

Coordenadores
Luiz Fux
Bruno Bodart
Fernando Pessôa da Silveira Mello

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

**segundo Ministros, Juízes auxiliares
e Assessores do STF**

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Dignidade da pessoa humana e cidadania: proteção jurídica à união homoafetiva

Luiz Fux¹

O tema deste artigo poderia ser resumido em uma palavra: “amor”. Engana-se quem vê com estranheza um jurista atencioso ao que representa o amor na nossa realidade. Se a justiça pressupõe que seja dado a cada um o que é seu, não se concebe que o Direito possa negar a uma pessoa o amor que lhe pertence. Mais inconcebível ainda é que alguns, movidos por valores ultrapassados, compreendam-se investidos da prerrogativa de manter barreiras à plena satisfação do amor de outros. Bradam para que matérias individualíssimas e indevassáveis, como sói ser o desejo de formar uma família, sejam decididas na arena política. Esquecem que o amor é democrático, conquanto não haja democracia que se sobreponha ao que mora no coração de um ser humano.

Toda essa discussão faz lembrar a canção do saudoso Renato Russo: *“E quem irá dizer que não existe razão nas coisas feitas pelo coração?”* É curioso, a propósito, que os defensores intransigentes de um puritanismo arcaico costumem basear-se em considerações filosóficas sobre a exclusividade das relações entre homens e mulheres como prática e amor natural. Poucos deles lembram que um dos maiores pensadores que a humanidade já conheceu, Platão, dedicou duas de suas obras ao tema do

1 Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia. Ministro Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF. Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Ex-Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Ex-Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Ex-Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MPRJ.

“amor”: “*O Banquete*” e “*Fedro*”. No *Banquete*, em especial, o diálogo gira em torno da definição do que é o amor, inclusive o erótico, chegando-se à conclusão de que se trata da “procura pelo seu próprio complemento”. O que mais encanta no enredo, no entanto, é a descrição suave do amor homoafetivo, entendido como o destino inevitável daqueles que, sendo iguais, experimentam sensações incomparáveis quando unidos em um só. Negar a alguém o seu complemento é negar-lhe o direito de ser o que se é. Se há alguma lei natural a ser invocada no debate sobre direito homoafetivo, certamente é a lei universal da indivisibilidade do amor.

Essas ideias elementares, tão arraigadas na razão humana a ponto de os pilares da filosofia grega cuidadosamente cuidarem de ressaltar, explicam por que motivo o Poder Judiciário, guardião da Constituição, também acumula a função de sentinela do amor. Parece estranho, em uma primeira impressão, que homens e mulheres selecionados para ocupar suas cadeiras em razão da *experiência* sejam incumbidos de decidir sobre a vida íntima e as relações amorosas de terceiros. O raciocínio, porém, é precisamente o contrário. Reconhecer a supremacia do amor é concluir que não há quantidade de votos que legitime quem quer que seja a decidir sobre relacionamentos entre quatro paredes. Deve sempre haver um *habeas corpus* capaz de libertar o direito de amar.

Há uma característica especial do amor que o torna matéria alheia à restrição pelos governantes. Nossa liberdade de agir, sabemos bem, estende-se até o ponto em que se inicia o direito alheio. Quando nossos atos prejudicam ou causam risco a terceiros, certamente o legislador deve prover uma solução harmônica. O amor, por sua vez, não requer limites. É bem inesgotável, e é bom mesmo que seja infinito. O amor de uma pessoa termina onde seu coração manda, sem impor constrangimento ou prejuízo a ninguém – ao menos até que se torne crime, quem sabe, deixar um coração partido... Se assim é, qualquer intervenção legal nas escolhas amorosas individuais, ausente qualquer dano aos demais cidadãos, configura inaceitável violação à dignidade da pessoa humana, valor fundante da nossa República, como dispõe o art. 1º, III, da Constituição.

Outro argumento falacioso é o de que, por tratar-se a orientação sexual de uma construção social, deve sujeitar-se ao tratamento legal conferido por cada sociedade e contexto histórico. A negativa dessa alegação independe da fundamentação que cada um atribua à existência de opções sexuais diversas. Construcionistas, como Foucault, que acreditam na influência da vida em coletividade sobre as preferências afetivas individuais, serão infensos à apropriação do Direito como forma de imposição de valores e controle da conduta de minorias, por lhes subtrair

em última análise a dignidade. Aqueles que recorrem à biologia para explicar essa circunstância acreditam que a atração pelo mesmo gênero é um fator genético — e pesquisas com gêmeos univitelinos fornecem evidências de que a hipótese é consistente, como indica o estudo de Geoff Puterbaugh, *Twins and Homosexuality*, de 1990. Sendo este o caso, com maior razão a repressão ao amor entre iguais importa afronta ao núcleo da dignidade do ser humano: uma punição pela fidelidade à própria natureza. Descrições econômicas do interesse corpóreo e afetivo pelo mesmo gênero, a exemplo das magistralmente defendidas por Richard Posner em sua obra “*Sex and Reason*”, não alteram o resultado — quando a satisfação das pretensões individuais não gera externalidades negativas, é vedada a intervenção estatal.

