

Decisão do Supremo Tribunal Federal e direitos dos pares homoafetivos: uma (re) leitura à luz dos direitos humanos

Decision of Supreme Court Federal and rights couple homosexual: a (re) reading the light of human rights

Delmiro Porto¹

¹ Especialista em Direito Civil e Processual Civil e Mestre em Desenvolvimento Local pela UCDB, com pesquisa em “família como base e matriz social”. Professor da Universidade Católica Dom Bosco e Advogado.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão histórica recente, prolatada nos Autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ, reconhece aos parceiros homoafetivos os mesmos efeitos jurídicos que a união estável àqueles que guardam diferença de sexo. Na busca desse reconhecimento, a ação invocou a interpretação “conforme a Constituição”, em que se procurou mostrar que, numa visada sistemática, o direito pleiteado tinha fundo. O Tribunal deu provimento com base nessa hermenêutica contextual, que se fez ao amparo de uma série de princípios constitucionais, em especial os da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. O valor fundante, porém, que é o humano, embora esteja configurado na rede discursiva da ampla fundamentação, aparece mais de forma tácita, quando se esperava o oposto: que o aspecto humano figurasse mais ao centro e à base dessa argumentação. Chega, por exemplo, a ser dito que a homossexualidade não é doença, nem desvio, nem opção, mas orientação sexual. E se fosse tudo isso a um só tempo, por ser doente não teria guarida, ou por ser opção não teria a liberdade de escolha? A presente proposta é de ensaiar uma leitura dessa decisão, a partir da eleição de alguns trechos do discurso (pela exiguidade do espaço), mostrando, numa perspectiva dialética e dedutiva, que à luz dos direitos humanos as minorias, a exemplo dos homossexuais, podem receber a análise de seus pleitos a partir de um filtro mais seguro.

PALAVRAS-CHAVE

pares homoafetivos
união estável
direitos humanos

ABSTRACT

The Federal Supreme Court (STF), in a recent historic decision, uttered in the process of Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ, confers to homoaffective partners the same juridical effects regarding stable union as to those of different gender. In search for this recognition, the action invoked the interpretation “according to the Constitution”, where it sought to show that in a systematic vision the desired right had support. The Court gave providence based on the contextual hermeneutics, which had sustaining in a series of constitutional principles, especially in those of a person’s dignity, equality and freedom. The founding value, however, which is the human, yet it is set in the wide network of discursive reasoning, appears more in a tacit manner, when the opposite was expected: that the human aspect fixed in the center and base of this argumentation. For example, it is even said that homosexuality is not an illness, nor a deviance nor an option, but a sexual orientation. And if it was it all at once, for being ill wouldn’t he have a shelter, or for it being an option wouldn’t he have freedom of choice? This proposal is to see a new reading of this decision, starting in the election of some excerpts of the speech (due to smallness of space), displaying, in a dialectic and deductive perspective, that in light of the human rights, the minorities, i.e. the homosexuals, can receive the analysis of their pleas from a safer filter.

KEY WORDS

*homoaffective partners
stable union
human rights*

1 PROPOSTA E PROBLEMA: IDEIAS INICIAIS

Sob o prisma da tridimensionalidade (REALE, 2002), pode-se afirmar que o Direito aparece e cresce com a vida: quanto mais *civiliter* o exercício cotidiano de um povo, mais refinadas serão as normas que orientarão essa prática de vida. Isso pode ser ilustrado com o alcance do direito ao poder familiar, chamado de pátrio poder no seio da família patriarcalista (VENOSA, 2011): essa filosofia de família foi transmitida ao Brasil, via colonização, e durou até o limiar do século XXI, entretanto o *pater potestas* (poder do pai) que permitia ao pai de família tirar a vida ao filho que nascesse disforme¹, não chegou, naturalmente, aos dias atuais. Ou seja, a filosofia da patriarcalidade fora mantida em sua essência, que consistia na organização familiar fulcrada na figura masculina (a partir do homem e para o homem), entretanto há muito perdeu consistência o sentido de que tirar a vida ao filho aleijado era uma forma de proteger a família e a sociedade.

