que origina o matrimônio e regula a vida conjugal?

Dentro do âmbito mais amplo das relações entre o amor e a lei, se o amor é a fonte criadora de toda decisão acerca de uma ação humana, não seria o mesmo amor, proclamado em prosa e verso pela literatura de todos os tempos e de todas as épocas, a mais elevada norma do viver do homem, o princípio supremo de ordenação social, ao invés da lei?

Recordo-me de uma frase de Agostinho - *ama et fac quod vis* (ama e faze o que quiseres) - que, em tempos idos, quando os intelectuais eram mais cultos, gozava de prestígio, como citação clássica, entre eles. O “ama e faze o que quiseres” não equivaleria a um desprendimento de toda lei imposta, de toda condicionante normativa derivada do exterior do indivíduo? Se mesmo o matrimônio religioso deposita no amor humano sua lei fundamental de valor moral, não seria o amor fonte originária de ordem? Por outro ângulo, existiriam razões que permitem afirmar que tal contraposição seria aparente e que o amor, por ser a regra mais elevada da ação humana, poderia ser exercido fora das balizas da lei natural?

Uma afirmação de Josef Pieper^[7], em sua obra “O Amor”, dá bem o tom da natureza do amor que aqui se propõe: “O amor e somente o amor é o que tem de estar em ordem para que todo o homem o esteja e seja bom”. Assim, segundo o amor esteja ou não ordenado, a vida de um homem será reta ou desordenada.

A ordem aqui mencionada não decorre de uma fonte normativa exterior, como as convenções sociais ou os costumes de um povo, mas daquela ordem intrínseca do amor que é inerente a ele próprio. Filosoficamente, a ordem como *transcendental* do ser. Explica-se.

Uma roda é tanto mais uma roda quanto mais perfeito é o círculo que a forma. Se deixa de ser uma circunferência e passa a ser uma parábola, deixa de ser roda, ou seja, perde, em parte, seu ser próprio de roda. Pode até servir para outro fim, mas não atenderia sua finalidade natural, a de girar como uma roda. Se, então, sua estrutura ficasse mais desordenada e se transformasse num quadrado ou num triângulo, deixaria ser roda por completo.

Quando um músculo, ao invés de se mover segundo sua ordem natural, move-se desordenadamente, dá causa a um estiramento, ou seja, a uma alteração naquilo que lhe é normal, segundo sua ordem em sentido filosófico, a mesma ordem a que está sujeito o amor.

No âmbito desta ordem, o amor se aperfeiçoa e cresce quanto mais o ser desenvolve-se normalmente e, ao contrário, diminui sua intensidade na medida em que se atrofia a capacidade do ser. Neste sentido, o amor é tanto mais amor quanto mais ordenado for e, por corolário, o amor desordenado é a imperfeição ou degradação do mesmo amor. Uma caricatura do amor. Desta sorte, compreende-se a famosa máxima de Agostinho: “Todos vivem de seu amor, façam o bem ou façam o mal”.

Há um só amor, esse primeiro movimento da vontade que se orienta e adere intencionalmente ao objeto amado. É o primeiro movimento da inclinação natural do homem ao bem. Contudo, o homem tem, dentro de si, um fator de desordem em sua tendência inata ao bem, de maneira que, apesar da lei natural, goza também de uma inclinação para o mal (a concupiscência).

O amor nasce ordenado ou desordenado conforme uma ordem ou uma desordem fundamental da pessoa, individualmente considerada. E é inevitável que assim seja, porque o amor é um ato que depende, por ser ato, da potência, canalizada pela vontade. A ordem fundamental da vontade irá definir a ordem do amor que daí surge.

A inferência é clara. Não é porque existe amor, a conduta será necessariamente reta. Excluída a ideia de ordem, o amor deteriora-se e, por conseguinte, a conduta humana daí derivada. A espontaneidade do amor, dentro deste raciocínio, não é fonte primária da ordem, já que o amor é uma realidade medida por critério distinto. Só quando o amor é ordenado, então é a norma regente do agir humano e o “ama e faze o que quiseres” ganha sentido, proporção e alcance compreensivo.

E qual é a ordem do amor? Mais uma vez, recorremos a uma clássica citação de Agostinho: *Virtus ordo est amoris* (A virtude é a ordem do amor). Invertendo a ordem da frase sem alterar seu sentido, desponta a resposta - a ordem do amor é a virtude. E quais virtudes? As virtudes morais, que representam fundamentalmente a justaposição da vontade aos ditames da reta razão, a adequação do agir volitivo à lei natural. Por consequência, a ordem do amor é a lei natural. E os preceitos da lei natural representam as concreções da reta dinâmica do amor.

Superada esta longa, mas necessária digressão a respeito do amor e de sua ordem, resta delimitar a ordem do amor conjugal. Evidente que esta ordem é representada pelas mesmas virtudes relativas ao amor propriamente dito, entretanto, impulsionado também por uma virtude específica que ordena o amor matrimonial, em virtude de suas peculiaridades: a virtude da castidade, aquele autodomínio que torna a pessoa capaz de se dar ao outro.

Esta virtude ilumina o amor conjugal, objetivamente, por intermédio dos três bens do matrimônio, a saber, a abertura à procriação, a fidelidade e a perenidade temporal. Tais bens não se reduzem a uma mera limitação ou repressão ao amor humano. Muito pelo contrário, são efeitos concretos deste amor e, na medida em que são vividos ordenadamente, superam e excedem em muito o mero exercício estóico de todas as prescrições legais sobre o assunto, mormente no que toca aos deveres familiares^[8].

As relações entre os homens, inclusive as de natureza conjugal, estão assentadas numa série de relações ontológicas objetivas, que portam uma ordem que lhes é inerente. Por exemplo, a relação entre pais e filhos tem nítida coloração ontológica, derivada da procriação, cuja ordem natural obriga os genitores ao dever de criação e educação da prole e esta, por sua vez, ao dever de respeito e obediência aos pais.

É o fato da procriação que dá causa a um rol de direitos e deveres recíprocos e não o amor humano. Este dado empírico não rompe com tais exigências ou as modifica substancialmente, mas, sem que estas se alterem, o amor humano ordenado entende que estes imperativos derivam da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual as assume e aperfeiçoa.

Esta ordem objetiva funda-se no realismo jurídico, porquanto se revela em deveres de justiça, cuja

normatividade é veiculada pela lei natural, prisma ético que definirá se o amor é ordenado ou desordenado, inclusive aquele decorrente do matrimônio, lastreado no interior de uma relação natural e que responde a um anseio da pessoa humana. Este anseio é guiado em função de umas necessidades e finalidades da espécie, motivo pelo qual entre o homem e a mulher exista uma mútua atração natural, que poderá crescer e ganhar uma nova dimensão: a do amor conjugal que, se for ordenado, conduz o matrimônio à plenitude e, se for desordenado, impede que esta perfeição seja alcançada. Com efeito, a lei natural é a ordem do amor conjugal.

CONCEITO DE MATRIMÔNIO

Estabelecido o liame entre a lei e o amor conjugal, é igualmente importante se buscar a definição de matrimônio. O conceito antropológico[9] de matrimônio, da maneira como sempre inspirou a legislação dos países da tradição romano-germânica ou do sistema da *common law*, a saber, um pacto nupcial, pelo qual o homem e a mulher estabelecem uma comunhão plena de vida, ordenado à procriação e educação da prole, continua o mesmo, ainda que o legislador, ultimamente, tenha tentado inovar no assunto. Pensamos que em vão.

O matrimônio é uma instituição comum a todas as culturas de todos os tempos e lugares, não só coexistindo com outras fórmulas, como a poligamia ou a poliandria, mas, sobretudo, constituindo o resultado final da destilação crítica destas fórmulas e ensaios. Trata-se de uma realidade primordialmente vital, anterior à própria organização social, ao Estado e mesmo à qualquer entidade religiosa institucionalmente estabelecida. Não deriva deles e os supera. Logo, o direito deve moldar-se à natureza do matrimônio e não ser manipulado ao bel-prazer do legislador.

É decisivo entender uma consequência do fato de o matrimônio ser, *antes de tudo*, uma realidade natural: sua *essência* e sua *estrutura básica* não são inventadas pelo legislador, mas *derivam* da própria natureza[10] do ser humano, da distinção dos seres psicológicos (homem e mulher), da complementação recíproca sexual e das exigências inatas de sua condição e dignidade. Com efeito, o matrimônio é fincado na diversidade[11] e na complementaridade dos sexos.

A procriação humana dá-se entre pessoas de sexos diferentes, que contribuem com uma parcela daquilo que será o material genético do novo ser humano. A própria diferenciação sexual tem a sua razão primária e mais radical na procriação, apesar de sua manifestação não se resumir neste espectro. As estruturas física e psíquica das pessoas estão influenciadas pelo respectivo sexo, surgindo, assim, várias diferenças importantes entre o homem e a mulher. Tais diferenças não se limitam às de caráter biológico, já que a condição de homem ou mulher pertence tanto à biologia, quanto ao espírito, à cultura e à vida social. As diversidades morfológica e anatômica levam consigo diferentes traços psicológicos, afetivos e cognoscitivos.