Apesar dessas conclusões tão evidentes, não é de hoje que o aparato legal é utilizado para reprimir manifestações de afeto que contrariam concepções atrasadas sobre a sexualidade, dominantes em múltiplos contextos sociais, fazendo-se conveniente um breve relato histórico sobre o tratamento desse tema na civilização ocidental. Um dado curioso é o de que culturas não ocidentais, como o Islã, o hinduísmo e até mesmo as tribos indígenas, foram historicamente mais tolerantes com as relações entre pessoas do mesmo sexo, em contraste com a tradição europeia – malgrado a sodomia seja atualmente crime sujeito à pena de morte em países como o Irã e a Arábia Saudita.

Quando os puritanos chegaram ao poder na Inglaterra e nas colônias inglesas na América, introduziram um regime de forte repressão a relacionamentos íntimos considerados espúrios pelo ideário religioso protestante. Em meio ao oceano de irracionalidade, o grande pensador liberal inglês Jeremy Bentham, já em 1785, dedicou uma obra inteira para combater de forma ferrenha a criminalização da homossexualidade. Esse fator histórico influencia diretamente discussões contemporâneas nos Estados Unidos sobre a perseguição legislativa aos grupos LGBT.

A moral tacanha também motivou a criminalização da sodomia em Portugal desde o século XIII: as Ordenações afonsinas cominavam a pena de morte aos infratores. Muitos outros países europeus introduziram sanções criminais em hipóteses análogas, a exemplo de Espanha e França: prisão, trabalho forçado e confisco de bens eram algumas das punições a que se sujeitavam os que ousavam praticar suas formas de amor. Apesar das históricas perseguições a homossexuais pelos Tribunais do Santo Ofício, a legislação criminal estabelecida no Brasil em 1830 não incluiu o crime de sodomia, muito em razão do ideário liberal e do iluminismo francês influentes à época. Todavia, o Código Penal do Império,

em seu art. 280, tipificava como delitos os “atos públicos de indecência”. Uma cláusula aberta maliciosamente aproveitada para perseguir o afeto não aprovado pela convenção social.

Foi no século XX que as questões de gênero passaram a sofrer uma mudança de paradigma, a culminar nos intensos debates jurídicos a que hoje assistimos. As guerras mundiais trouxeram a mulher definitivamente para o centro do mercado de trabalho. Sua participação na atividade econômica, aliada aos avanços nos métodos contraceptivos e nas ferramentas tecnológicas para facilitar as tarefas domésticas, trouxe a reboque a conscientização sobre a necessidade de rever o tratamento da sexualidade em geral na sociedade moderna. A segunda guerra mundial, em especial, acendeu a atenção para o tratamento desumano dispensado à população homossexual, na medida em que Himmler, em sua saga eugenista, incluiu a eliminação de *gays* como passo necessário ao alcance de uma raça ariana pura. Dezenas de milhares de homossexuais morreram nos campos de concentração nazistas. Também nos regimes comunistas soviético e castrista a população *gay* foi violentamente reprimida. Tudo isso tornou um imenso paradoxo a manutenção, em países democráticos, de legislações inspiradas em uma concepção puritana da vida sexual – de forma muito semelhante à imensa contradição entre as leis segregacionistas norte-americanas e o engajamento dos Estados Unidos na guerra contra o antissemitismo e o racismo da Alemanha de Hitler.

Para o âmbito de interesse do jurista, é interessante observar como essas transformações sociais impactaram os sistemas jurídicos. Mas a retomada do aparato legal pela liberdade e pela justiça, com a expulsão do preconceito e do estigma, provou ser um processo lento demais pelas vias políticas, dada a intensa pressão de grupos moralistas. Somente no final da década de 1960 as Alemanhas Ocidental e Oriental reviram suas leis que criminalizavam “atos” de homossexualidade. No Reino Unido, a Inglaterra e o País de Gales promoveram em 1967 a descriminalização da sodomia, mas o delito previsto em uma lei de 1885 continuou em vigor na Irlanda do Norte. Essa legislação foi questionada perante a Corte Europeia de Direitos Humanos no famoso caso *Dudgeon v. UK*, julgado em 1981. Como não poderia deixar de ser, o Tribunal declarou que “*todos têm o direito ao respeito pela sua vida privada e familiar*”, de modo que “*não deve haver interferência por autoridades públicas no exercício desse direito*”. O mesmo entendimento foi aplicado a outros países europeus, finalmente permitindo a superação de modelos legislativos arcaicos e autoritários.