Essa evolução do Direito, que se dá, com mais ou menos intensidade, de forma cosmopolita, por toda parte humanamente habitada, levou os juristas a classificar o amplo rol dos direitos em níveis diversos, normalmente chamados de gerações, como lembra Ferreira Filho (1995). Os direitos humanos estariam, conforme o foco aplicado, entre os de primeira geração, como direitos básicos ou mínimos, que, consoante esse autor, seriam os direitos de liberdade, entretanto estariam também entre os de segunda geração, vistos como direitos de igualdade, que fariam referência à condição humana nas relações socioeconômico-culturais. Nas duas últimas décadas, fala-se, a exemplo de Lafer (1988), em direitos difusos e coletivos, que estariam nas listas dos direitos de terceira e quarta gerações, como o direito ecológico.

A recente e histórica decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede dos Autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ, coroou a jurisprudência nacional do reconhecimento às parcerias homoafetivas², com idênticos efeitos produzidos pela união estável aos heterossexuais. Em suma, a ação teve por *causa petendi* a

¹ Lei das XII Tábuas – Tábua IV.

² Homoafetivo é termo cunhado pela Professora sulista Maria Berenice Dias, para se referir ao convívio *intuitu familiae* de pessoas do mesmo sexo.

inconstitucionalidade do tratamento que o ordenamento tem oferecido aos conviventes de mesmo sexo, deixando de conferir a natureza de entidades familiares a tais arranjos, pelo que invocaram o instituto da interpretação “conforme a Constituição” do Art. 1.723 do Código Civil, sob o alegado de que, à luz desta visada sistemática, cairia a exigência da diferença de sexo para se estabelecer família. Sabe-se que foi com base nessa hermenêutica contextual, estribada numa série de princípios constitucionais, em especial os da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, que o provimento final se consagrou, reconhecendo às uniões homossexuais a configuração de união estável, vale dizer, de entidade familiar, tal qual a formada por heterossexuais, desde que (atenção) atenda aos demais requisitos exigidos para estes.

Na lição de Gonçalves (2010), união estável é a união informal, pública, contínua e duradoura, estabelecida com base no afeto e com a finalidade de estabelecer um núcleo familiar, assim como se vê do 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”.

Embora não esteja expresso, a afetividade é o cimento de todos os convívios voltados à formação de família (LÔBO, 2008), independente de essa formação primar por aspectos solenes (caso do matrimônio) ou de estar pautada na informalidade. Portanto eis as exigências aos parceiros *gays*, a partir dessa decisão do STF, para que sejam avistados pelo Direito como famílias: que cumpram com os pressupostos de existência da união estável (PORTO, 2012), exceto a diferença de sexo, claro, e é o quanto lhes basta para que colham os efeitos da união estável, efeitos estes, até a decisão do STF, só conferidos aos heterossexuais.

No sistema Romano-Germânico, a jurisprudência tem papel secundário (VENOSA, 2011), é sabido, ante o que essas parcerias de homens ou de mulheres permanecerão, à luz da lei (fonte principal), na marginalidade, mas pela referida porta que se lhes abre, poderão adentrar ao nobre salão do Direito, para receber os mesmos tratamentos que os convivas heterossexuais. Essa posição firmada pelo STF funciona como um atalho jurídico para os tais, pois, se à luz da lei não são reconhecidos, não permanecerão à margem sempre que invocarem esse novo recurso. Recurso este que se faz ainda mais estratégico se for considerado que o Art. 1.726 do Código Civil prevê a possibilidade

de converter a união estável em casamento. Vale dizer, esse atalho está supervalorizado: cria a união estável homoafetiva, que iça do lodo da extrajuridicidade as parcerias *gays*, mas não só, pois uma vez reconhecidas como união estável, poderão, querendo, torná-las em matrimônio. Traz-se a figura do “atalho” justamente para demonstrar que não é o caminho ideal na sistemática adotada no Brasil, mas uma espécie de remédio, enquanto o Congresso Nacional, lídimo representante da sociedade, para a matéria sob análise, não se manifeste.