Desta maneira, a complementariedade de cada um em relação ao outro não se refere somente à união para a preservação da espécie, mas abrange também a seara anímica, com atributos espirituais próprios de cada um dos sexos. Caracteriologicamente, o ser masculino tende para o universal (ou abstrato), tem uma inteligência mais teórica, sofre uma maior influência do sentido comum, prepondera a racionalidade (lógica) com a captação mais discursiva da realidade, maior controle sobre os sentimentos, menor capacidade para o sofrimento, maior grau de calculismo e

inconstância e preocupação voltada para o macro.

Por outro lado, o ser feminino tem uma tendência para o singular (ou concreto), possui uma inteligência mais prática, é mais influenciado por uma riqueza de imaginação e pela memória, prepondera a emotividade (ou afetividade) com uma captação mais intuitiva da realidade, com menor controle sobre os sentimentos e maior capacidade para a dor, atua com maior generosidade e fidelidade e seu foco é voltado para os detalhes e trabalhos mais finos ou que requeiram coordenação de recursos humanos.

Por conseguinte, infere-se que, além das características comuns a todos os indivíduos da espécie humana, a diferenciação sexual representa não apenas um dado orgânico de conjugação para a preservação da espécie, mas fator de *complementação* do ser humano em sua dimensão anímica, cujas características próprias, de cada sexo, devem ser compreendidas para sua melhor concatenação.

Ignorar tal diversidade ou querer forçar que um sexo imite o outro de maneira artificial, além de um verdadeiro embuste intelectual, é uma violência que traz desequilíbrio à pessoa e, em última análise, à sociedade. Evidentemente, o reconhecimento destes distintivos naturais não traduz uma superioridade sexual deste ou daquele sexo. A igual dignidade de *todos* os seres humanos, inclusive daqueles com tendência homossexual, deriva do fato deles serem pessoas, isto é, seres dotados de racionalidade e vontade livre.

A personalidade é muito anterior ao sexo e, por isso, há uma mesma dignidade entre homem e mulher no âmbito conjugal. Não foi à toa que o legislador estabeleceu a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges como fundamento da comunhão de vida decorrente do matrimônio (artigo 1.511 do Código Civil).

QUESTÃO SEMÂNTICA

O conceito de matrimônio, da forma acima definida, sempre foi muito evidente historicamente. Mas o legislador ou o ativismo judicial, ao que parece, na confusão teórica sobre o tema, no primeiro caso, ou, pela omissão legislativa, no segundo, criaram um verdadeiro mosaico de definições do assunto que, hoje, tal conceito adquiriu uma natureza ambígua e polissêmica, estranha à sua natureza ou mesmo ao seu desenho historicamente consolidado^[12]. Qual a causa desse fenômeno?

Talvez seja a tentativa de esvaziamento de sentido do conceito de matrimônio. Seria interessante que o termo em foco fosse incapaz de significar, por si só, algo em particular e, logo, deveria vir seguido de alguma qualidade. Contudo, isso se dá somente quando uma gama de conteúdos contraditórios é conferida a uma mesma definição, que acaba por não significar nenhuma deles. Aqui está uma saída semântica que justificaria a supressão de expressões como “casamento homossexual”.

O conceito de família também trilhou por pantanoso caminho. Hoje, utiliza-se a expressão “Direito das Famílias”, ao invés do “Direito de Família”. Menciona-se a existência de família “monoparental”, “família reconstituída”, família “substituta”, família “afetiva”, família “multiparental” entre outros exemplos. Todas essas novas versões de família são, a nosso ver, no fundo, fatores que indicam um

crescente fenômeno de “redução privatizante” do ente familiar”[13].

O uso coloquial de tais denominações as torna equivalentes, o que obriga o Direito a restaurar o conceito de família natural[14], unívoco e com um significado muito preciso. Pejorativamente, a parte discordante da doutrina do tema substituiu o termo “natural” por “tradicional”, ou seja, a família natural passou a ser vista como uma família arcaica e sem validade social. Em suma, uma peça de museu de história natural.

Parece que os “modelos” de matrimônio olham para os “modelos” de família como o que realmente são: um prolongamento natural e, por conseguinte, aqueles incorporam a definição dada a estes. Assim, com o intuito de evitar os efeitos provenientes do plágio da linguagem, seria de bom tom que não se usasse, na comunicação escrita e oral, alguns termos que traem o natural significado do matrimônio (como o dito “matrimônio homossexual”), reservando-se este apenas para a conceituação daquela situação de fato que coincide com sua real natureza. A união entre pessoas do mesmo sexo poderia ser definida em outros termos como, por exemplo, “parceria homossexual”[15].

FUNDAMENTO E SENTIDO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Hoje, ante o pluralismo de modelos familiares que brotam na sociedade, propaga-se a ideia de que o Direito não deveria discriminar este em favor daquele, mas tratar a todos à luz do princípio da igualdade, sejam matrimônios ou uniões estáveis, heterossexuais ou homossexuais, no jargão politicamente correto.

É possível que o Direito aja com tal neutralidade, que me parece um tanto ilusória, como se os aludidos modelos tivessem realizado um pacto de não-agressão mútua? As funções da família são favorecidas com esta postura, que desencadeia um novo marco legislativo nesta matéria?

As respostas jurídicas aos novos tipos familiares partem do pressuposto de certa neutralidade do Direito de Família. Como se o Direito se resumisse exclusivamente a chancelar legalmente situações jurídicas de fato, à semelhança de um notário que registra, à margem do assento de nascimento de uma pessoa, todas as alterações de seu estado civil ao longo da vida (emancipação, casamento, separação, divórcio).

A abordagem, que rechaça um único modelo familiar e adota uma multiplicidade de tipos que são a resultante das diversas concepções existentes sobre a sexualidade e as relações afetivas e de convivência, coloca todas as formas no mesmo plano de equivalência social, o que parece torná-las juridicamente equivalentes, logo, sujeitando-as a um regime de direitos e deveres semelhante, quando não idêntico. Qualquer proposição contrária resultaria em discriminação nesta ótica.

O fruto colhido desta nova postura legislativa tem sido uma modificação do Direito de Família em suas linhas mestras. A falta de um conjunto de ideias e valores delimitados sobre as relações de caráter familiar cria uma sensação de que essas alterações carecem de um sentido claro e que as reformas levadas a cabo foram, muitas vezes, incoerentes, contraditórias e de pouca funcionalidade social.

Assim, é adequada a resposta dada pelos ordenamentos jurídicos, inclusive o nosso? Pensamos que

uma saída passa pelo questionamento acerca do fundamento do Direito de Família.

A primeira resposta seria a que faz gravitar o Direito de Família ao redor dos critérios de convivência e afetividade. Seria o bastante, pois, que duas pessoas quisessem viver juntas: sob este argumento, ficariam efetivamente iguais os casais homossexuais e heterossexuais e seria também indiferente que estivessem ligados pelo matrimônio, já que o fundamental, a convivência e a relação de afetividade, seria o denominador comum destes modelos familiares. Ao cabo, seria razoável tratá-los de forma semelhante.

A proposição não nos parece convincente. De fato, nem no tratamento clássico da noção de família, nem tampouco nos mais modernos, demonstraram ser suficientes a convivência ou a afetividade ou ambas simultaneamente. Basta lembrar o sistema de impedimentos matrimoniais, regido pelos incisos I a VII do artigo 1.521 do Código Civil, o qual proíbe o casamento daqueles que incorrem em alguma das hipóteses legais, ainda que, empiricamente, queiram-se muito e já vivam juntos.

O Direito, mesmo assim, abstém-se de regular este relacionamento com direitos e deveres. Por exemplo, duas pessoas casadas, mas não entre si, não podem constituir vínculo conjugal estável na ótica legal. O Direito não proclama que não possam viver juntas e querer-se mutuamente. Apenas salienta que essa convivência e essa afetividade não bastam para lastrear a regulação jurídica da família.

Sob outro ângulo, se a convivência e a afetividade fossem, efetivamente, o fundamento e a razão de ser do Direito de Família, não restaria evidente um critério objetivo que impulsionaria a sociedade e o Direito a se ocupar de tais situações. O problema reside no fato de que há muitas situações de convivência, de afetividade ou de ambas que nunca buscaram a força atrativa do Direito, salvo para efeitos periféricos, a saber, para atribuir algumas consequências jurídicas acidentais, como, por exemplo, no passado recente, em que não se reconhecia a união estável, mas se indenizava o cônjuge do lar pelos serviços domésticos prestados.

Logo, o fato de duas pessoas viverem juntas ou estabelecerem laços de afetividade não nos parece suficiente por si para justificar toda uma regulação jurídica tão densa que possa ser erigida à condição de Direito de Família, cuja finalidade, já ensinava Agostinho, no século IV, é a de regular e proteger uma estrutura antropológica objetiva.

Ainda que se argumente que, concomitantemente, o Direito conceda notável relevância a um desejo psicológico do casal, de fato, a afirmação procede, mas não é, juridicamente, o elemento essencial da hipótese de incidência. Mas não é só. Se a bandeira do afeto é levantada a prumo no território do Direito de Família, convém apreciar sua situação na estrutura do ente humano.

Na Antiguidade, Aristóteles admitia a afetividade com uma potência humana, pareada da inteligência e da vontade, entretanto, à vista de sua parca contribuição para a realização da plenitude humana, na ótica do filósofo, não procurou desenvolver com afinco o estudo desta matéria. Ele entendia que a felicidade (em grego, *eudamonia*) era conquistada por uma vida virtuosa. O estudo filosófico do campo afetivo só voltou a ganhar força na segunda metade do século XX com a fenomenologia^[16].

