

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)**

RECORRENTE : K R O  
RECORRENTE : L P  
ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

2. K. R. O. e L. P. , duas mulheres alegando que se relacionam de maneira estável há três anos, requereram habilitação para casamento junto a dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre-RS, pedido que lhes foi negado pelos respectivos titulares.

Em seguida, em 25.3.2009, ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casem.

A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente é possível entre homem e mulher (fls. 49-52).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

**APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER.**

Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussetts, nos USA, que prevêm o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes.

Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher.

Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento

homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo.

Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar.

Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária.

A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 1.521 do Código Civil de 2002, aduzindo as recorrentes que o mencionado dispositivo - que prevê os impedimentos para o casamento -, não indica como tal a identidade de sexos.

Assim, aplicar-se-ia a regra segundo a qual, no direito privado, o que não é expressamente proibido é permitido, conclusão que autoriza as recorrentes a se habilitarem para o casamento.

Contra-arrazoado (fls. 184-188), o especial foi admitido (fls. 198-203).

O Ministério Público Federal, mediante parecer assinado pelo Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não provimento do recurso especial (fls. 212-216).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO  
RECORRENTE : K R O  
RECORRENTE : L P  
ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

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

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

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*.

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

inalienável dignidade.

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

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

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

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

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

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a

proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das majorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das majorias ocasionais, mas de todos.

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

11. Recurso especial provido.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

2. É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916).

Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como pilar axiológico a autonomia da vontade, naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente.

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas *normas de ordem pública* - em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho.

A consagração de normas desse jaez, pregoeiras de direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada *publicização do direito privado*, segundo a qual alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do contrato e da propriedade.

Na esteira das transformações experimentadas pelo direito privado, depois da *publicização* veio a chamada *constitucionalização do direito civil*, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal,

# Superior Tribunal de Justiça

a qual, no caso brasileiro, contém normas relativas à família, criança, idoso, adolescente, proteção do consumidor e função social da propriedade.

Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

Na expressão certa de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60).

Nessa linha de evolução, penso que também por essa ótica deva ser analisado o papel do Superior Tribunal de Justiça, notadamente das Turmas de Direito Privado.

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

3. A segunda observação introdutória diz respeito ao papel do juiz moderno, ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento.

É que vicejam, no particular, as palavras de John Rawls, para quem:

Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas. (*Apud.* SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310)

No mesmo sentido é a filosofia de Chaim Perelman sobre direito e moral:

# Superior Tribunal de Justiça

[...] pode haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embaraça muito. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.305)

A partir dessa idéia central, colho trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro (STF), ainda na década de 1960 (RMS n. 18.534/SP), mas bastante atual:

Ninguém contesta o direito de a sociedade, da qual é órgão o Estado, defender-se do obsceno e repugnante e, sobretudo, preservar de influências deletérias o caráter do adolescente e da criança.

[...]

Mas o conceito de "obsceno", "imoral", "contrário aos bons costumes" é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou "duas peças") seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos.

Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até tempo bem próximo ao atual.

[...]

Os juízes dos tempos de nossos avós e pais, ao que eu saiba, não apreenderam nunca *A Carne*, de Júlio Ribeiro, hoje um clássico. Mostraram com isso compreensão acima de qualquer farisaísmo ou pressão religiosa. Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da *Maya desnuda*, de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países. Seria o mesmo que um *cache-sexe* no *David* de Miguel Ângelo. (RMS 18534, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 01/10/1968, EMENT VOL-00751-03 PP-01156 RTJ VOL-00047-03 PP-00787)

Transcrevo também a reflexão realizada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, também da Suprema Corte, no voto proferido na ADPF n. 132, acerca das possibilidades de coexistência entre direito e moral:

[...] o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã.

[...]

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o "pecado

nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces - Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

4. Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais - sentença e acórdão de apelação.

O acórdão, além de invocar doutrina sobre teoria geral do direito e de hermenêutica jurídica, acionou os arts. 1.514, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, enfatizando as alusões aos termos "homem" e "mulher" (ou "marido e mulher"), reciprocamente considerados, cuja união seria a única forma de constituição válida do casamento civil.

Os dispositivos citados contêm a seguinte redação:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

[...]

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

[...]