Fora essa questão, o que realmente se pretende analisar é o discurso da referida decisão, mormente no que toca à fundamentação prestada por aqueles magistrados da máxima instância. Não se quer, por óbvio, questionar o lastro jurídico em si, que certamente foi bastante para sustentar a decisão, mas, sem pretensões exageradas, deseja-se refletir sobre a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como de outros diplomas internacionais, nesse desiderato. Ver-se-á que a decisão passa por aquela norma geral e basilar (Declaração da ONU), mas não com a explicitude esperada.

O centro da questão posta à Suprema Corte repousa na sexualidade, e a análise central era se pessoas do mesmo sexo poderiam conviver *more uxorio*, estabelecendo família. O debate passou por questionamentos vários, tais como: que diz a legislação doméstica sobre o alcance do termo “família”, quanto às suas possibilidades? Em se exigindo diferença de sexo para formar família, ou melhor, em não estando previsto o modelo homoafetivo entre os eleitos pelo legislador constituinte, essas parcerias, realidades fáticas e merecedoras de tutela, deveriam ser emancipadas com base numa sistemática interpretação do texto constitucional, que impediria a discriminação? Se o centro da questão é a sexualidade humana, esse fenômeno estaria relacionado à dignidade da pessoa? A presente análise propõe reler esses questionamentos a partir de outras interrogações: em que medida o princípio da dignidade da pessoa serviu de baliza para a decisão? Qual a influência da Declaração dos Direitos Humanos e de outros tratados no foro doméstico, em tratativa dessa envergadura?

Pretende-se, portanto, numa perspectiva dedutivo-dialética, proceder a uma (re) leitura dessa histórica decisão sob as luzes de normas internacionais constitucionais, entendendo que essa visada da matéria acarretaria, em especial às minorias, mais segurança aos chamados

direitos humanos. Às majorias, as garantias jurídicas são sempre mais viáveis, visíveis e confiáveis, enquanto às minorias, como os homossexuais, são bem-vindas as cláusulas hábeis a promover o direito, como este de conviver *intuitu familiae*.

2 DIREITOS HUMANOS: DEFINIÇÃO E REFLEXÃO

Não há uma posição com clareza meridiana na doutrina, acerca do alcance e do conteúdo da expressão “direitos humanos”. Em verdade, é expressão bem sabida, mas pouco delimitada. Inicialmente fique consignado que todo direito é humano, já que a pessoa humana é causa de toda criação jurídica, ainda que a tutela alcance, por vezes, num primeiro momento, a fauna e a flora. A expressão, entretanto, tem cunho restritivo, no sentido de que tem a pretensão de abarcar e promover determinados direitos, como prioritários da manutenção e da promoção da condição humana.

Direitos humanos, que, também, são chamados de direitos do homem, direitos fundamentais, direitos da personalidade, direitos inatos (BECERRA, 1991), seriam a categoria mínima de direitos hábeis a sustentar a condição humana com a dignidade que lhe é própria, tais como o direito ao respeito à vida, o direito à liberdade (em seus mais amplos matizes), o direito à honra e à integridade (física e moral), como ilustra Baez (2011). Quando se arrisca um rol, só pode ser à guisa de exemplo, pois esses direitos são inumeráveis, existindo tantos quantos bastem, numa lista aberta, crescente ao infinito, para escudar a dignidade da pessoa humana.

Nessa direção, Portela (2010, p. 615-616) define os direitos humanos “como aqueles direitos essenciais para que o ser humano seja tratado com a dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana, sem distinção de qualquer espécie”, acrescentando que “O fundamento dos direitos humanos refere-se ao motivo pelo qual todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza, são titulares do mesmo rol de direitos”. Donde dizer-se que referidos direitos são universais, em razão de serem direitos naturais da sublime condição humana.