O desconhecimento e a aversão científica ao tema provocaram um atraso na compreensão de sua importância e de sua ação recíproca com a vontade e a razão humanas. A afetividade é confundida,

muitas vezes, com sua versão reducionista, conhecida por sentimentalismo, o qual restringe a dimensão afetiva, esta nobre realidade da natureza humana, a uma mera tendência permanente e, em geral, consciente, que dirige e incita a atividade do indivíduo para um fim (por exemplo, as pulsões do prazer sexual, a libido, e da atração para a morte, o suicídio).

Assim, conhece-se muito da cadeia mecânica das sensações, imprescindível para o estudo da afetividade, mas pouco (ou nada) se sabe sobre sua causa existencial. A depender do caso concreto, o sentido e o alcance dos afetos podem ser maximizados ou minimizados, quando estão desamparados da luz da antropologia filosófica. O excesso ou a falta podem proporcionar prejuízos. No Direito de Família, a louvação desmedida e errônea da afetividade é nociva às estruturas familiares a longo prazo.

A afetividade, na estrutura antropológica do ser humano, sem os arreios das virtudes da temperança e da fortaleza, segundo Aristóteles, provoca, no momento de tomada de decisão, um juízo menos livre e mais suscetível de manipulação, pois tende a justapor a deliberação à satisfação imediata dos prazeres sensíveis[17]. Quando as pessoas se permitem levar pela dimensão dos afetos, elas perdem sua natureza quando os afetos se desnaturam.

A respeito, Lewis[18] afirmava que *todo amor humano, em seu apogeu, possui a tendência de reivindicar uma autoridade divina. Sua voz tende a soar como se fosse a vontade do próprio Deus. Ela nos diz para não medir o custo, exige de nós um compromisso total, tenta superar todas as outras reivindicações e insinua que todo ato feito sinceramente por causa do amor é, portanto, bom e até meritório. Que o amor erótico e o amor patriótico tentam dessa forma "tornar-se deuses" é geralmente conhecido. Mas afeição familiar pode fazer o mesmo, assim como a amizade, embora de modo diverso*[19].

Um exemplo contundente está no movimento consumista que assola nossa sociedade nos dias de hoje. O consumismo provoca, no indivíduo, uma maior dependência de estímulos sensoriais e, depois, busca, na ânsia por prazeres, o apoio para vender mais e mais. A atração pelos prazeres é um movimento elementar da vontade, facilmente manipulável pela via da excitação. Uma vez experimentado o prazer, segundo a imagem projetada na publicidade, a pessoa vai à busca de outro bem consumível que julga apto a lhe satisfazer o desejo, que acaba por "criar" uma necessidade, antes concebida como um simples capricho.

Com efeito, o afeto, se, por um lado, permite a constituição de relações familiares, por outro, é insuficiente para a consolidação de uma estrutura familiar genuína. Se os afetos são cambiantes, como um vento que muda de direção neste ou naquele momento, pretender solidificar uma relação que se pretende duradoura num lastro exclusivamente afetivo é o mesmo que colocar uma lanterna na popa: só iluminará as ondas que deixamos para trás. A navegação até um porto seguro continuará às cegas.

Para isso, é necessário colocar a lanterna na proa: o amor, que não se confunde com o sentir-se bem, mas com o comprometer-se, com o doar-se e, para tanto, para alcançar o outro, para transcender-se, a pessoa precisa agir, harmoniosamente, com a inteligência (imagem do ideal), a vontade (ação livre na causa) e a afetividade (pulsão ordenada pela dimensão ética do ser).

A união conjugal decorrente do matrimônio, conforme já visto, tem uma antropologia implícita:

diversidade sexual, igual dignidade dos cônjuges, complementaridade e abertura à procriação, alimentada pela natural atração entre homem e mulher e sobre a qual se articula a livre vontade de ambos, fundada pelo amor, e não pela simples afetividade, à doação e aceitação mútua. Por consequência, o amor verdadeiro e livre entre um homem e uma mulher, se, antes do matrimônio, era um amor eletivo, depois da realização deste, transforma-se em um amor devido por justiça.

O compromisso então nascente entre os cônjuges, além de moral, é jurídico e consiste na manifestação de um amor responsável, porquanto zela pela própria duração em benefício de ambos os consortes, dos eventuais filhos e da sociedade. O amor sustentado sobre o matrimônio não se limita a uma mera expressão de afetividade ou à volatilidade e o tumulto das emoções.

Aliás, o amor humano pleno, em quaisquer de suas formas, não somente no amor esponsal, é oblato. Não nos parece possível que a justaposição de dois egoísmos possa necessariamente engendrar algum tipo de amor, ao menos digno de tal nome. O amor matrimonial demanda o compromisso aberto à transmissão da vida, donde decorre que a sexualidade, neste âmbito, não é singelamente um dado fortuito, nem somente uma maneira alternativa pela qual os esposos podem canalizar seu apetite sexual com exclusividade.

O matrimônio, na forma aqui preconizada, reclama, do Direito de Família, uma postura juridicamente prudencial, bem ao contrário da neutralidade reinante e sob pena de contrariar sua própria razão de ser, porque se trata da instituição social por antonomásia, já que a sociedade surge e desenvolve-se a partir da família fundada pelo matrimônio. O afeto avizinha as pessoas e desencadeia a constituição de uma relação familiar entre homem e mulher. Porém, por si só, não confere solidez ou mesmo perenidade a esta estrutura.

A QUESTÃO SOB A ÓTICA LEGAL

Por proêmio, o Direito não considera o afeto como *vis attrativa* das relações familiares, mas o compromisso de abertura à descendência, com a assunção dos deveres daí decorrentes. Este comprometimento com a dimensão procriadora é um fato jurídico, ou seja, um evento que produz efeitos no campo jurídico, porquanto vincula os sujeitos da relação jurídica, proporcionando-lhes uma gama de direitos e deveres recíprocos.

Se o Direito concedeu um trato legal para algumas relações afetivas, não foi em virtude de tal atributo, mas porque tais relações são de extrema importância para a organicidade da própria sociedade. Por exemplo, a solidariedade, um nobre afeto que nos inclina a pensar nos outros, sobretudo nos que mais precisam.

A despeito de sua enorme importância para o tecido social, não se cuida de um fato jurídico que possa ser alçado à qualidade de relação familiar. O fato de alguém ajudar o outro que está privado do mínimo necessário à sobrevivência não acarreta o estabelecimento de um vínculo jurídico que o autorize a ser incluído no regime legal de parentesco: a solidariedade não se confunde com a base da sociedade e não a potencializa. Não gera novas pessoas.

O matrimônio (além da união estável e da família monoparental, segundo o artigo 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal) gozam de *especial* proteção estatal, pois as modalidades de entidade familiar

daí derivadas traduzem, *objetivamente*, a dimensão procriadora da sociedade, uma potencialidade motriz, fincada na antropologia e na ética social, que deve ser reconhecida e preservada pela lei[20].

Sem prejuízo de outros modos de relação humana, este dever legal de tutela específica limita-se aos modelos constitucionais, os quais, ontologicamente, conservam e perpetuam a sociedade. As outras, incluso as parcerias homossexuais, não são suficientes e necessárias para tal fim. Não pertencem à base de uma sociedade que se pretenda duradoura.

Contudo, tal constatação empírica não permite concluir que as outras categorias de convivência não devam merecer atenção do Direito. Pelo contrário, estas categorias devem buscar formas próprias para sua configuração jurídica, dado que a *especial proteção constitucional* é exclusiva das situações acima delineadas.

As parcerias homossexuais não gozam de uma dimensão procriadora naturalmente. Tampouco as normas constitucionais e infraconstitucionais atinentes às modalidades de entidade familiar tomam a afetividade, um dado subjetivo, como elemento de alicerce de uma relação humana. O Direito prefere aspectos objetivos: a) a dimensão procriadora, conforme já salientado; b) desimpedimentos legais para a constituição dos vínculos familiares, segundo a ordem social (artigo 1.521 do Código Civil); c) exterioridade da relação, como as declarações expressas de vontade e a filiação biológica.

Tais atributos correspondem o imprescindível para a constituição de um fato jurídico de ordem social. A hipótese de incidência da norma não se vincula à conferência da existência ou inexistência da afetividade para a concessão de direitos e deveres, sem que isso signifique pouco caso com os afetos em si. Apenas se confere ao afeto o devido lugar nas relações humanas, o lugar da subjetividade. Em todos os sentidos, não se pode exigir dos afetos mais do que eles podem dar.

Do contrário, restaria esvaziado o conceito de *especial proteção* constitucional dado às entidades familiares discriminadas pela Carta Magna[21] de 1988. Qualquer um que convivesse com outro e com o ânimo (aspecto subjetivo) de configurar um ente familiar poderia exigir uma série de deveres que são restritos ao matrimônio na forma aqui preconizada (por exemplo, o dever de sustento).

As outras categorias de convivência, aquelas que não formam a base da sociedade, têm a liberdade contratual de constituir e regular juridicamente a mútua relação pela via do negócio jurídico, instituto desenhado pela parte geral do Código Civil. Se reputado insuficiente, os interessados podem se valer da norma regente dos contratos atípicos (artigo 425 do Código Civil).

