

Família é aquela que perpetua sociedade

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em 5 de maio de 2011, que a união entre dois homens ou duas mulheres de natureza afetiva gozará do mesmo “status” da união estável entre um homem e uma mulher, a qual, pela Constituição, artigo 256, parágrafo 3º, é considerada entidade familiar.

Nada obstante os constituintes não terem elevado a união homossexual a tal nível, nada obstante o direito privado dar-lhes garantias próprias de uma união de fato, a Suprema Corte outorgou-se o direito de substituir o Congresso Nacional e a Constituinte, legislando sobre a matéria e acrescentando ao texto da Lei Maior que também a união “estável” entre um homem e um homem ou uma mulher e uma mulher conformam entidade familiar.

Apesar de ser esta a posição atual do Pretório Excelso, inúmeros juristas têm tecido considerações de natureza jurídico-constitucional discordando de tal interpretação, entre elas destacando-se a do eminente professor de Direito Constitucional, [Lenio Streck](#) que, em entrevista ao jornal *O Estado de S. Paulo* publicada em 6 de maio de 2011, declarou: “isso é espaço para discussão do legislador, como se fez na Espanha e em Portugal. Lá, esse assunto foi discutido pelo Parlamento. O Judiciário, nesse ponto, não pode substituir o legislador”.

Neste artigo pretendo exclusivamente ofertar a minha interpretação da Constituição Federal, para que o leitor possa conhecer os argumentos daqueles que entendem que a união homossexual não constitui uma família, por ter sido esta a vontade do constituinte, ao promulgar a Constituição em 5 de outubro de 1988.

Entendo que a corrente dos constitucionalistas, que se opõe ao ativismo judicial (o Judiciário substituindo por auto-outorga de poderes o Legislativo), à qual me filio, está com a razão, pois apenas o Congresso Nacional, com poderes constituintes derivados (duas votações com 3/5 de senadores e deputados decidindo a favor) pode introduzir qualquer modificação na lei suprema.

Alegou-se, em tese hospedada por alguns ministros dessa Corte, que a não concessão dos mesmos direitos às uniões de pessoas do mesmo sexo em relação àqueles que têm os de sexo oposto feriria a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da CF), a igualdade de cidadania (artigo 5º, caput), a segurança jurídica (artigo 5º, caput) e a liberdade (artigo 5º, caput) [\[1\]](#).

Vejamos se tais princípios foram feridos à luz da Constituição Federal.

Claramente, o princípio da dignidade humana não se encontra ferido pelo tratamento que até o presente vem sendo dado à união entre dois homens e duas mulheres, que, por opção sexual, podem se unir, celebrar um contrato à luz do Direito Civil com previsão de obrigações e direitos mútuos, inclusive de natureza patrimonial, o que a

Constituição não proíbe. Não há mácula, pois, à dignidade humana neste caso, por todos reconhecida, como própria do ser humano e que independe de sua opção sexual.

Nem se tisa, por outro lado, o princípio da liberdade, já que o próprio reconhecimento de que poderão contrair obrigações e deveres, viver juntos, participar socialmente de qualquer reunião, cursar qualquer universidade ou ter qualquer emprego, mostra que sua liberdade de escolha homossexual em nada é manchada pela lei civil, genericamente considerada, nem pela lei suprema.

E, em relação à segurança jurídica, têm os pares de homens com homens e mulheres com mulheres a mesma segurança de qualquer cidadão e de qualquer casal.

O outro argumento mencionado é que merecerá maiores considerações, pois é aquele que merece reflexão mais aprofundada.

O respeito à dignidade humana e a liberdade de união dos pares de homens e homens ou mulheres e mulheres é que não justifica que se considere que tais uniões sejam iguais àquelas constituídas por um homem e uma mulher.

São diferentes, jurídica e faticamente, sem que esta diferença represente qualquer “capitis diminutio” na dignidade dos seres humanos, que optaram por uma união entre iguais.

A diferença reside em que são pares que, biologicamente, não podem gerar filhos, o que não ocorre com os casais constituídos por um homem e uma mulher. A união sexual de dois homens é impossível de gerar prole, como também a união sexual de duas mulheres. Podem externar nesta união afeto, mas *a grande diferença é que não podem gerar filhos* de sua relação sexual.

Ora, dizer que, perante a Constituição, são iguais uniões que são biologicamente diferentes, tendo em vista que somente a que ocorre entre um homem e uma mulher é capaz de garantir a perpetuação da espécie, constitui, de rigor, uma falácia. Se todos os homens se unissem com outros homens e todas as mulheres se unissem com outras mulheres, sem utilização de qualquer artifício (inseminação artificial), a humanidade se extinguiria!

Há, pois, nítida diferença biológica e jurídica entre os casais de homens e mulheres e aquelas uniões entre homens e homens e mulheres e mulheres. E a diferença — capacidade de gerar prole pelos meios naturais — é tão essencial e de tal magnitude que impede a equiparação.