Baez (2011, p. 12), ao tratar desses direitos no contexto da interculturalidade, afirma que “o elemento nuclear dos direitos humanos

é a dignidade humana”, ante o que propõe que a expressão “direitos humanos” deve ser entendida como o “conjunto de valores éticos que buscam proteger, garantir e realizar a dignidade humana em todas as suas dimensões”. Nessa lição, Baez considera duas dimensões para esses direitos, a básica e a cultural, em que a primeira teria a natureza de cláusula pétrea universal, e a segunda admitiria relativizações frente às peculiaridades de cada cultura. Os exemplos acima, como o direito ao respeito à vida e o direito à liberdade, estariam ínsitos na primeira categoria, enquanto o direito de propriedade, no oportuno exemplo da lição desse autor, estaria sujeito às relativizações culturais. Outros exemplos deste último time seriam o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente equilibrado.

O direito à sexualidade está contido na intimidade da pessoa, que, por sua vez, está dentro do direito à privacidade. Com base em Moraes (2003), pode-se afirmar que a intimidade é o recôndito peculiar da privacidade, e, em última análise, com escora em Silva (1999), o direito à sexualidade pertence à própria liberdade do indivíduo, que, nesse campo de suas relações, tem o poder de se autodeterminar ao revés de quaisquer intromissões públicas ou privadas. Trata-se, portanto, de matéria em nível irredutível dos direitos humanos. Dentro da liberdade-gênero estariam as liberdades-espécie, que seria o direito de se autodeterminar na locomoção e na permanência, na expressão e na criação intelectual, no culto, na sexualidade, na formação ou não de família, na escolha do modelo familiar etc.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, diploma que será importante referencial na reflexão da recém-criada jurisprudência do STF (sobre parcerias homoeróticas), é visível a colocação da dignidade da pessoa como elementar de todos os direitos. Assinala-se, de passagem, com Moraes (2003, p. 50), que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Definindo por negatória, a tutela da dignidade de alguém ocorre quando não é lesado o seu direito de se autodeterminar, quando não diminui sua condição de sujeito de direito, quando não constrange e não vexa. A Declaração da ONU parte da dignidade como premissa irredutível, assim como proclama a liberdade em amplitude, como acima afirmado, a exemplo do texto preambular daquele Diploma universal:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...]

Tem-se, ainda, naquela Declaração (Art. XII), que “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar [...]. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. Embora não tenha sido aplicado o termo “intimidade”, parece fora de dúvida que a intimidade está consubstanciada na vontade do legislador cosmopolita, que, após anunciar a garantia à privacidade (que por si só já conteria a intimidade), foi além, estreitando para a família e, ainda mais, para o lar. Neste último reduto está a família nuclear, formada por pais e filhos (LÔBO, 2008).

É essencial, ademais, que seja fixada a dignidade humana como fim em si mesma, como valor fundante de toda relação jurídica, como traz a referida Declaração, em seu Art. VI, garantindo que “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”, vale dizer, como sujeito de direito, a partir de sua própria essência. No mesmo tom, vem a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, em seu Art. 1º: “[...] Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos”.

Desse ângulo, ao mesmo tempo em que essa Declaração atribui responsabilidade aos Poderes Públicos de cada povo, conclama que esses direitos independem, para sua efetivação, de um sistema positivo local, por serem universais enquanto categoria inerente à condição humana como fim em si mesma.

Em que pese à independência dos Governos locais, claro que as ações desses Poderes Públicos em cada nação atuam como instrumentos para a democrática efetivação desses direitos. No caso do Brasil, onde vigora o Estado Democrático de Direito, essa efetividade é favorecida a partir da Constituição Federal, que recepcionou, já no preâmbulo, essa filosofia humanista da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegurando “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Esse o *Hall* de entrada da Lei Maior, que tem gravada na porta da frente (Art. 1º) a seguinte recomendação:

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;

[...]

Pode-se afirmar categoricamente, portanto, que o Brasil reconhece a pessoa humana como valor fundante de seu ordenamento, razão pela qual, sob suas asas, os direitos humanos devem encontrar guarida. Como assevera Silva (1999, p. 237):

Já vimos que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal.

O direito à sexualidade, que se manifesta na liberdade, estaria entre esses direitos, em sua dimensão mínima, pelo que andou bem o STF ao reconhecer as parcerias homoafetivas como hábeis a figurar na condição jurídica de união estável e, por consequente, de entidade familiar. Busca-se verificar se o caminho para esse reconhecimento foi palmilhado com mais segurança, quando se fez a partir da visada dos direitos humanos, como recomenda a Declaração da ONU, a par de outros documentos internacionais ratificados pelo Brasil.