Por derradeiro, ainda que se pretenda a mais absoluta informalidade no relacionamento, os princípios gerais de direito da proibição de enriquecimento ilícito e da boa-fé objetiva poderão nortear a justa aplicação do direito no caso concreto, sobretudo no que toca à partilha do patrimônio comum na hipótese de cisão ou de falecimento de uma das partes[22].

Com a devida vênia, a ficção de que uma parceria homossexual constitua um matrimônio é tão contraditória como pretender que forme, por exemplo, uma *holding*, um *leasing* ou mesmo uma fundação. São institutos jurídicos que, à semelhança do matrimônio, movem-se em outra órbita. O modelo matrimonial da tradição romano-germânica e do sistema da *common law* não têm a pretensão de dar proteção a simples relações de amizade, tratos assistenciais ou vínculos sexuais. Buscam efetivar um estilo de vida que assegure a estabilidade social e o recâmbio e a educação das gerações vindouras.

Nesse debate, algumas perguntas devem ser respondidas antes de se chegar a uma conclusão. O que é mais importante para a gênese do tecido social: os matrimônios ou as parcerias homossexuais? Em qual deles reside o princípio autoconstitutivo e “genético” da sociedade? Em qual deles, fundados nas peculiaridades intrínsecas, os valores podem ser melhor transmitidos à geração sucessiva?

Em qual deles, os novos cidadãos crescerão melhor, de modo a estruturar-se e ampliar, de modo natural, as próprias personalidades? Que obrigações a sociedade deve assumir em relação a um e outro? Em que medida cada um deles contribui para o incremento do bem comum? A equiparação da parceria homossexual à condição matrimonial não seria um privilégio? A manutenção do *status quo* do matrimônio não seria uma discriminação para a parceria homossexual?[23]

Nesta hipótese, não nos parece que as atuais proibições dos homossexuais em contrair matrimônio impliquem numa discriminação estritamente falando ou mesmo numa negação de direitos a uma minoria. O ponderado fator de *discrimen* reside justamente nos elementos objetivos que o Direito exige para que um fato da vida (a relação afetiva entre duas pessoas) seja dotado de juridicidade familiar. Ademais, a expressão “discriminação” serve justamente para manipular a opinião pública.

Discriminar é separar, distinguir. Continuamente separamos e distinguimos. Diferenciamos entre pessoas boas e ruins, livros agradáveis e desagradáveis, comidas palatáveis e não palatáveis. Cada vez que elegemos algo, discriminamos inconscientemente, pois, ao optar por este, descartamos aqueles. Discriminar é necessário[24] e inevitável. Apenas é reprovável a discriminação injusta ou arbitrária, aquela que carece de qualquer fundamento. Assim, chamar cada coisa pelo devido nome é uma justa discriminação.

Tributando o devido respeito aos que professam o contrário, a utilização pejorativa do vocábulo “discriminação” pelo movimento ideológico homossexual tem o fim evidente de contornar a falta de um discurso racional para a defesa de certas posturas, como a do matrimônio. É um mero argumento *ad hominem* e, como tal, facilmente perceptível. Acrescente-se que a única semelhança da parceria homossexual com o matrimônio repousa no fato de que, em ambos os casos, existe uma prosaica cama de casal, ainda que utilizada de maneira substancialmente diferente em cada caso.

Sob ângulo diverso, o pretense direito de matrimônio dos homossexuais traz consigo uma injusta discriminação com o restante da sociedade, pois ao se optar por um exercício genital naturalmente estéril, por corolário, abdicou-se voluntariamente da finalidade de propagação da espécie humana. Se a maioria das pessoas resolvesse trilhar por esta senda, a espécie humana minguardia em algumas décadas. Com efeito, a assunção matrimonial da parceria homossexual é contrária ao bem comum.

Também não pode ser olvidado que o fator de *discrimen* atende ao princípio constitucional da proporcionalidade. Veja-se. O princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios: o juízo de adequação, o juízo de necessidade e o juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro juízo estabelece que a norma reguladora de um direito fundamental seja adequada ou idônea para alcançar o fim colimado. O segundo juízo estatui que a restrição imposta pela norma seja necessária, se não há outra que resulte menos gravosa sobre os direitos afetados e que seja concomitantemente suscetível de alcançar a finalidade perseguida com igual eficácia. O último juízo consiste em aquilatar se a medida guarda uma relação de razoável equilíbrio entre as vantagens

obtidas e as restrições provocadas pela espécie normativa.

Pode-se, logo, verificar a existência de uma relação de adequação ou idoneidade na distinção de tratamento hoje feita pelo Direito de Família entre o matrimônio e a parceria homossexual e o objetivo que se almeja, qual seja, o de conferir uma especial tutela jurídica para aqueles que se unem com o propósito de abertura à fecundidade (e, indiretamente, de perpetuação da espécie), finalidade que resulta impossível numa parceria homossexual obviamente.

O objetivo assinalado não somente é legítimo ou constitucionalmente admissível, como se constitui num interesse substancial do Estado em se vincular diretamente com a preservação de um de seus elementos constitutivos, isto é, a população, entendida como o conjunto dos cidadãos. Por conseguinte, a distinção de trato não resulta em uma injusta discriminação, não priva os homossexuais de qualquer direito humano, já que são portadores de uma dignidade inviolável e merecedores de um respeito incondicionado em razão de sua humanidade, concretamente considerada.

Outrossim, a diferenciação ainda guarda razoável relação de proporcionalidade com os fins que se busca tutelar, à luz de toda argumentação até aqui delineada, sem que as restrições afetem a prática da afetividade homossexual a tal ponto de inviabilizá-la.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário refletir sobre a diferença entre o comportamento homossexual, como fenômeno privado, e, como comportamento público, legalmente previsto, aprovado e convertido em uma das instituições do ordenamento jurídico. As leis civis são os princípios que estruturam a vida do homem em sociedade, para o bem ou para o mal[25].

As formas de vida e os modelos nelas traçados não somente configuram a vida social exteriormente, mas tendem a modificar, nas novas gerações, a correta compreensão e valoração dos comportamentos empiricamente vividos no seio social. A extensão do matrimônio para os homossexuais pela via legal estaria destinada a provocar o obscurecimento da percepção de valores fundamentais e caros para a sociedade, dado que atrelados à sua própria subsistência.

Ao cabo, haveria a desvalorização da instituição do matrimônio, expressão que deriva do latim *matri munus*, vale dizer, ofício da mãe. Dito de outro modo, o matrimônio é a instituição que tutela, com uma beleza ontológica ímpar, a tarefa insubstituível da mãe: conceber, gerar e criar os seres humanos que prolongarão a espécie humana, com a colaboração do varão, igualmente necessária para o alcance da maturidade e da plena humanização dos filhos.

Voltemos, pois, para o tresloucado príncipe da Dinamarca, mencionado no início deste trabalho. Polônio, o conselheiro-chefe do rei Cláudio e símbolo da prudência naquela tragédia, certa feita, ao fim de um dos delírios de Hamlet, pronuncia que *“though this be madness, yet there is method in’t”*[26]. É loucura, mas há método nela, em tradução livre. E quem é a primeira vítima, ainda que acidental, do príncipe adoidado, que produz um banho de sangue? Justamente Polônio, justamente a ponderação!

Esta passagem literária tem uma carga simbólica muito grande neste caso. Ao se preconizar o alegado direito ao matrimônio homossexual de forma lancinante, o Direito pode ser a primeira vítima da insensatez desta proposta. Justamente o Direito, justamente a ponderação! E, inserindo esta idéia no âmbito do movimento homossexual, seguramente, pode-se dizer: é loucura, mas há método nela.

Uma casa não é necessariamente um lar. Equiparar uma parceria homossexual ao *status* matrimonial, com todos os direitos e deveres daí inerentes, não atenderá aos anseios que tanto se anunciam pelo movimento homônimo, pois, por mais paradoxal que pareça, provocará a própria autodiscriminação da homossexualidade, ao se pretender desconhecer a realidade desta condição. Em suma, **misturar tudo para alegar o novo apenas serve para revelar os contornos do velho.**

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CHORÃO, Mario Bigotte. *Pessoa Humana, Direito e Política*; Lisboa; Imprensa Nacional-Casa da Moeda; 1ª edição; 2006.

COUTINHO, João Pereira. *Diário da Europa*; Coluna Pensata da Folha On Line; ed.18.01.10; São Paulo; 2010.

DARYLMPL, Theodore. *In Praise of Prejudice: The Necessity of Preconceived Ideas*; New York; Encounter Books; First Edition; 2006.

FERNANDES, André Gonçalves. *Fundamento do Direito de Família*; Correio Popular de Campinas; ed. 28.06.07; Campinas; 2007.

_____ *Famílias Privatizadas?* Disponível em:
http://correio.rac.com.br/_conteudo/2014/09/colunistas/andre_fernandes/208601-familias-privatizadas.html. Acesso em 31.10.14.

HERVADA, Javier. *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*; Pamplona; EUNSA; 4ª ed.; 2007.

IRALA, Jokin de. *Comprendiendo la homosexualidad*; Pamplona; EUNSA; 1ª ed.; 2006.

JUSTIÇA AUTORIZA REGISTRO DE NASCIMENTO COM DUAS MÃES, UM PAI E SEIS AVÓS. Disponível em:
<http://oglobo.globo.com/sociedade/justica-autoriza-registro-de-nascimento-com-duas-maes-um-pai-seis-avos-13925839>. Acesso em 31.10.14.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Razza e storia e altri studi di antropologia*. Torino: Einaudi, 1967.