A transição não foi menos dolorosa nos Estados Unidos, onde várias leis estaduais antissodômicas persistiram até tempos recentes. Em 1986, a Suprema Corte americana escreveu uma página triste de sua história ao confirmar a constitucionalidade de uma dessas leis, do Estado da Geórgia, no caso *Bowers v. Hardwick*. O preconceito ficou estampado não apenas no desfecho da decisão, mas principalmente na motivação do julgado. O Justice Warren Burger, por exemplo, chegou a descrever as relações entre pessoas do mesmo sexo como um “*crime infamante contra a natureza*”, que não poderia ser reconhecido como direito fundamental. A afirmação foi tão vergonhosa que, anos depois, o Justice Lewis Powell confessou seu arrependimento por ter acompanhado a maioria. O prejuízo só seria revertido em 2003, com a célebre decisão no caso *Lawrence v. Texas*, quando finalmente o amor ultimado entre iguais passou a ser prática legal em todo o território norte-americano. A Corte anotou que as escolhas morais e sexuais são protegidas constitucionalmente, bem como que a conduta consensual íntima entre adultos faz parte da liberdade protegida pelo aspecto substancial do devido processo legal. O voto seminal foi redigido pelo Justice Anthony Kennedy, o mesmo que recentemente fez história no caso *Obergefell*, sobre o qual comentarei adiante.

Por enquanto, quero ressaltar o quanto me causa espécie que a sociedade empregue recursos públicos para o custeio de um sistema criminal destinado a reprimir relações inofensivas entre pessoas que se amam. Desperdício inexplicável também existe quando as organizações militares rejeitam pessoas vocacionadas para servir ao seu país tão somente pela orientação sexual. Nos Estados Unidos, há pressão fortíssima de movimentos estudantis e LGBT para que as Forças Armadas revoguem suas regras preconceituosas que expressamente proíbem o ingresso de homossexuais em suas fileiras. No caso *Pruitt v. Cheney*, o Judiciário daquele país teve uma oportunidade de reverter esse atraso, mas falhou. No caso concreto, uma pastora gay foi excluída das forças armadas pela publicação de um artigo de jornal questionando o absurdo preconceito arraigado nos mundos religioso e militar contra os homossexuais. O Judiciário, porém, baseou-se em argumentos processuais para não enfrentar a validade do regulamento do Exército americano que prevê o afastamento de homossexuais.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em contrapartida, não falhou em sua missão de proteger liberdades individuais. No bojo da ADPF 291, foram declaradas inconstitucionais as expressões “pederastia” e “homossexual”, constantes do tipo penal previsto no artigo 235 do Código

Penal Militar, pela sua inequívoca carga discriminatória contra grupo historicamente e injustamente marginalizado. Sequer a hierarquia e a disciplina são escusas para a violação à dignidade humana, exigindo-se seja dispensado tratamento isonômico a todos os militares, independente de sua opção sexual. Assim, o Judiciário encerrou este capítulo da criminalização do amor em nosso país.

Quando o preconceito e a hipocrisia moral não se apossaram do Direito Penal como ferramenta de perseguição, foi no Direito Civil que encontraram terreno para reprimir o afeto. O casamento, que deveria ser a quintessência do amor entre duas pessoas, capturou como prisioneiros os desviantes das concepções tradicionalistas dominantes. Não faz tanto tempo que, de acordo com o moralismo então em voga, eram os familiares que escolhiam os esposos das jovens mulheres e o matrimônio era o destino inescapável para o qual deveriam ser dirigidas. No Brasil, o casamento era causa de extinção de punibilidade nos crimes “contra os costumes”, inclusive quando presente violência sexual, espantosamente, até 2005. Além disso, a relação jurídica do casamento, considerada indissolúvel, servia como as grades de uma prisão para quem não mais amava seu “par legal”. Somente com a lei do desquite, em 1977, o panorama começou a se modificar. Contraditoriamente, quem amava de verdade era impedido de receber o seu parceiro do mesmo sexo em matrimônio, pois separados pelas artificiais barras de ferro do ordenamento jurídico.

A saga pelo reconhecimento das uniões civis homoafetivas é uma empreitada ainda em andamento. Por vezes, a batalha é vencida sem a necessidade de intervenção do Judiciário. O primeiro país europeu a legalizar o casamento homoafetivo foi a Holanda, em 2001, seguida por diversas outras nações do continente, como Bélgica, França, Finlândia e Portugal. A propósito, a lei alemã que reconhece o casamento LGBT foi aprovada recentemente e entrou em vigor no dia primeiro de outubro de 2017. Antes, a Dinamarca foi precursora mundial no reconhecimento por lei das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, desde 1989. Em outros casos, entretanto, a atuação das Cortes foi fundamental para promover avanços na proteção às minorias. Assim é que o casamento homoafetivo foi reconhecido por decisões dos Tribunais, por exemplo, no Canadá (2003), na África do Sul (2005), no México (2015) e na Colômbia (2016).