E, neste aspecto, é que reside, a meu ver, a razão de ser do capítulo da família na Constituição, já agora passando a desvendar a questão referente ao artigo 1.723 do Código Civil, assim redigido:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Tenho entendido, em vários escritos, que o mais relevante princípio da Constituição, depois do direito à vida, é a proteção à família.

Assim não fosse, não teria o constituinte com particular ênfase, declarado, no “caput” do artigo 226, que a família é a base da sociedade:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (grifos meus).

Do dispositivo, duas considerações essenciais podem ser tiradas, ou seja, que:

- a) sem família, não há Estado e, por esta razão, o Estado deve dar
- b) especial proteção à família.

A proteção é de tal ordem, que o casamento passa a ser o ideal maior do Estado, não só ao permitir sua celebração gratuita — “§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração” — como também ao dar ao casamento religioso efeito civil — “§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

Como se vê, os dois parágrafos acima deixam nítido que, para dar maior estabilidade à “base da sociedade”, o casamento é o desiderato maior do Estado. Pretendeu o constituinte — e a maioria esmagadora entende que constituinte originário — dar o máximo de estabilidade possível à constituição da família e à prole nela gerada pela segurança do casamento, nivelando o casamento religioso ao civil, nos termos da lei.

Compreende-se tal escopo. É de se lembrar que, hoje, na maioria dos países europeus, todos os governos estão a incentivar o aumento das proles familiares, com benefícios de toda a natureza. Ora, tal não é possível, sem métodos artificiais, pela união de um homem com um homem ou de uma mulher com uma mulher.

Simone Veil, quando presidiu o Parlamento Europeu, em célebre frase, afirmou que “os europeus tinham aprendido a fabricar tudo, mas esqueceram de ‘fabricar’ europeus”.

Esta é a razão pela qual o casamento religioso tem o mesmo “status” do casamento civil e, nas grandes religiões, aquelas que mudaram a história do mundo, segundo Toynbee, no livro *Um estudo da História*, o casamento religioso só pode ocorrer entre um homem e uma mulher.

A família, pois, decorrente da união de um homem com uma mulher, que biologicamente pode gerar proles que dão continuidade à sociedade, no tempo, é que o constituinte pretendeu proteger, a meu ver, sendo todos os dispositivos referentes à

entidade familiar, cláusulas pétreas, pois dizem respeito aos direitos individuais mais relevantes, ou seja, de perpetuação da espécie e de preservação do Estado.

Sensível, todavia, à realidade moderna de que muitas uniões entre casais (homens e mulheres) não ganham o patamar de casamento, houve por bem, o constituinte, reconhecer tal união — sempre entre homem e mulher — como “entidade familiar”, mas, demonstrando, mais uma vez a relevância do matrimônio, declarou que o Estado tudo faria para transformar aquela “união estável” em “casamento”, como se lê no artigo 226, parágrafo 3º:

“§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (grifos meus).

Ainda aqui se percebe nitidamente os dois objetivos primordiais de preservar a família *como base do Estado*, capaz de dar perpetuidade ao Estado e à sociedade, garantindo a união estável entre *um homem e uma mulher*, como entidade familiar.

E a prova mais inequívoca de que foi esta a intenção do constituinte — e este o princípio constitucional — está em que, na sequência, o parágrafo 4º declara:

“§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (grifos meus).

Ora, qual é o descendente *naturalmente* gerado pela união entre um homem e um homem e uma mulher e uma mulher? Sem artificialismos genéticos ou técnicas médicas utilizando *espermatozóides ou óvulos de terceiros*, são incapazes de gerar *descendentes*.

Compreende-se, também, o intuito do parágrafo 4º do artigo 226, ou seja, reconhecer outra realidade: pela morte ou separação conjugal, pode um dos cônjuges ter que *sustentar sozinho seus descendentes*, não deixando de ser, portanto, uma entidade familiar, *o cônjuge remanescente e seus filhos*.

Parece-me que o parágrafo 4º unido ao parágrafo 3º do artigo 226 demonstra, claramente, a impossibilidade de se considerar unidade familiar a união entre homens e homens e mulheres e mulheres, que não podem “Motu Proprio” gerar descendentes e que mantêm, biologicamente, um relacionamento sexual diferente daquele que caracteriza a união entre um homem e uma mulher.

O próprio parágrafo 5º, assim redigido:

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

reforça a inteligência que tenho do dispositivo.

Ainda aqui só se fala em *homem e mulher*, em meridiana demonstração de que *homens e mulheres são iguais* na condução da própria família.

Da união de pessoas de sexo diferente — e exclusivamente dela — cuidou o constituinte, deixando às uniões homossexuais — *é diferente a união*, por opção sexual, não geradora de prole — o direito a outras alternativas para alcançar a segurança jurídica, mas não a de ter “status” de unidade familiar.

Tanto é diferente que o governo, por sua Secretaria dedicada aos Direitos da Mulher, entende não ser aplicável a lei “Maria da Penha” à agressão de um homem a um outro homem, numa união homossexual.