LEWIS, C.S. *Os Quatro Amores*; São Paulo; Martins Fontes; 3ª ed.; 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. *Afeto e Estruturas Familiares*; Maria Berenice Dias *et alli*; IBDFAM; Belo Horizonte; Del Rey Editora; 2009.

PLS 470/13. Disponível em:
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242. Acesso em 05.02.14.

PROJETO DE ESTATUTO DAS FAMÍLIAS. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado+#.Uv3trr1TuM8>. Acesso em 31.10.14.

SCALA, Jorge. *El Derecho* - Diario de Doctrina e Jurisprudencia; Ed. 235; 02 de diciembre de 2009; Buenos Aires; UCA; 2009.

SHAKESPEARE, William. *The Complete Works*; New York; Gramercy Books; 1998.

SPAEMANN, Robert. *Personas, acerca de la distinción entre <algo> y <alguien>*. Pamplona: EUNSA, 1996.

NOTAS

[1] Jokin de Irala explica que, nesse documento, *se detallan los pormenores de la campaña iniciada por los grupos de presión de gays e lesbianas em aquellos años. Se pone en funcionamiento, entonces, la aplicación de las cuatro 'p' del marketing para vender la idea de la normalidad de la homosexualidad: "product" (conceptualizar bien el producto o, em este caso, la idea que se desea vender), "price" (centrándose en el precio de exacción; el precio que se paga si no se consume o si no se está de acuerdo com la idea em eventa); "promotion" (mecanismos que se utilizarán para promocionar la idea al público) y finalmente "place" (lugar o clientes que serán objeto de la campana), significando que no es necesario convencer a todo el mundo sobre el producto o la idea em venta, a condición de que se escojan bien ciertos destinatários de la publicidad. (in Irala, Jokin de; Comprendiendo la homosexualidad; Eunsa; 2006; Pamplona; páginas 44 e 45). Tais técnicas de persuasão de massas, a julgar por seus resultados, foram e seguem sendo muito eficazes.*

[2] Eis os princípios básicos para persuadir os heterossexuais: *En primer lugar, insensibilizar y normalizar para que perciban la homosexualidad com indiferencia porque casi cualquier comportamiento empieza a parecer normal si se satura al público... se entumece la sensibilidad especial hacia la homosexualidad habiendo mucha gente que hable mucho sobre el tema em términos neutrales o favorables; em segundo lugar, insistir en que los gays son víctimas y, em tercer lugar, satanizar a los defensores de la familia. Este plan habla por si mismo. (in op. Cit.; p.46). Veja-se que qualquer semelhança com a realidade atual não é mera coincidência.*

[3] Sobre a questão, Tony Anatrella, citado por Jorge Scala em seu artigo sobre o assunto em epígrafe, diz que *ahora bien*, si la homosexualidad es una patologia - como realmente lo es - el vocablo "heterosexualidad" resulta científicamente inadmisible. En efecto, heterosexual se utiliza como oposto de homosexual; por tanto, ambos términos están em perfecta igualdad de condiciones, simplemente serían dos opciones para el ejercicio de la sexualidad. Y esto no es cierto. Homosexual se opone a varón, y lesbiana se opone a mujer. Dicho de outro modo, la normalidad - es decir adecuación com la natularezza humana - es ser mujer o varón. Lo patológico - y por ende está em outro plano - son el lesbianismo y la homosexualidad. Así como no se caracteriza a uma persona sana, como "no canceroso" - aunque obviamente lo sea - del mismo modo no podemos llamar a um varón "heterosexual"; porque la masculinidad incluye - necessariamente - la heterosexualidad. Dicho de outro modo, decir mujer - o varón - heterosexual es uma inútil redundancia y, lo que es peor, induce a la grave confusión de poner em un plano de igualdad la adecuación a la naturaleza,

con um estilo vital contra natura. En cambio se dice “homosexual” o “lesbiana”, se indica uma patologia padecida por um varón o uma mujer, respectivamente (in El Derecho - Diario de Doctrina e Jurisprudencia ; Ed. 235; 02 de diciembre de 2009; Buenos Aires, p. 24).

[4] Escrevi, na coluna que assino no Correio Popular de Campinas, em debate sobre o tema, que *ao longo das últimas décadas, na medida em que toda resistência da moral e dos costumes à conduta homossexual foi sendo afrouxada por uma compreensão desgarrada de preconceitos e pelo respeito às liberdades públicas das pessoas homossexuais (porque são pessoas humanas e não em razão do atributo sexual que as diferencia dos demais), as reivindicações do movimento homossexual, no Ocidente, vieram num plano inclinado, exigindo, primeiro, a equiparação moral de suas práticas com o casamento heterossexual, depois, o ensino do homossexualismo nas escolas infantis e, por fim, as duras penas da lei para filósofos, médicos, políticos, legisladores, sacerdotes, pastores e rabinos que tragam fundamentos científicos ou citem os versículos da Bíblia contrários ao homossexualismo, como se todos fossem membros de uma sociedade secreta, formada por heterossexuais (obviamente), orgulhosos de sua “superioridade” sexual (porque vivido pela maioria das pessoas), cujo objetivo principal seria o de promover, como no regime nazista, a opressão ou o genocídio dos gays, lésbicas e travestis. O contraste entre discurso e realidade é patente: o movimento homossexual cresce em virulência e pretensões autoritárias na medida em que a sociedade se torna mais simpática às legítimas exigências da comunidade homossexual (in Correio, 28.06.07, p.03).*

[5] A Ética Natural, segundo o primeiro tratado de ética da tradição filosófica ocidental, *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, é o estudo sistemático sobre as normas e os princípios que regem a ação humana, com base nos quais essa ação é avaliada em relação a seus fins. Alguns séculos depois, Tomás de Aquino apresenta a mesma linha de entendimento, mas alargando o conteúdo das noções de virtude dos gregos (ligada eminentemente aos valores da *polis*) e de felicidade (*eudaimonia*). Em ambos os casos, os postulados da Ética Natural, de matriz aristotélico-tomista, na arena jurídica, estão afetos a uma dimensão eminentemente prática e traduzem-se na perspectiva de realização da plenitude de justiça a que o homem, enquanto sujeito de direitos e deveres, está chamado por sua natureza. O Realismo Jurídico (ou Direito Natural) é fundado na ideia de um direito inspirado pela lei natural, norma inscrita na própria natureza humana e que corresponde ao modo de ser próprio do homem e a uma ordem natural das coisas, acessível pelo uso da razão. Durante dezoito séculos de nossa era, até o advento do Positivismo Jurídico, que provocou a separação do ser e do dever-ser, foi o portador da reserva ética no conhecimento do Direito, fato que, por si só, demonstra a vitalidade deste enfoque, reforçado ainda pela rica interação gnosiológica, formada a partir de diferentes e valiosas contribuições filosóficas, prudenciais e jurídicas de seus três marcos históricos fundamentais: Aristóteles, os juristas romanos e Tomás de Aquino. Nessa visão do direito, o momento culminante da ordenação jurídica está na determinação e realização do justo concreto, em que compete um papel central ao jurista, apoiado no saber prático jurisprudencial, definido por Ulpiano, magistralmente, como a ciência do justo e do injusto. A prudência (*phrónesis* ou *prudentia*) e a equidade (*epiqueia* ou *equitas*) são recursos fundamentais do ofício do jurista na apuração do *obiectum iustitiae*. O realismo jurídico responde, outrossim, pelo suporte teórico do núcleo básico dos direitos humanos fundamentais e dos princípios gerais de direito. A Metafísica, ou Filosofia Primeira (Aristóteles: 384-322 a.C.), é o ramo da filosofia que estuda a causa última e os princípios universais da realidade. O enfoque metafísico, segundo Aristóteles, é o enfoque próprio de toda a filosofia: estudar cada realidade concreta segundo sua causa última, ou seja, aquela causa que estende seus efeitos a toda a realidade. Difere das causas próximas, que produzem determinados

efeitos limitados, de modo imediato e são estudadas pelas ciências particulares. A Antropologia Filosófica é o estudo do homem sob o prisma filosófico, isto é, sob a consideração de sua natureza própria, distinta dos demais seres: a de animal racional, que lhe proporciona uma vida intelectual, forjada a partir de duas faculdades: a inteligência e a vontade.

[6] Apenas a título de curiosidade, o revogado artigo 1.338 do Código Civil de 1916 era o único dispositivo legal em que a expressão *amor* foi empregada pelo legislador (“O gestor responde pelo caso fortuito, quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste por amor dos seus”). O novo Código não manteve a palavra.

[7] Citado por Javier Hervada (*in* Diálogos sobre el amor y el matrimonio; Eunsa; 4ª Ed.; 2007; Pamplona; p. 122).