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Finalmente, concluiu o acórdão recorrido que:

[...] o fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 do CC, não significa que esteja permitido, ou que sua existência possa ser “integrada” pelo Juiz, porquanto estreme de qualquer dúvida que a própria substância do conceito de casamento traz ínsita a idéia, milenar, da união entre um homem e uma mulher.

4.1. Ressalto que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º,

# Superior Tribunal de Justiça

foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte: REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/9/2008, DJe 6/10/2008; REsp 1085646/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 11/5/2011, DJe 26/9/2011; REsp 827.962/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 21/6/2011, DJe 08/08/2011.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002, interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", "entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'". A Suprema Corte asseverou que: "... este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva" (voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto).

Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator:

[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que **o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher".** (sem grifo no original).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Marco Aurélio (STF), alicerçado em escólio proferido pelo ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um projeto de vida:

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no

caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu **projeto de vida**. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. **O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral.** É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: **ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.**

4.2. A questão que ora se enfrenta é saber se o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos autos, em que se pleiteia a habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo.

A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família reconhecida pelo direito, devendo ter-se também em mente a polissemia da palavra "casamento", o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma *instituição social*, uma *instituição natural*, uma *instituição jurídica* e uma *instituição religiosa*, ou sacramento, ou, ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente "família".

No particular, como antes ressaltado, constituir-se-ia providência inócua investigar qual a concepção de casamento em seu sentido religioso ou sacramental, uma vez que vigora no ordenamento pátrio o princípio da liberdade religiosa, em razão do qual o conceito de casamento religioso pode revestir-se de diversos significados.

Releva notar que a doutrina de direito de família menciona diversas seitas e religiões em que se tolera, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, *verbis*:

# Superior Tribunal de Justiça

São exemplos de tolerância as Igrejas da Comunidade Metropolitana (Estados Unidos e Brasil), Associação Unitária Universalista (Estados Unidos), Igreja Unida (Canadá), Igreja para Todos, Igreja Cristã Contemporânea e Comunidade Cristã Nova Esperança (Brasil) etc. (GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. in. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71).

Vale dizer, não é por essa ótica que se alcançará a uniformidade semântica do casamento.

Analisando o instituto por outro ângulo, é fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnoldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnoldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente depois do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que o casamento passou a ter natureza civil.

O Código Civil de 1916 também manteve a sistemática segundo a qual a única forma válida de constituição de família era mediante o casamento. O seu revogado art. 229 dispunha que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Em direção análoga era o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, a Carta Republicana de 1934, art. 144, art. 124 da Constituição de 1937, art. 163 da Carta de 1946, EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69), art. 175.

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei.

Porém, em meados da década de 80, a realidade se impôs à ficção jurídica,

e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente, que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento - civil ou religioso -, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado".

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns", quanto à forma de constituição dessa família.

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente da forma pela qual a família é constituída, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, **exemplificadamente**, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado.

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, antes invocada, sobre a interpretação do art. 226 da CF/88:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** (grifado no original)

A bem da verdade, pela Carta de 88, a família foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ:

"O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§ 1º e 2º). Com o que essa

figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifado no original)

4.3. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Assim,

Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos. (CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199)

Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise

jurídica desses fenômenos.

O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores.

Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

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

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.

O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é **como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado** e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil.

Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos *deficits* naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados.

O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é

tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, **pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.**

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

4.5. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos **objetivos fundamentais da República** - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o **bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**" (art. 3º, inciso IV, da CF/88).

Constituindo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CF/88), é bem de ver também que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo em casos justificadamente pré-estabelecidos pelo direito, notadamente quando a própria sexualidade é manejada no desiderato de negar a dignidade e a liberdade sexual de outrem, como ocorre no caso de crimes sexuais.

De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como "asilo inviolável".

Nessa linha, a chamada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) reconheceu a imprestabilidade da orientação sexual como fator determinante à configuração de violência doméstica e, por consequência, à proteção conferida pelo Estado à família e à dignidade da pessoa humana:

Art. 2º Toda mulher, **independentemente de** classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

[...]

Art. 1º

[...]

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**

Nesse particular, socorro-me, mais uma vez, dos fundamentos contidos no voto proferido pelo eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF n. 132:

[...] a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.

[...]

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

[...]

**[...] nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.**

[...]

