

Rosenfeld e a decisão do STF sobre a união homoafetiva

LEONARDO MUNDIM

Sumário

1. Introdução. 1.1. A temática de Michel Rosenfeld. 1.2. A possibilidade de avaliação da decisão do Supremo Tribunal Federal à luz do texto de Rosenfeld. 2. A natureza e o resultado prático da decisão do STF. 3. As conexões dialógicas específicas entre Rosenfeld e o STF. 4. Conclusões.

1. Introdução

1.1. A temática de Michel Rosenfeld

No brilhante ensaio intitulado “A Identidade do Sujeito Constitucional”, traduzido no Brasil pelo Prof. Menelick de Carvalho Netto, Michel Rosenfeld (2003) busca desenvolver uma doutrina de conciliação e reconciliação de valores e paradigmas, manejando aspectos de sociedade e constitucionalismo, e o faz por uma análise desconstrutiva e em seguida reconstrutiva do discurso constitucional.

Essa análise parte da percepção do vazio e da incompletude do que ele chama de sujeito constitucional, e o seu resultado, como bem destacado na apresentação feita pelo tradutor, é:

Leonardo Mundim é advogado e conselheiro da OAB/DF. Professor-titular do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Análise da Constitucionalidade (UnB/UNILEGIS).

“a dinâmica incorporação de uma tensão permanente, imprescindível à atual abordagem constitucional, entre um enfoque sociológico e desconstrutivo, crítico das possibilidades de abuso sempre permanentes no Direito Constitucional, e a perspectiva interna e reconstrutiva, capaz de garantir a inafastabilidade dos princípios da igualdade da liberdade reciprocamente reconhecidos por todos os membros da comunidade política a si mesmos” (ROSENFELD, 2003, p. 14).

De fato, a necessidade de enxergar ou construir meios de ligação, ou de interação e pacífica convivência, ou ao menos de tolerância recíproca entre o *eu* e o *outro*, é um dos símbolos aparentes do rico texto, que encontra ápices de racionalidade na avaliação, inclusive sob o ponto de vista do contexto sociocultural de época, de julgados historicamente relevantes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA).

Destacam-se, nesse ponto, os casos *Dred Scott v. Stanford* – em que se debateu se um ex-escravo afroamericano, liberto pela entrada em território federal, poderia voltar a ser escravizado ao retornar para o Estado onde residia o antigo “dono” –; *Plessy v. Ferguson* – referente a uma lei estadual que separava brancos e negros no transporte público –; *Brown v. Board of Education* – que tratava de segregação escolar entre brancos e negros –; *Roe v. Wade* – em que se reconheceu pela primeira vez um direito constitucional ao aborto –; *Bowers v. Hardwick* – no qual se pedia que o sexo homossexual entre adultos fosse considerado protegido pelo direito constitucional à privacidade –; *Griswold v. Connecticut* – em que se questionava a vedação estatal ao uso de contraceptivos –; e *Michael H. v. Gerald D.* – que trazia o pedido de um pai biológico contra quem era o “pai presumido” em decorrência de relação matrimonial contemporânea à concepção da criança.

Com maestria, Rosenfeld (2003) identifica o instrumental do discurso constitucional em três elementos-pilares: negação, metáfora e metonímia.

A *negação* consistiria inicialmente na rejeição e repúdio de identidades ou concepções antecedentes e tradicionais, com vistas ao alcance de uma identidade própria da nova ordem constitucional, seja ela nova pelo tempo, seja ela nova pela mudança de interpretação. Tal negação, segundo o autor, passa depois por duas outras

fases, inicialmente buscando uma identidade positiva – inclusive com readmissão ponderada de posturas outrora simplesmente negadas –, seguindo-se um estágio de autoafirmação, no qual o sujeito constitucional se compreende como gerente da sua própria moldura, num ato de refinamento dos valores e concepções que lhe parecem interessantes.

A *metáfora* consistiria na adoção de “similaridades e equivalências para forjar vínculos de identidade” (ROSENFELD, 2003, p. 61), reforçando, no campo discursivo, o aspecto da identidade, com consequente redução do peso da diferença. A utilização (exatamente metafórica) pelo autor do verbo “forjar” (inventar, maquinar) coaduna-se com sua afirmação subsequente de que “a argumentação jurídica repousa destacadamente sobre o estabelecimento de analogias e similaridades” (ROSENFELD, 2003, p. 63). Ou seja, o uso da metáfora serve para conferir conectividade ao discurso, permitindo o trato de uma situação a partir de pontos referenciais de conexão com outra situação mais conhecida e pacificada.

E a *metonímia* trabalha a questão do contexto, servindo para evocar as diferenças e alcançar a especificidade de cada situação submetida à análise constitucional. Enquanto a metáfora trabalha com a similaridade, a metonímia promove a análise a partir da contiguidade (vizinhança). O uso da metonímia, contudo, exige redobrada atenção, tendo em vista o risco, adequadamente mencionado por Rosenfeld (2003, p. 70), de que a excessiva contextualização tornaria a situação única, e portanto insolúvel pelas concepções normativas existentes – as quais, por natureza, na verdade se apegam mais a uma abrangência abstrata ou abstratizante, do que a um foco casuístico.