[8] Segundo a etnografia ou etnologia estruturalista, a família, em suas diversas manifestações históricas, nada mais seria que um produto do pensamento inconsciente coletivo e jamais poderia haver um conceito natural dessa instituição, diante dos resultados das pesquisas de Lévi-Strauss, nos quais convivem a poligamia e a poliandria, entre outros, como superestruturas da estrutura familiar, tomadas sempre à vista do contexto de relações humanas desenvolvidas nas mais diferentes sociedades. A família não é uma “resposta estrutural” que comporta infinitas superestruturas, moldadas no seio de relações sociais axiologicamente indiferentes. É, muito antes, uma “resposta antropológica”, porque, como ente multissingular, a família obedece à antropologia do homem, tanto que se cuida de um ente fundamental e insubstituível para qualquer sociedade de todas as eras e de todos os tempos. O próprio Lévi-Strauss (1967:134) afirma que “a união mais ou menos durável, socialmente aprovada, de um homem, uma mulher e seus filhos é um fenômeno universal, presente em todo e qualquer tipo de sociedade”. De fato, como seres humanos que somos, nossa própria maneira de ser nos revela, sem muita dificuldade, como diz Spaemann (1996:38), que somos “gerados e não acabados”. Isso significa que, para que comecemos a existir (desde a fecundação, segundo entendemos), precisamos ser concebidos por outros seres humanos, pois nada pode dar o que não tem e o efeito não pode ser desproporcional à sua causa. Para que a concepção se verifique, é indispensável a complementariedade biológica, sexual e psicológica entre uma mulher e um homem e isso é apenas o começo: a tarefa não se encerra com a geração do filho, mas se requerem décadas para que esses filhos cresçam, amadureçam e se desenvolvam, fases da vida em que os pais são indispensáveis, porque cada faz um aporte existencial e espiritual, desde sua particular perspectiva sexual e, ao mesmo tempo, de maneira conjunta e complementar. A família, assim entendida, não foi inventada, porque é uma instituição natural e isso explica seu caráter universal e perene. Essa assertiva é capaz de conduzir qualquer investigação sobre a família (e, indiretamente, sobre o matrimônio) ao reenvio de uma série elementar de atributos que constituem o ente familiar (e, indiretamente, o matrimonial). Tais atributos, por consequência, devem ter os toques da universalidade e da perenidade e, em sua essência, devem ser insuscetíveis de sofrer os efeitos da usura do tempo, salvo em suas formas de concretização, evidentemente condicionadas aos matizes históricos e materiais, mas sem que haja perda de sua identidade. Em suma, continuam, ontologicamente, referindo-se ao passado, mas, formalmente, agem diversamente do passado.

[9] De acordo com a Antropologia Filosófica, que encontra respaldo empírico na Etnografia-Estruturalista, auto-erigida à condição de antropologia, cujo maior expoente foi Claude Lévi-Strauss (1909-2009), antropólogo e filósofo francês, remetendo o leitor, nesse ponto, à sua afirmação

transcrita na nota de rodapé anterior.

[10] João Pereira Coutinho, com o raro senso de humor que caracteriza suas crônicas quinzenais, disse que "(...) li o suficiente para procurar um rasgo de racionalidade na exigência do "casamento gay", que o Parlamento português aprovou hoje entre lágrimas e suspiros. Nunca a encontrei. Uma coisa é garantir formas de "união civil", como em Inglaterra, capazes de proteger direitos vários para quem deseja viver em comum. Sejam homens, ou mulheres, ou homens e mulheres. Outra, bem diferente, é dismantelar a singularidade tradicional de uma instituição, dotada de natureza e reconhecimento próprios, para acomodar os desejos "simbólicos" de uma minoria. Aliás, não apenas de uma minoria, mas de qualquer minoria: se o casamento é tudo aquilo que quisermos fazer dele, não há nenhum motivo para recusar a benesse a comunidades imigrantes ou meras seitas religiosas que olham para a poligamia, ou para a poliandria, como formas legítimas de conjugalidade. Quem disse que os "afetos" são samba de duas notas só? Ou tudo, ou nada (*in* Folha On Line; 18.01.2010; Coluna *Pensata*)." O texto ilustra bem o relativismo reinante: de cunho ontológico, próprio do materialismo histórico elaborado por Marx e Engels, que nega a existência de qualquer critério supremo de moralidade (com exceção de Lênin, para quem o critério seria a "consciência proletária"). Logo, qualquer discurso ético é reputado arbitrário ou de fundo religioso e, em última análise, destituído de sentido racional ou secular.

[11] Diversidade, neste trabalho, é entendido como diferença. Não se confunde com o sentido empregado por Herbert Marcuse (1898-1979), [sociólogo](#) e [filósofo alemão](#), pertencente à [Escola de Frankfurt](#), o qual, transplantando os conceitos marxistas para a sexualidade e para a psicanálise, preconizou uma sociedade "polimorficamente diversa", como resposta à uma suposta opressão sexual da civilização judaico-cristã.

[12] A propósito da multiparentalidade conjugal, formada a partir de um casal homossexual que pediu ajuda a um amigo para gerar um filho, há um precedente judicial disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/justica-autoriza-registro-de-nascimento-com-duas-maes-um-pai-sei-s-avos-13925839>. Acesso em 31.10.14. Também, na mesma toada: o projeto de lei que dispõe sobre o estatuto das famílias (PLS 470/13), formulado segundo a moderna tendência dos microsistemas jurídicos, é um bom exemplo disso. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242. Acesso em 05.02.14. A exposição de motivos deste documento legislativo dá bem o tom daquilo que combatemos no presente trabalho. Transcrevo alguns trechos: "O conceito de família é cada vez mais plural. Os arranjos familiares da sociedade moderna não mais decorrem apenas do matrimônio. A união estável, entre pessoas do mesmo sexo ou não, famílias monoparentais, adoções e a comprovação de paternidade via testes de DNA atestam que as mais diversas formas de relação familiar tornam a vinculação afetiva mais importante na abrangência e nas novas definições do conceito de família. No entanto, o atual sistema jurídico rege as questões familiares com base no Código Civil que data de 2002, e que foi concebido no final dos anos 1960. Com a tramitação e aprovação de centenas de leis sobre o tema, o mesmo se encontra defasado". (...) "a legislação atual está ultrapassada e defasada em relação à realidade da família que, hoje, deixou de ser essencialmente um núcleo econômico para dar lugar à livre manifestação do afeto. As fontes do Direito de Família como a doutrina e os princípios são avançados, mas as regras jurídicas ficaram ultrapassadas. Embora o Código Civil seja de 2002, ele traduz concepções morais da década de 1960. Daí a necessidade de adequar essas regras às novas formatações de família que não são protegidas pela legislação atual. Um dos

principais argumentos para a apresentação do projeto é o de que não é mais possível tratar questões da vida familiar, que envolvem emoções e sentimentos, tendo como referência normas que regulam questões meramente patrimoniais”. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado+#.Uv3trr1TuM8>. Acesso em 31.10.14.

[13] A propósito, escrevi (FERNANDES, 2014:2): “Assistimos, recentemente, à notícia de que uma criança recém-nascida foi registrada, por força de uma decisão judicial, com os nomes de duas mulheres, um homem e seis avós. O macho da espécie deu uma força na concepção da criança, a qual será cuidada pelos três, com o detalhe de que a gestante já convive há algum tempo com a outra mulher, formando, conforme assinalado na sentença, “um ninho multicomposto e pleno de afeto”. No último século, parece que a sociedade perdeu o interesse pela família ou, ao menos, relegou-a exclusivamente ao âmbito particular da afetividade e das satisfações íntimas. Giddens observou isso com muita perspicácia e batizou a família de “instituição-casca”: cabe qualquer coisa dentro. Entretanto, nunca, como hoje, a qualidade das relações familiares é tão decisiva para o bem-estar dos indivíduos e, ao cabo, de uma sociedade que se fez individualista, consumista, relativista e indiferentista, deixando seus próprios membros decidirem sobre o próprio bem e a própria felicidade, mesmo que tais decisões sejam conflitantes umas com as outras no âmbito social. Essa redução privatizante do ente familiar é fruto de uma ofensiva direta e desencadeada a partir de vários campos do saber, mas, sobretudo, da filosofia, da linguística, da lei, da ciência e da ideologia, temperados, agora, com uma inovadora contribuição judicial. Sem dúvida, certas rigidezes e automatismos nas relações familiares não têm mais espaço nos dias atuais, ao passo que a tendência em reduzir a família a um mero fato privado deve ser vista com reservas, diante da ponderação entre os bens e interesses em jogo no tabuleiro social do bem comum. Por isso, urge que seja preservado um local onde as relações humanas sejam caracterizadas pela gratuidade, pela entrega e pela doação, isto é, por um amor que, de fato, comprometa a totalidade da pessoa, o que dificilmente se dá num “ninho multicomposto” contratualmente e baseado exclusivamente por umas veleidades comungadas a três ou mesmo em outros redesenhos atuais da noção de família. Em outras palavras, é preciso reconsiderar seriamente a vocação socializante da família, tarefa na qual ela sempre desempenhou um papel chave e único para o bem comum e para a perenidade de uma civilização, o que, historicamente, sempre se deu, segundo Lévi-Strauss, graças à “união mais ou menos durável e socialmente aprovada, de um homem, uma mulher e seus filhos”. Quando o ente familiar fica reduzido à uma espécie de célula primária da vida individual (e não social), aquela vocação socializante fica debilitada, ainda mais numa quadra histórica em que tanto se fala de liberdade, responsabilidade, tolerância e diversidade, atributos que envolvem, necessariamente, uma interação ética de uns com os outros. Investir nessa redução privatizante da família é semear, a longo prazo, uma sociedade atomizada, onde o próximo será um ser anônimo e com o qual me relacionarei sobretudo contratualmente, já que apenas os interesses individuais falarão mais alto. Ao contrário do admirável mundo novo pintado na sentença que determinou o registro da criança, convém agir com uma certa prudência social, antes de endossarmos sumariamente “novos ninhos”. Assim, ao mesmo tempo em que se procura entender e, se for preciso, acolher os riscos e as oportunidades que nossa época oferece à instituição familiar, também se fornecem critérios seguros para a salvaguarda da essência do ente familiar, principalmente quando se atenta contra sua vocação socializante.”.