**a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (grifado no original)**

No mesmo sentido, sob a égide do paradigma formado no precedente acima citado, o STF explicitou que o julgamento proferido pelo Pleno, na ADPF n. 132/RJ, "proclamou que ninguém, *absolutamente ninguém*, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual" (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe).

No mesmo passo, asseverou o eminente relator:

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigale as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o

reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional.

De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias.

**Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.**

Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226).

É importante ressaltar, ainda, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

5. Portanto, retomando o curso do raciocínio, fincado nessas premissas, tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima vênia, não é a mais acertada.

Os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Valho-me, para o caso em apreço, dos mesmos fundamentos utilizados para desempatar o julgamento do REsp. n. 820.475/RJ, no qual se discutia a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Acolheu-se, naquele julgamento, o princípio geral de que, inexistindo vedação expressa na lei ou na Constituição, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido.

Em síntese, *mutatis mutandis*, foram os seguintes os fundamentos condutores do voto:

[...]

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

[...]

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, §3º, CF/88, que faz expressa referência a "homem e mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º).

Ademais, como vem sendo amplamente noticiado pela imprensa, algumas uniões estáveis homoafetivas estão sendo convertidas em casamento, exemplo do fato ocorrido no Município de Jacareí/SP.

5. Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma.

Em crítica à decisão do STF, afirmou-se, por exemplo, que "[a] tradição existe por algum motivo e não deve ser mudada pelo voto de um pequeno grupo, mas pela consulta ao grande público ou através de seus representantes, eleitos para isso" (DOUGLAS, William. *Dois Surdos – Os religiosos e o movimento gay*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo: Consulex, 2011 (345): p. 46-47, 1/6/2011).

O próprio acórdão recorrido afirmou que "a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar", já que o ativismo judicial "nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade".

Não impressiona, contudo, a tese de que a matéria deve ser apreciada, por

primeiro, pelo Congresso Nacional, sobretudo para avaliar se há "aceitação social" do casamento homoafetivo.

Sem hesitar, é de encontrar resposta negativa a indagação formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual "será que uma '*maioria moral*' pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?" (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645).

De fato, a Constituição Federal, em seu preâmbulo, evoca o "povo" como legitimador do poder - "Nós, representantes do povo brasileiro [...]" -, seguindo-se que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (art. 1º, parágrafo único).

Porém, se o povo é a figura central da democracia, cumpre indagar quem é o povo? (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

Isso porque o regime representativo - que possui como fonte de poder o "povo" - não é necessariamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode ocorrer "representação" sem democracia, e democracia sem "representação", como aconteceu a partir da constituição francesa de 1791, cujos eleitos governavam "de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo" (BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. *Revista de Direito Público*. RDP 3/99. jan.-ma/1968).

Nesse passo, importa ressaltar que "povo" - que é sempre a base de toda democracia - é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a ideia de maioria da população votante.

É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve isso significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder.

O "estado de direito" só é genuinamente "democrático" se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma.

É dizer: o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder.

Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado dever prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os

eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto.

O problema da legitimação democrática só é bem analisado pela lente da universalização das prescrições do Estado, o qual será legitimado quando considerado o povo não apenas como a fonte do poder, mas também como o destinatário de suas ações, ou como a "totalidade dos atingidos pela norma", e, em razão disso, algo bem diferente da maioria votante, como explica Friedrich Müller:

Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como "demo"cracia.

[...]

Esse padrão se repete: o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 pp. 53-56)

Essa visão distorcida do que seja democracia - como sendo o governo da maioria - também foi pontuada por Ronald Dworkin, ao criticar processos políticos que, embora formalmente democráticos, relegavam ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão político-eleitoral, como foi o caso dos negros e homossexuais, em determinado momento da história dos Estados Unidos.

Confira-se o magistério do filósofo americano, em seu clássico *A Virtude Soberana* :

A hipótese do processo político justo também é duvidosa quando o grupo que perde foi vítima histórica de um preconceito ou estereótipo que torna provável que seus interesses sejam desprezados pelos eleitores.

[...]

Em primeiro lugar, o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhes falem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos, que se esperaria que o número de componentes do grupo fosse capaz de produzir. Em segundo lugar, pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável

ou legítimo, de outros grupos (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 654-656).