E, à união surgida desta forma de opção sexual — *que não é a opção natural da maioria esmagadora das pessoas*, em que a atração física é capaz de gerar prole —, o Estado pode garantir direitos e obrigações. Pode dar-lhe “status” de uma união civil, de obrigações mútuas, mas não de família, aquela que constitui a base da sociedade capaz de gerar sua perpetuação.

Ora, o artigo 1.723 do Código Civil, reproduz, claramente, o que está na lei suprema e sua dicção, em nada difere daquela exposta na lei suprema.

Nem há que se falar de interpretação conforme, visto que o que decidiu o STF foi um acréscimo ao texto para nele abrigar situação nele não prevista, o que difere, a meu ver, do que se entende por interpretação conforme. Essa modalidade de controle concentrado implica retirar de um texto abrangente situação que, se por ele fosse abrigada, representaria uma inconstitucionalidade. É que, levando em conta a pretendida distinção entre “inconstitucionalidade sem redução de texto” e “a interpretação conforme”, se se admitisse nesta, o acréscimo de hipóteses ao texto legal não produzidas pela lei, estar-se-ia, de rigor, transformando o Poder Judiciário em Poder Legislativo.

Mesmo para os constitucionalistas que consideram a interpretação conforme como desventradora de situação implícita, contida na norma — por isso distinguem-na daquela sem redução do texto —, não se pode admitir que esta revelação do “não expresso” represente alargamento da hipótese legal sem autorização legislativa.

Para mim, na interpretação conforme, o texto contém mais do que deveria conter. Por esta razão o que está a mais é retirado sem alteração do texto, a fim de que o Judiciário não se transforme em legislador positivo.

Em conclusão, o texto constitucional contém rigorosamente o que deveria conter, e o que o Supremo Tribunal Federal fez foi acrescentar ao texto situação não prevista nem pelo constituinte, nem pelo legislador, transformando o Pretório Excelso em autêntico constituinte derivado, ou seja, acrescentando disposição constitucional que o

constituinte originário não produziu. Em outras palavras, sem o processo das duas votações nas duas Casas, com 3/5 de todos os segmentos do povo, a Suprema Corte, criou norma constitucional inexistente, acrescentando situações e palavras ao texto supremo, que, como acabo de mostrar, jamais foi intenção do constituinte acrescentar.

Ainda em outros termos, o Congresso Nacional eleito por 130 milhões de brasileiros e com poder de alterar a Constituição pelo voto de 3/5 de sua composição, em dois escrutínios, foi substituído por um colegiado de 11 pessoas eleitas por um homem só!

Nada obstante, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que impõe a todo o Judiciário que seja seguida, considero que a correta interpretação é aquela aqui exposta e que representa também a inteligência de inúmeros juristas. Dizia, com o respeito devido, Santa Catarina de Sena aos Cardeais de sua época, quando erravam “Vossas Eminências cometem eminentíssimos erros”. Infelizmente, sou obrigado a dizer dos ministros da Suprema Corte: “Vossas Excelências cometem excelentíssimos erros”.

Concluo, finalmente, transcrevendo parte de recentíssima decisão do Conselho Constitucional da França de 27 de janeiro de 2011, em linha, a meu ver corretíssima e em franca oposição à do órgão máximo da Justiça Brasileira:

9. Considerando de outra parte que o artigo 6 da Declaração de 1789 dispõe que a lei deve ser a mesma para todos, seja quando ela protege, seja quando ela pune: que o princípio da igualdade não se opõe a que o legislador que regule de maneira diferentes situações diferentes, nem a que se derogue a legalidade por razões de interesse geral, visto que, em um ou outro caso, a diferença de tratamento de que daí resulta seja vinculado diretamente ao objeto da lei que o estabelece; que, no momento, o princípio segundo o qual o casamento é a união entre um homem e uma mulher, o legislador tem, no exercício da competência que lhe atribui o art. 34 da Constituição, considerando que a diferença de situação entre casais do mesmo sexo e casais compostos de um homem e de uma mulher podem justificar uma diferença de tratamento quanto às regras do direito de família; que não cabe ao Conselho Constitucional de substituir sua apreciação àquela do legislador, sob o prisma, nesta matéria, desta diferença de situação; que, por consequência, a pretendida maculação do artigo 6 da Declaração de 1789 deve ser descartada;

10. Assim sendo, pois, que disto resultou de que no que concerne a limitação que atenta contra a liberdade de casamento deve ser afastada;

11. Concluindo que as disposições constantes são contrárias a nenhum direito ou liberdade que a Constituição garante;

Decide:

1) A letra última do artigo 75 e o artigo 144 do Código Civil (união entre homem e mulher) estão conformes a Constituição;

2) A decisão será publicada no jornal oficial da República Francesa” (grifos meus).

São Paulo, Maio de 2011.

IGSM/mos/a2011-041-1 A CF e o HOMOSSEX – ADAP PAR CNBB

[1] Os artigos citados estão assim redigidos:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

....

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

Ives Gandra da Silva Martins é advogado tributarista, professor emérito das Universidades Mackenzie e UniFMU e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, é presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, do Centro de Extensão Universitária e da Academia Paulista de Letras.