[14] A propósito, escrevi, sob o título “Como repensar a família hoje?”, sobre os fundamentos

antropológico e etnológico da expressão “família natural”, a fim de evidenciar que esta é muito mais que uma mera e ultrapassada “família tradicional” e que corresponde à uma estrutura existencial veritativa do ser familiar. *In: Direito e Família*. Gandra Martins, Ives (Org.). São Paulo: Noeses, 2014, pp.171-244.

[15] Jorge Scala traz uma solução interessante: “Denomino *ex professo* ‘homomonio’ a las uniones homossexuales, puesto que al ser una realidad diferente – e incluso contradictoria – del matrimonio; necesariamente deben tener um nombre diferente (*in El Derecho - Diario de Doctrina e Jurisprudencia* ; Ed. 235; 02 de diciembre de 2009; Buenos Aires, p. 23).

[16] A fenomenologia trata de descrever, compreender e interpretar os [fenômenos](#) que se apresentam à percepção, cujo objetivo é o de alcançar a intuição das essências, isto é, o conteúdo inteligível e ideal dos fenômenos, captado de forma imediata. Defende a extinção da dicotomia “sujeito/objeto”, ao contrário do pensamento positivista do [século XIX](#), e examina a realidade à luz da perspectiva da primeira pessoa. O método fenomenológico se define como uma *volta às coisas mesmas*, isto é, aos fenômenos, aquilo que aparece à consciência e que se dá como objeto intencional. Os principais luminares desta corrente filosófica foram [Edmund Husserl](#), Edith Stein e [Martin Heidegger](#).

[17] A propósito da análise da afetividade na estrutura antropológica do ser humano, com raro senso de equilíbrio e sem resvalar no politicamente correto, destaco o trabalho do professor Antonio Jorge Pereira Junior. *In: Afeto e Estruturas Familiares*; Berenice Dias, Maria (Org.). Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

[18] Clive Staples Lewis, escritor irlandês, conhecido como C. S. Lewis ([1898](#) - [1963](#)), destacou-se por seu trabalho acadêmico sobre [literatura medieval](#) e pela apologia humanista que desenvolveu por meio de várias obras e palestras. É conhecido por ser o autor da série de livros infantis de nome [As Crônicas de Nárnia](#).

[19] *In: Os Quatro Amores*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[20] Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, na decisão das **ADI 4.277 e ADPF 132**, ocorrida em 05.05.11, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, de sorte que a parceria homossexual foi reconhecida como um núcleo familiar como qualquer outro. O reconhecimento de direitos de casais gays foi unânime. Os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso divergiram em alguns aspectos da fundamentação da maioria dos colegas, mas também os acompanharam no ponto central. A condenação da discriminação e de atos violentos contra homossexuais também foi unânime. Os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello ressaltaram que o caráter laico do Estado impede que a moral religiosa sirva de parâmetro para limitar a liberdade das pessoas.

A interpretação do Supremo sobre a união homoafetiva, na prática, reconheceu a quarta família brasileira. A Constituição previa, até então, três enquadramentos de família. A decorrente do casamento, a família formada com a união estável e a entidade familiar monoparental (quando acontece de apenas um dos cônjuges ficar com os filhos). E, agora, a decorrente da união homoafetiva. Ao julgar procedentes as duas ações que pediam o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo, os ministros decidiram que a união homoafetiva deve ser considerada como

uma autêntica família, com todos os seus efeitos jurídicos. Os ministros destacaram ser importante que o Congresso Nacional deixe de ser omissivo em relação ao tema e regule as relações que surgirão a partir da decisão do Supremo.

O voto do relator das duas ações, ministro Ayres Britto, conferiu interpretação conforme a Constituição para o artigo 1.723 do Código Civil. A norma define a união estável como aquela “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Pelo voto do ministro, que foi acompanhado integralmente por seis de seus colegas, deve ser excluída da interpretação da regra qualquer significado que impeça o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em voto de cerca de duas horas, o ministro frisou que a união homoafetiva não pode ser classificada como mera sociedade de fato, como se fosse um negócio mercantil.

Além de uma longa análise biológica sobre o sexo, Britto registrou que o silêncio da Constituição sobre o tema é intencional. “Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”, afirmou. Britto ainda assentou que se não há lei que proíba, a conduta é lícita. De acordo com o ministro, a Constituição entrega o “empírico emprego das funções sexuais ao arbítrio das pessoas”. E o Estado brasileiro veda o preconceito por orientação sexual. “As normas constitucionais não distinguem o gênero masculino e feminino”, frisou Britto. Ou seja, não fazem distinção em relação a sexo. Logo, não fazem também sobre orientação sexual. Britto frisou que união homoafetiva só seria vedada se a Constituição fosse expressa nesse sentido. “O que seria obscurantista e inútil”, emendou. Segundo o ministro, a família, em sua concepção, é o núcleo doméstico, tanto faz se integrada por um casal heterossexual ou homossexual. O ministro também ressaltou que não se pode alegar que os heterossexuais perdem se os casais homoafetivos ganham o direito ao reconhecimento jurídico de suas relações. Só se restringe um direito para garantir outro. “Quem perde com o reconhecimento da união homoafetiva? Ninguém”, disse ele. Em seu [voto](#), o Ministro Marco Aurélio destacou o papel contramajoritário do Supremo — citou a decisão tomada em relação à Lei da Ficha Limpa — ao lembrar que as normas constitucionais de nada valeriam se fossem lidas em conformidade com a opinião pública dominante. O Ministro Celso de Mello, em seu [voto](#), argumentou que “a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade.” consagrou como direito constitucional a formação de família por casais homossexuais. Segundo o Ministro, a legislação é dura contra as relações homossexuais por influências religiosas históricas, como as Ordenações portuguesas que puniam com a morte os praticantes dos assim chamados “atos de sodomia”. Mais tarde, a inquisição católica no Brasil perseguiu severamente os homossexuais, instalando os preceitos inclusive no poder público, “como resulta claro da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito das organizações castrenses”, diz o ministro em seu voto. De acordo com ele, “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual”. Segundo ele, o Estado sequer pode criar normas que desigualem indivíduos ao excluí-los de proteções jurídicas, como os benefícios reservados legalmente a casais heterossexuais. A decisão pelo reconhecimento da união homoafetiva como família, segundo o Ministro “não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma

que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns". Em seu entendimento, o Congresso Nacional reluta em legitimar os direitos gays por refletir o sentimento da maioria da população. Mas o Legislativo, segundo ele, "não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais". E resumiu: "ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República". Para ele, o silêncio constitucional quanto às uniões homossexuais não foi "voluntário ou consciente" do legislador constituinte. O artigo 226 da Constituição Federal, em seu parágrafo 3º, diz ser "reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar". Citando doutrina do constitucionalista Luís Roberto Barroso, o ministro afirmou que o dispositivo, ao reconhecer uniões estáveis sem casamento como família, teve objetivo de inclusão e, por isso, não poderia ser interpretado como norma excludente dos homossexuais. "A qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais", explicou Celso de Mello. Ele também rebateu as críticas de que, ao preencher lacunas da Constituição, a Corte adota postura ativista e avança sobre atribuições do Legislativo. "O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República", disse. "Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos". O Ministro Luiz Fux ressaltou que, se a homossexualidade é um traço da personalidade, caracteriza a humanidade de determinadas pessoas. "Homossexualidade não é crime. Então porque o homossexual não pode constituir uma família?", questionou Fux. O próprio ministro respondeu a pergunta: "Por força de duas questões abominadas pela Constituição Federal, que são a intolerância e o preconceito". Segundo Fux, todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Assim, "nada justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável entre homem e mulher". O ministro ainda ressaltou que "se o legislador não o fez, compete ao tribunal suprir essa lacuna". O Ministro Luis Fux disse que "assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum". Em seu [voto](#), ele escreveu que "o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos" e que uma família é constituída por três elementos: amor, comunhão e identidade. "O que faz uma família é, sobretudo, o amor - não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção Constitucional", escreveu. Ele ainda explicou que os direitos fundamentais

positivam valores tidos por uma comunidade como nucleares, “de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico”. Nesse sentido, explicou o Ministro, “o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional”. De acordo com ele, impedir que um casal homossexual tenha os mesmos direitos que um casal heterossexual é violar a Constituição Federal. “Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais — sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida —, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso”, explica. “Não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais”. Ainda em seu voto, o Ministro indica cinco premissas: “a homossexualidade é um fato da vida”; “a homossexualidade é uma *orientação* e não uma *opção* sexual”; “a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença”; “os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida” e “não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas”. Em suas palavras, “a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos”. Ao final do voto, o Ministro citou Ernst Benda que, em seu *Manual de Derecho Constitucional*, escreveu: “Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades”. O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que cabe ao Supremo “impedir o sufocamento, o desprezo e discriminação dura e pura de grupos minoritários pela maioria estabelecida”. De acordo com ele, o princípio da dignidade humana pressupõe a “noção de que todos, sem exceção, têm direito a igual consideração”. A Ministra Carmen Lúcia salientou que “pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito”. Com esse entendimento em seu [voto](#), a Ministra entendeu ser “admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva”. Segundo ela, a referência expressa a homem e mulher não significa que, se não for um homem e uma mulher, a união não possa ser também fonte de iguais direitos. Para explicar que a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima, manifestação da liberdade individual, e muitas vezes incompreensível, a ministra citou Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: “enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível (Grande Sertão: veredas).” A ministra deixou claro que “o que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática”. Mesmo os ministros