3 DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E EFEITOS VINCULANTES

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948, é documento básico dentre os instrumentos protetivos dos direitos humanos em nível internacional. Sobre sua exata natureza jurídica, explica Portela (2010, p. 647) que:

[...] os preceitos contidos na Declaração não seriam obrigatórios de um estrito ponto de vista jurídico-formal calcado em noções mais antigas de Direito, fundamentadas em concepções do fenômeno jurídico mais formalista e menos ligadas a valores, e dentro das quais a proteção da dignidade humana não tinha o destaque de que hoje se reveste.

Seria essa a posição inicial, entretanto, a exemplo da Declaração e Programa de Ação de Viena, aquele diploma foi recepcionado por tratados, assim como assimilado por muitos países, como acrescenta Portela (2010, p. 647):

Entretanto, na atualidade, é majoritário o entendimento de que os dispositivos consagrados na Declaração são juridicamente vinculantes, visto que os preceitos contidos em seu texto já foram positivados em tratados posteriores e no Direito interno de muitos Estados. Além disso, o prestígio adquirido pela Declaração tem feito com que suas normas sejam consideradas regras costumeiras, preceitos de *jus cogens*, princípios gerais do Direito ou do Direito Internacional.

O Supremo Tribunal Federal é dessa opinião, pela recepção dessa norma do Direito das Gentes com força vinculante para o sistema jurídico brasileiro, como se vê dos julgados indicados na nota de rodapé³. Afinal, é salutar registrar que a doutrina tem visto na Declaração a “Lei Maior” de todas as demais normas de Direito Internacional, na qual teriam a base para o sistema de proteção internacional, base no sentido de norma mínima a ser implementada em prol da dignidade humana (PIOVESAN, 2006).

Ainda sobre a recepção na sistemática nacional, consta expressamente do Art. 5º da Constituição, após enunciar os direitos e garantias

³ ADI 1.969/DF. Relator: Ricardo Lewandowski, julgado em 28 de junho de 2007, DJ de 31 de agosto de 2007, p. 29. REXT 1.008/CB. Relator: Gilmar Mendes, julgado em 21 de março de 2007, DJ de 17 de agosto de 2007, p. 24.

fundamentais, que os mesmos “têm aplicação imediata” (§ 1º), que o rol desse dispositivo é aberto, não excluindo “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º) e, por fim, assegura que os tratados e convenções internacionais aprovados no Congresso em regime especial (o mesmo para emendas à constituição), “serão equivalentes às emendas constitucionais” (§ 3º).

Quanto às normas internacionais que não passarem por esse rito especial, que as elevariam à natureza de norma constitucional, estas também vinculam o aplicador do Direito doméstico, à medida que referidas normas, se foram ratificadas pelo Brasil, têm efeitos vinculantes imediatos, consoante o princípio do *pacta sunt servanda* no Direito das Gentes: mediante anuência do Congresso Nacional, o Presidente da República procede à promulgação, no exercício da competência prevista no Art. 84, VIII, da Constituição Federal (PIOVESAN, 2006).

A norma cosmopolita, uma vez recepcionada, se não passa por aquele tratamento especial que a torna em nível de emenda constitucional, outro nível assume na hierarquia das normas. Qual?

Rezek (2006) noticia que outrora o entendimento do STF era no sentido de que as normas recepcionadas dos Direitos das Gentes ficavam aquém somente da Constituição Federal, encabeçando as normas infraconstitucionais, porém a posição atual é de que essas normas tem o nível hierárquico equivalente ao das leis ordinárias. Entretanto merece atenção, se a norma recepcionada tem por objeto específico a defesa e a implementação de direitos humanos, outro tem sido o nivelamento da norma, como se vê a suma em Portela (2010, p. 130):

Quanto aos tratados de direitos humanos aprovados antes da EC/45 ou fora de seus parâmetros, o STF abandonou, recentemente, a noção de que as normas oriundas de tais compromissos equivaleriam às leis ordinárias, substituída por dois novos entendimentos. O primeiro, por ora majoritário, é o da supralegalidade desses tratados, [...]. O segundo, atualmente minoritário, é o da constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos [...].