A eventual concretização dessa unicidade absoluta seria também potencialmente deturpante porque, segundo Rosenfeld (2003, p. 72,

nota de rodapé), “as exatas limitações [da contextualização metonímica], em um dado caso, tendem a ser determinadas pelos objetivos e interesses de seus proponentes”.

Enfim, os três elementos mencionados – negação, metáfora e metonímia –, não aparecem isolados no discurso constitucional, e nem servem organizadamente a um único lado do debate. Pelo contrário:

“A interação entre os aparatos da negação, da metáfora e da metonímia [...] ocorre em vários níveis distintos resultando em múltiplas combinações e interseções, que têm que ser integradas com sucesso para apresentar uma avaliação exaustiva da formação, da evolução e da dissolução reconstitutivas das identidades constitucionais” (ROSENFELD, 2003, p. 82).

1.2. A possibilidade de avaliação da decisão do Supremo Tribunal Federal à luz do texto de Rosenfeld

O objetivo deste artigo é analisar, à luz do mencionado texto de Rosenfeld (2003), a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas ações constitucionais ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 132 e ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.277, em acórdão de 5 de maio de 2011, na qual se reconheceu a existência e validade jurídica, no Brasil, da união estável entre pessoas do mesmo sexo – união homoafetiva.

É verdade que, numa abordagem preliminar, observa-se que, em parelha com a percepção teórica, Rosenfeld avalia situações do cotidiano do discurso constitucional mediante análise concreta de casos julgados pela Suprema Corte dos EUA. Essa circunstância – a aproximação contextual de Rosenfeld com a vivência e a história da sociedade norte-americana – poderia, em tese, inviabilizar uma análise de julgado da Suprema Corte brasileira, sob os parâmetros da doutrina estrangeira.

Entretanto, está-se diante de duas nações que guardam interessantes similitudes históricas e também institucionais. São duas nações americanas de dimensões continentais, inauguradas por europeus. Ambas apresentam população multiétnica e multirracial desenhada pela forte imigração, e dentro delas convivem milhões de pessoas com diferentes credos e visões de mundo, o que sobreleva a importância da consideração do pluralismo na tomada de decisões.

Acresça-se que a estrutura republicana brasileira adotou o modelo norte-americano no aspecto institucional desde a edição do Decreto nº 510, de 22 de Julho de 1890 – que trazia o próprio texto da vindoura Constituição de 1891 –, o que se mantém em linhas gerais até a presente data, inclusive no tocante à eficácia da palavra final do Poder Judiciário

sobre diversas questões nacionais relevantes, tanto na seara política quanto no campo social.

Ademais, o texto de Rosenfeld não se limita a um detalhamento concreto de decisões judiciais norte-americanas, e sim trespassa sua análise com conceitos capitais de direito constitucional ocidental, incluindo democracia, pluralismo e missão das cortes constitucionais, o que permite inferir seu caráter universal ou universalizante, autorizando a análise ora pretendida.

2. A natureza e o resultado prático da decisão do STF

É curioso notar que a decisão proferida pelo STF no caso da união homoafetiva traz, em si mesma, e desde a ideia inicial, uma concepção de comparação metafórica. A causa de pedir, em ambas as ações conjuntamente julgadas, foi respaldada no pleito de fixação e conferência de eficácia às similitudes entre as uniões ali chamadas “heteroafetivas” – ou seja, laceadas entre pessoas de sexo oposto –, e as homoafetivas – engendradas no plano fático entre pessoas do mesmo sexo.

O resultado final foi o reconhecimento, por unanimidade, a partir do voto do Ministro Relator Ayres Britto, de existência e validade jurídica à união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que observados os mesmos requisitos legais para a configuração da união estável entre homem e mulher: “durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família” (BRASIL, 2011).

O embate filosófico e também filológico entre visões de mundos igualmente presentes na sociedade brasileira bem reflete – e aqui a primeira conexão com o texto acadêmico estudado – a questão da dicotomia e a necessidade de “conciliação de posições” entre o *eu* e o *outro*.

Para Rosenfeld, “a questão do sujeito emerge da necessidade do confronto com o outro” (2003, p. 29), e obviamente a conciliação tende a ser perfeita apenas no campo da retórica, já que, segundo o mesmo autor, “não há como superar a separação entre o *eu* (*self*) e o *outro*”, e isso explica “o desejo [de uma comunidade política] de se tornar envolta por uma identidade constitucional compartilhada por todos” (2003, p. 111).

Assim, deve-se considerar que tanto a tese vencedora quanto a tese vencida no julgamento do STF poderiam, em abstrato, ser deduzidas do texto constitucional e defendidas dentro dele. Tal perspectiva aumentou a necessidade de a Corte extrair uma construção nova que, em vez de realçar os antagonismos, produzisse a aplicação da “vontade geral” – a qual, na visão de Rousseau (1762 apud ROSENFELD, 2003, p. 39), “não é nem a vontade do indivíduo, nem a da maioria”, e sim “a soma das diferenças

entre as vontades individuais, ou o ‘acordo de todos os interesses’ que ‘é produzido pela oposição recíproca de cada um com os demais’.”