Definitivamente, como bem asseverou Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra de Friedrich Müller, a soberania popular não é absoluta, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que "o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas" (*Op cit.* p. 22).

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão.

Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.

Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

7. Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas "parcerias domésticas" entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos.

São exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas unidades federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont.

Particularmente interessantes - apenas para ficarmos em poucos exemplos - são as situações de Portugal e do Estado de Massachusetts/EUA.

Em Portugal, antes da Lei n. 9-XI de 2010, o Código Civil, art. 1.577º, dispunha que:

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que

# Superior Tribunal de Justiça

pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

O art. 1.628º, alínea "e", do mesmo Diploma dispunha que:

É juridicamente inexistente:

[...]

O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Porém, a Lei n. 9-XI, de 2010, reconheceu explicitamente a possibilidade de parceiros do mesmo sexo contraírem casamento civil, alterando o regramento do instituto nos seguintes termos:

Art. 1º. Objectivo

A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º. Alterações ao regime do casamento

Os arts. 1.577º, 1.591º e 1.690º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

"Art. 1.577º. [...]

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".

[...]

Art. 4º. Norma revocatória

É revogada a alínea e) do art. 1.628º do Código Civil.

Art. 5º. Disposição final

Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no art. 3º.

A mencionada lei foi posta ao crivo preventivo de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Português, decidindo aquela Corte pela improcedência das dúvidas quanto à constitucionalidade do ato, notadamente tomando-se por parâmetro o art. 36º, n. 1, da Constituição Portuguesa (Cf. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213).

Em Massachusetts/EUA, houve reconhecimento judicial da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo a Suprema Corte daquele Estado decidido que as licenças para casamento civil deveriam ser concedidas também aos pares homoafetivos, determinando-se que as leis existentes sobre casamento fossem tornadas neutras quanto ao género.

Transcrevo parte dos fundamentos do voto da Juíza Magaret Marshall, da Corte de Massachusetts, no julgamento paradigma, deixando claro a presidenta da Corte que não seria partidária de nenhuma posição moral ou religiosa sobre o tema:

Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o

# Superior Tribunal de Justiça

casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral. (*Apud.* SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa.* [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 318)

Continuando a fundamentação, a Juíza Marshall aduziu que a exclusão do casamento aos pares homossexuais é incompatível com o "respeito à autonomia e à igualdade dos indivíduos aos olhos da lei". Assim, a liberdade de "escolher se casar e com quem se casar seria vã" se o Estado pudesse "tolher os direitos do indivíduo de escolher livremente a pessoa com quem ela queira compartilhar um compromisso exclusivo". Com efeito, a questão - defende Marshall - não é o valor moral da escolha, mas o direito de o indivíduo de fazê-la, ou seja, o direito de os reclamantes "de se casar com o parceiro escolhido" (SANDEL, Michael J. *Op. cit.* p. 318).

Quanto aos traços marcantes do casamento, a Juíza Magaret Marshall também acolhe o entendimento de não ser a fertilidade condição para a realização do casamento, "é o exclusivo e permanente comprometimento dos parceiros entre si, e não a concepção de filhos, o *sine qua non* do casamento" (*Ibidem*, p. 320).

Em arremate, afirma que restringir o casamento aos heterossexuais "confere um selo oficial de aprovação do estereótipo destrutivo de que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são inerentemente instáveis e inferiores às uniões entre sexos opostos e não merecedores de respeito" (*Ibidem*, p. 321).

Finalmente, é importante noticiar que a Suprema Corte de Massachusetts concedera ao Poder Legislativo local o prazo de 180 dias para adequar a legislação à decisão ora em comento. Durante o prazo, o Senado de Massashusetts formulou consulta indagando se seria possível cumprir a decisão criando uma "união civil" para os homossexuais, que lhes atribuisse direitos e responsabilidades equivalentes aos previstos para os cônjuges casados.

A resposta negativa da Suprema Corte ao pretense eufemismo legislativo foi, deveras, emblemática, como bem noticia Daniel Sarmiento, cujos excertos, no que interessa, transcrevem-se abaixo:

"A proibição absoluta do uso da palavra 'casamento' pelos 'cônjuges' do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões 'casamento civil' e 'união civil' não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A

# Superior Tribunal de Justiça

Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodridge, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja". (SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. in. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007, p. 43)

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

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.

É como voto.