O que se vê, portanto, é que hoje, se submetidas ao regime especial de emenda constitucional, valem como tal. Caso contrário, tanto as normas anteriores a essa possibilidade criada pela EC/45, quanto as normas

internacionais, de direitos humanos, que não forem (após a Emenda) submetidas àquele rito, têm natureza de normas supralegais, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima das normas infraconstitucionais. Eis o poder vinculante das normas de direitos humanos internacionais, cuja legitimidade autoriza sua aplicação imediatamente após as ratificações (PIOVESAN, 2006).

Em que medida o STF teria se valido desse majestoso instrumento de promoção humana para motivar a tutela das parcerias homossexuais?

4 (RE) LEITURA DA ADPF N. 132-RJ À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Com a licença que a honesta e elevada jurisdição prestada recomenda, fincado na impessoalidade, inclusive no que toca às manifestações produzidas, que serão citadas por página (não por nome da autoridade votante), a análise que segue é um singelo e cuidadoso exercício que propõe refletir a decisão do STF à luz dos direitos humanos, em especial das recomendações da Declaração Universal da ONU, enquanto metas basilares para o foco de quaisquer questionamentos que envolvam os direitos humanos e a questão intrínseca da dignidade. Dessa sobreposição de textos, Declaração da ONU *versus* decisão do STF, serão colacionados alguns trechos, à guisa de amostragem para, com a pretensão mínima, verificar em que medida o referido acórdão faz, em sua motivação, interface com aquela Declaração Universal.

4.1 HOMOSSEXUALIDADE: NEM DOENÇA, NEM DESVIO, NEM OPÇÃO, MAS ORIENTAÇÃO SEXUAL

Em parte do discurso motivador da decisão na ADPF n. 132-RJ, o STF aproveita fundamento trazido pelo requerente, segundo o qual “a homossexualidade é uma *orientação* e não uma *opção* sexual, [...] não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo”. Nesse ponto, consignado na página 59, o STF invoca um dado que, salvo melhor juízo, não chega a atingir a instância dogmática do Direito, à medida que, se a homossexualidade fosse doença ou desvio ou opção sexual, enquanto condição ou comportamento não vedado pela sistemática jurídica (Art. 5º, II, da Constituição Federal), teria arrimo na conjuntura democrática, que é a conjuntura das

liberdades. Também não é o fato de ser orientação sexual, no sentido de que se trata de comportamento involuntário, que faz firmar a tutela estatal desse fato social. Em caso de doença ou desvio (que também é anomalia), seria inato (no sentido de próprio) do ser humano, em que a condição mesma de humanidade bastaria para sustentá-la sob a cobertura dos direitos humanos, tal qual a hipótese de orientação sexual.

Se fosse opção? No caso de opção, por conta da liberdade, em seu sentido amplificado (que inclui a intimidade e, portanto, a sexualidade), também não poderia ficar a descoberto. A liberdade, como visto, está na pauta mínima da Declaração dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é parte vinculada:

Art. I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. [...]

Art. II. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Não obstante o Art. XII da Declaração, já transcrito, garante a privacidade. Observa-se, portanto, que aí estão normas básicas, de natureza supralegal, alinhada com dispositivos constitucionais locais, a exemplo do Art. 5º, *caput*, e inciso I, que veda a discriminação de qualquer natureza.

Outra premissa alinhada naquela decisão (página 60): “a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença”. No mesmo diapasão, salvo melhor juízo, tal assertiva seria de pseudo-dogmática jurídica: a verdade segundo a qual a homossexualidade não é ideologia nem crença, não encerra qualquer fundamento para que a homossexualidade e as parcerias homossexuais sejam admitidas ou rechaçadas. A verdade para tal repousa no fato de que a homossexualidade é condição inerente à natureza humana, afinal, por ideologia ou por crença ninguém poderia ser promovido ou rebaixado em sua condição de sujeito de direito, pelas mesmas razões expendidas nos parágrafos anteriores.