que divergiram do voto do Ministro Ayres Britto, fizeram-no por questões pontuais. O Ministro Ricardo Lewandowski, primeiro a não acompanhar integralmente o relator, reconheceu os direitos dos casais homossexuais, mas de forma um pouco mais restrita. Conforme o [voto](#) do Ministro, os homossexuais têm os mesmos direitos dos casais convencionais que vivem em união estável, exceto aqueles típicos das relações entre um homem e uma mulher, mas sem tê-los explicitado, o que poderia fazer supor a impossibilidade de extensão do casamento civil às pessoas do mesmo sexo. O Ministro Lewandowski também registrou que a decisão deveria valer até que o Congresso Nacional regulasse o tema, resgatando as discussões da Assembleia Nacional Constituinte em torno do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, as quais deixaram evidente a clara opção do legislador da união estável entre homem e mulher. Por fim, segundo o Ministro, a decisão do STF ocupa o espaço do Congresso Nacional, de maneira que o preenchimento da lacuna teria de ser provisório. Para o ministro Gilmar Mendes, o tema em julgamento diz respeito à dignidade dos indivíduos. “A pretensão que se formula tem base nos direitos fundamentais a partir dos princípios da igualdade e da liberdade”, disse. De acordo com o ministro, é necessário reconhecer os direitos de casais formados por pessoas do mesmo sexo por uma questão de dignidade humana. O Ministro fez observações sobre os fundamentos da decisão do STF. Para ele, pretender regular a união homoafetiva como faria o legislador é exacerbar o papel do Supremo. “Fazermos simplesmente a equiparação pode fazer com que estejamos a equiparar situações que vão revelar diversidades”, disse o Ministro. Por isso, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou Britto no mérito, mas se limitou a reconhecer a existência da união homoafetiva sem se pronunciar sobre outros desdobramentos possíveis.

O Ministro Cesar Peluso afirmou que “na solução da questão posta, só podem ser aplicadas as normas correspondentes que no Direito de Família se aplicam à união estável entre homem e mulher”. Mas nem todas, disse o presidente do Supremo, porque não se tratam de relações idênticas, mas de equiparação. “A partir deste julgamento, o Legislativo tem de se expor e regulamentar situações que irão surgir a partir do pronunciamento da Corte. É necessário regulamentar a equiparação. Aqui se faz uma convocação para que o Congresso Nacional atue”, concluiu o Ministro. Nas sustentações orais, o procurador-geral da República, Roberto Gurgel, afirmou que a ação visava reconhecer que todas as pessoas têm os mesmos direitos de formular e perseguir seus planos de vida desde que não firam direitos de terceiros. E, para ele, o reconhecimento da união homoafetiva fortalece a família. Segundo ele, a discriminação em relação aos casais formados por pessoas do mesmo sexo compromete a capacidade dos homossexuais de viver a plenitude de sua opção sexual. “Embaraça o exercício da liberdade e o desenvolvimento da identidade de um número expressivo de pessoas”, disse. Ele também citou dados do IBGE, de acordo com o qual há 60 mil casais homossexuais no país. “E o número é certamente maior do que o dos dados oficiais. A união entre pessoas do mesmo sexo enquadra-se no plano dos fatos”, afirmou. O advogado Luís Roberto Barroso, representando o governo do Estado do Rio de Janeiro, subiu à tribuna para falar que a história da civilização é a história da superação do preconceito. E lembrou de casos em que homossexuais foram punidos apenas por declarar sua opção sexual. De acordo com o advogado, o STF deveria impor o mesmo regime jurídico das uniões estáveis convencionais às relações homoafetivas. Entender diferente, sustentou, significa depreciar e dizer que o afeto delas vale menos. “Duas pessoas que unem seu afeto não estão numa sociedade de fato, como uma barraca na feira. A analogia que se faz hoje está equivocada. Só o preconceito mais inconfessável deixará de reconhecer que a analogia é com a união estável”, afirmou Barroso. O advogado também

frisou que o direito das minorias não deve ser tratado necessariamente pelo processo político majoritário. Ou seja, pelo Congresso Nacional. “Mas sim por tribunais, por juízes corajosos”, disse. O Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, também defendeu o reconhecimento das uniões homoafetivas. “O reconhecimento dessas relações é um fenômeno que extrapola a realidade brasileira e o primeiro movimento de combate à discriminação que sofrem esses casais vem do Estado, com o reconhecimento de benefícios previdenciários”, afirmou. Outros seis *amici curiae* defenderam as uniões homoafetivas. Contra o reconhecimento, falaram dois *amici*. Uma delas, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), representada pelo advogado Hugo José Cysneiros, argumentou que “poligâmicos e incestuosos, alegrai-vos! Afinal, vocês também procuram afeto”, em contraponto às sustentações que pregaram que o afeto não pode ter distinção entre homossexuais e heterossexuais. “A pluralidade tem limites”, também afirmou o advogado, para quem “uma lacuna constitucional não pode ser confundida com não encontrar na Constituição aquilo que eu quero ler”. Segundo ele, a CNBB não tomou parte nas ações para “trazer seu catecismo, nem citar textos bíblicos”, mas para pedir “o raciocínio, a análise, tendo como referência o texto constitucional”. Ele ainda salientou que, com o texto legal claro no sentido de que a “união estável se dá entre o homem e a mulher”, não havia espaço para interpretações. Deve ser ressaltado que o julgamento do STF foi feito com base em duas ações: uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A ADPF foi transformada em ADI depois que se verificou que um de seus pedidos, o reconhecimento de benefícios previdenciários para servidores do Estado do Rio de Janeiro, já havia sido reconhecido em lei. A ADI foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República com dois objetivos: declarar de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estender os mesmos direitos dos companheiros de uniões estáveis aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. O argumento principal da ADPF transformada em ADI, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, foi o de que o não reconhecimento da união homoafetiva contrariaria preceitos fundamentais constitucionais como igualdade e liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Os dois pedidos foram julgados procedentes.

[21] Não existe qualquer referência à homossexualidade na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Convenção Européia dos Direitos do Homem (Roma, 1950), nos pactos internacionais relativos aos direitos humanos (ONU, 1966), na Convenção Americana dos Direitos do Homem (OEA, 1969) ou na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (OUA, 1981). Ainda que o elenco dos direitos do homem tenha se ampliado, como no caso da Convenção de Roma, a ausência ainda permanece.

[22] A 4ª Turma do STJ reconheceu a possibilidade do casamento civil entre homossexuais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-25/stj-reconhece-casamento-civil-entre-pessoas-mesmo-sexo>, Acesso em 31.10.14.

[23] São perguntas que correspondem a argumentos de razões públicas, equacionáveis dentro da ética dialógica que conduz o fio do debate jurídico no seio social, cujas raízes são alimentadas pela teoria do agir comunicativo do filósofo alemão Jürgen Habermas e pelos postulados do liberalismo político do filósofo americano John Rawls.

[24] A propósito, sugere-se a leitura da obra “In Praise of Prejudice: The Necessity of Preconceived

Ideas; Theodore Darylmp; Encounter Books; New York; 2006; First Edition”.

[25] Atualmente, como consequência da ditadura do relativismo (assunto muito bem abordado por Roberto de Mattei, na obra “La Dictature du Relativisme”), o ser é posto em causa ou condenado ao esquecimento por tendências antimetafísicas alimentadas pelo chamado “pensamento débil”. Ignora-se a realidade antropológica e a natureza humana é sacrificada, em sua dimensão ontológica e axiológica, pelo nominalismo ou pelo empirismo ou é negada, na linha do existencialismo sartreano, *puisqu’il n’y a pas de Dieu pour la concevoir*. O bem moral fica eclipsado à falta de um fundamento natural. A verdade do direito não resiste à perda do sentido da justiça, nem a verdade política sobrevive à crise do bem comum. Mário Bigotte Chorão arremata dizendo que “por tudo isso tende a prevalecer, no reino do agir humano, o subjetivismo voluntarista e decisionista. O relativismo ético e o positivismo jurídico, conjugados com o democratismo formalista ou processualista (observante da técnica majoritária, mas eticamente deficitário), parece arrastarem perigosamente nossas sociedades para o abismo de um novo totalitarismo, destrutivo da pessoa humana” (*In: Pessoa Humana, Direito e Política*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006).

[26] *In: Shakespeare, William. The Complete Works*. New York: Gramercy Books, 1998.

André Gonçalves Fernandes é juiz de direito, doutorando em Filosofia e História da Educação, pesquisador, professor, coordenador do IFE Campinas e membro da Academia Campinense de Letras.

Tags: Casamento, Direito, Direito de Família, Família, Homossexualidade, Matrimônio,

Fonte: IFE Campinas. Disponível em: <http://ife.org.br/homossexuais-direito-ao-matrimonio/>