Nos Estados Unidos, foi longa a disputa perante as Cortes para o reconhecimento do direito universal ao casamento, independente do gênero do casal. Em trinta e cinco Estados e na capital, esse direito teve de ser protegido pelos Tribunais, a despeito das inadmissíveis pressões contrárias de parcela da população, inspirada por moralismos

retrógrados e inaceitáveis. Mas a opinião pública, conquanto importante em geral, não deve ser obstáculo para evidentes avanços na salvaguarda das liberdades civis. Fosse de outra maneira, a segregação racial nas escolas daquele país não teria sido encerrada em 1954, pela decisão da Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*.

O que hoje nos parece uma sentença evidentemente justa, uma “causa ganha”, a decisão em *Brown* foi na verdade uma prova de fogo para os juízes encarregados de solucionar a controvérsia, dada a imensa resistência popular à convivência entre negros e brancos nas instituições de ensino, principalmente na região Sul. Em acréscimo, características pessoais dos *Justices* transformaram o julgamento em verdadeiro jogo de xadrez, por colocarem em xeque a isenção que eles teriam para decidir. Divulgou-se na imprensa a informação, verdadeira, de que Hugo Black era filiado à Klu Klux Klan até 1942; James McReynolds, a seu turno, era sabidamente racista. Por outro lado, um dos maiores defensores da autocontenção judicial, Felix Frankfurter, perdeu a família durante o holocausto e participou de movimentos de defesa dos negros; Robert Jackson representou os Estados Unidos como acusador dos líderes nazistas no Tribunal de Nuremberg. Um “racha” no colegiado era o desfecho mais óbvio, tamanhas as divergências internas e as pressões externas. Todavia, passando por cima de todos esses percalços, a Corte superou de forma unânime a odiosa doutrina do “*separate but equal*”, cunhada nos casos *Plessy v. Ferguson* (1986) e *Buchanan v. Wales* (1917).

Assim como o Judiciário em *Brown* permitiu a correção dos rumos da sociedade para um destino mais justo, iniciando um processo de revisão da opinião popular, também no recente caso *Obergefell v. Hodges*, de 2015, a Suprema Corte americana não se intimidou pelo puritanismo estéril e declarou a juridicidade do casamento homoafetivo em todo o território do país. O *Justice Kennedy*, redigindo o acórdão pela Corte, lembrou que a Constituição promete liberdade a todos sob a sua égide, uma liberdade que inclui o direito de definir e expressar a sua identidade por meio do casamento, independente da orientação sexual.

Por todo esse histórico, não me comovem as críticas, muito injustas, ao reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo pela via judicial no Brasil. Argumentou-se que pesquisas de opinião apontavam uma rejeição popular à medida, bem como que a deliberação sobre o tema caberia ao Congresso. Ignoram esses críticos, contudo, que as liberdades fundamentais não se sujeitam às vontades das majorias ocasionais. Tal como a conscientização popular sobre a ignorância de segregar as pessoas pela cor em escolas nos Estados Unidos necessitou

da ação do Judiciário para que fosse superado o estado de letargia, também coube aos juízes, tanto lá como aqui, intervir para permitir avanços sociais no acolhimento jurídico das uniões homoafetivas. Se a opinião pública hoje vê o racismo e a exclusão dos negros como fato inaceitável, não tenho dúvidas – pois acredito na bondade humana – de que em breve também a discriminação em relação aos homossexuais não será mais tolerada.

De nossa parte, o passo em direção a uma sociedade mais inclusiva foi dado. Desde 2011, com a decisão unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 e na ADPF 132, a união estável entre pessoas do mesmo sexo é juridicamente reconhecida no Brasil. Posteriormente, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça se baseou nessa orientação para determinar o reconhecimento do casamento civil homoafetivo. Não se tem notícia de qualquer prejuízo causado por essas medidas a quem quer que seja. Mas é evidente o alívio daqueles beneficiados por essas decisões, haja vista que finalmente puderam ser tratados de forma isonômica pelo ordenamento jurídico – inclusive no campo previdenciário, conforme declarou o Supremo no Recurso Extraordinário nº 477.554.

Encerrando este breve ensaio, espero ter provado que o Direito não se faz apenas de jargões em latim e classificações complicadas. Para fazer justiça, é indispensável conhecer os sentimentos humanos, e nenhum deles é mais puro e valioso que o amor. A mesma Constituição que nos garante liberdade não pode ser interpretada de forma a fechar os olhos para todas as manifestações de afeto. Que sejamos livres em geral, mas especialmente livres para amar.