Nesse ponto retirado da suprema decisão, se os argumentos puderem transpor o filtro da dogmática jurídica, devem ser carreados às luzes da Constituição, passando antes, todavia, pela análise sob o prisma dos direitos humanos, que tem na dignidade da pessoa a causa-fim, ou seja, o fator que, a um só tempo, inicia e ultima o objeto da decisão.

Têm-se exemplos outros, ao longo da literatura técnica (na doutrina, não na decisão sob estudo) em que alguns doutrinadores avançam argumentos do tipo: é melhor conceder a adoção conjunta a uniões homossexuais a deixar o infante exposto ou nos abrigos do Estado. Seria de se perguntar até que ponto essa opinião poderia transpor a dimensão extrajurídica para ser considerada juridicamente válida. Aparenta uma opinião do senso comum, que, ademais, conta para piorar o *status* do homossexual. Parece que equivale a dizer: o homossexual realmente não é um sujeito de direito, mas entre ele e os abrigos do Estado, ou entre ele e a mendicância nas ruas, prefere-se que o menor fique em sua companhia.

4.2 HOMOSSEXUALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DAS LIBERDADES

Em todos os pontos em que se sobreleva o valor humano como fim em si mesmo, revivendo a máxima segundo a qual “Todo ser humano tem o direito de ser [...] reconhecido como pessoa perante a lei” (Art. VI da Declaração), a decisão proferida em sede da ADPF n. 132-RJ se sedimenta e se solidifica à base de um direito essencial, que é o de ser pessoa e sujeito de direito.

À página 29, é encontrável essa solidez no argumento de que:

o sexo das pessoas forma um todo *pró-indiviso* (sic), por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo [...] é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles.

Na mesma página 29 e com o viés da essencialidade, prossegue:

Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial.

Na sequência do discurso, aparece na folha 31 ponto que realça o princípio da dignidade, no qual, num dos raros momentos da motivação,

o STF invoca expressamente os direitos humanos internacionais como normas básicas:

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.**

À guisa de conclusão parcial, a autoridade diz à página 34:

IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana **e até mesmo “cláusula pétrea”**, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);

Uma das autoridades votantes levanta, na página 78, um desses argumentos pautados na condição essencial do ser, ao asseverar que a “homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa”, enquanto na folha 202 é posta, a exemplo de outros pontos do discurso, a questão da discriminação, quando outro magistrado afirma que “O Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social”, mostrando, assim, o contraponto resultante da omissão estatal em reconhecer o direito das minorias, o que enseja a violência e a coisificação desses sujeitos. Ou seja, a tomada de posição pelo reconhecimento e emancipação dos pares homoafetivos reflete de forma duplamente protetiva, ao reconhecê-los sujeitos de direito e ao enfraquecer as posições de retransa a essa condição elevada. Essa

emancipação, compatível com o Estado das liberdades (SILVA, 1999), é o *modus operandi* hábil a franquear o verdadeiro desenvolvimento social.

No trecho que segue, transcrito da folha 212, a dimensão humana é posta como causa-fim das liberdades, que deve ser assumida plenamente pelo Poder Público:

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.

No trecho que segue, da página 92, a argumentação reforça o contraponto do não reconhecimento, em que a omissão estatal não só deixa de reconhecer o direito, como produz, com essa omissão, ainda que despropositadamente, o fomento da discriminação e da desigualação. Vê-se, ainda, a propósito, que a promoção e a emancipação a sujeito de direito passam necessariamente pelas cláusulas pétreas da dignidade e da liberdade:

Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

Na página 95 a ideia se completa:

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na seqüência dos vetores constitucionais, ser a que

conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.

Focando a liberdade de escolha, a partir da dignidade inerente à pessoa humana, a autoridade votante continua, na folha 96, acrescentando o estreito aspecto da intimidade como decorrência daquela liberdade-espécie:

Essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresso reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inc. X), que projeta para o plano social a eleição sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido, mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destigmatamento ou discriminação pelo exercício dessa sua liberdade.

Por fim, lança-se trecho da página 106, para realçar o fator liberdade (que fulcrado na dignidade da pessoa, repita-se, deve ser visto em matizes amplificados), corroborando nitidamente o que a Declaração Universal apregoa acerca da necessidade de tratar o ser humano como pessoa e sujeito de direito, independente de suas escolhas, desde que ao se autodeterminar não transgrida a lei, como recomenda Silva (1999). Eis o referido ponto da decisão:

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

Esses os pontos eleitos aleatoriamente, à guisa de exemplos, numa tentativa de ilustrar que o discurso fez-se mais categórico e mais seguro juridicamente, quando teve por premissa a dignidade da pessoa e seus consectários; quando o pleito sob análise, de igualar pares homoafetivos a uniões estáveis, foi visto a partir do direito à sexualidade (ou à

intimidade) como condição essencial da pessoa, a ela entranhada por força da natureza mesma.

Desse ângulo, a matéria foi abordada pelo próprio cerne da questão, que é o exercício do Direito posicionando o ser humano em sua posição essencial, a posição de valor fundante de todas as relações jurídicas. Entretanto, não há como passar despercebido o fato de que o STF não se apegou, com a intensidade esperada, a uma verdade importante nesse desiderato, a saber, a invocação explícita do Direito das Gentes. A Declaração Universal da ONU aparece mormente nas entrelinhas do discurso, embora o repetido clamor pela dignidade da pessoa, pelas amplas liberdades e pela acertada premissa de que a intimidade é da essência humana (como um direito natural do ser), seja suficiente para mostrar que o julgamento se fez com um pé naquela norma-base.

5 ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

O acórdão do STF, no exercício da interpretação sistemática, fez pouca referência explícita à Declaração Universal da ONU como norma ínsita nesse contexto normativo, na qual, diga-se, ocupa posição privilegiada, com natureza de regra supralegal, como visto, especialmente, em Piovesan (2006) e Portela (2010).

Na fluência do discurso foram invocadas várias normas infra-constitucionais que serviram, ao longo dos últimos anos, através de vários entes federativos, como precedentes garantidores de direitos aos parceiros homoeróticos, mas do Direito Constitucional Internacional privou-se de fazer alusões expressas, ainda que o discurso tenha recebido breve digressão histórica acerca da recepção, noutros países, dos direitos homoafetivos, como garantia da intimidade. Esperou-se que ali, certamente, ao fazer referência a outros povos, aparecesse a menção à Declaração da ONU enquanto norma mínima a ser observada por todos os povos, que é uma humanidade única.

Inegável, porém, que o discurso motivador da decisão mostrou-se mais categórico e mais seguro juridicamente à medida que fez da dignidade da pessoa humana, como valor essencial, a premissa para traçar e conduzir a linha persuasiva rumo ao nobre desiderato da promoção das parcerias homoafetivas a entidades familiares.

Considerando, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos contém as cláusulas mínimas para essa garantia e que foi recepcionada em nível de normas supralegais, acredita-se que os julgados, assim como outras manifestações do Poder Público, a exemplo da positivação dessa matéria (é questão de tempo), sejam produzidos sob as luzes da Constituição Federal, sem perder de vista aquele porto seguro das normas mínimas da Declaração da ONU e, também, de outros diplomas internacionais dos quais a *Terra Brasilis* seja parte.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos Humanos Fundamentais e suas dimensões de aplicação e efetividade. *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 575, p. 6-17, out. 2011.

BECERRA, José Antônio Garcia. *Teoría de los derechos humanos*. Mexico: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ*. Relator: Ayres Britto, julgado em 05 de maio de 2011, Dje n. 198, de 14 de outubro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ*. Governador do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça estaduais. Relator: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. 14 out. 2011. Dje n. 198, v. 02607-01, 2011.

_____. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembléia da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. VI.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 1988.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PORTO, Delmiro. União estável sob os ângulos da informalidade e da prova. *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 581, p. 21-30, abr. 2012.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 2. ed. Salvador: Podium, 2010.
- REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.