A propósito do suposto dilema, destaque-se o que disse o Prof. Menelick de Carvalho Netto na apresentação do texto de Rosenfeld (2003, p. 15):

“A doutrina e os textos constitucionais atuais, como o da Constituição da República de 1988, aprenderam a lidar racionalmente com esse risco. As clássicas dicotomias que marcaram toda a construção e as distintas vivências constitucionais nos últimos dois séculos e meio de constitucionalismo não mais podem ser vistas como constituídas por polos antagônicos e excludentes entre si.”

Vale dizer que a tese vencida no julgamento do STF não se opunha – ao menos na ponta aparente –, ao reconhecimento pleiteado pelos autores das ações constitucionais. Limitava-se à questão da competência deliberativa, defendendo que a matéria deveria ser tratada exclusivamente pelo Congresso Nacional, uma vez que a Constituição brasileira utiliza expressamente os termos “homem e mulher” na conceituação de *família*.

A tese vencedora por sua vez, apresentou a constatação, nas palavras do Ministro Relator, de que:

“a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual ‘tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’ (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, e que me parece consagrada do que se poderia chamar de direito de não ter dever)” (BRASIL, 2011).

A Constituição portanto, segundo a tese vencedora, delegou esse aspecto para a vida privada do cidadão. Mas também constituíram fundamento da tese alguns relevantes e autoaplicáveis princípios constitucionais explícitos e implícitos, como a dignidade da pessoa humana, direito à busca da felicidade, pluralismo e proibição de discriminação injustificada.

Apesar da unanimidade verificada, houve divergência parcial no tocante à fundamentação do acórdão, já que três Ministros delegavam ao Congresso Nacional a conformação legislativa posterior da decisão judicial, para a definição dos direitos que seriam compartilhados pela nova forma de união recém-reconhecida.

A maioria da Corte, porém, endossou o voto do Ministro Relator Ayres Britto, que igualava em todos os aspectos as uniões estáveis entre pessoas, independentemente do sexo, inclusive mencionando expressamente, em cinco trechos, a questão patrimonial, de herança e de adoção de crian-

ças e adolescentes (itens 19, 40, 44, 48 e 49 do Voto), além de deixar implícita a possibilidade de conversão em casamento na parte dispositiva do acórdão, adiante transcrita. Aliás, no item 47, subitem II.1 o Voto expressamente nega a tradição de casamento civil entre “homem e mulher”, afirmando que a Constituição não usa tais substantivos ao tratar do instituto. Considerou-se, como um dos pressupostos para a decisão, que a definição de família na Constituição não se afigura excludente ou *numerus clausus*, de modo a admitir – como consectário lógico da ausência de proibição – a formatação de novos modelos derivados da autonomia da vontade.

Rosenfeld, sobre isso, transcreve fundamentos do voto do *Justice Brennan* no caso *Michel H. v. Gerald D.*, no mesmo sentido de que o conceito de “família”, no sistema jurídico, realmente não pode ser visto como taxativo:

“Ainda que concordemos [...] que a ‘família’ [...] seja parte da boa vida, é absurdo presumir que possamos concordar acerca do conteúdo desses termos e destrutivo pretender que estamos de acordo sobre esse conteúdo.” (2003, p. 101).

No acórdão, o Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011) (precisamente no item 44 do Voto) retoma o tema ao usar a metáfora de considerar a família como um “continente” apto a abarcar outras espécies não expressamente contempladas na Constituição, desde que verificada a comunhão de valores entre os seus componentes. Em termos objetivos, o STF, no uso de sua prerrogativa de “guardião da Constituição”¹, e mediante a técnica de “interpretação conforme”, produziu leitura constitucional do art. 1.723 do Código Civil², no sentido de:

¹ Cf. art. 12, *caput*, da CF/88.

² “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na

“excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva”³ (BRASIL, 2002, grifo nosso).

A decisão da Corte, que teve imediato efeito vinculante em face da Administração Pública federal, estadual e municipal e dos demais órgãos do Poder Judiciário⁴, efetivamente trouxe novos rumos ao tema, como bem vaticinado no voto do Ministro Celso de Mello:

“Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza certamente marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual” (BRASIL, 2011).

3. As conexões dialógicas específicas entre Rosenfeld e o STF

Os três elementos informados por Rosenfeld como ferramentas de reconstrução do discurso constitucional e identificados em julgamentos da Suprema Corte do EUA – negação, metáfora e metonímia – estão igualmente presentes no julgamento do STF sobre a união estável homoafetiva.

No presente tópico, a análise estará centrada prioritariamente no Voto do Ministro Ayres Britto – relator do processo judicial e cujas opiniões foram basicamente reprisadas pelos de-

convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

³ Cf. parte final da ementa do Acórdão (BRASIL, 2011). A respeito do trecho por nós destacado, a Constituição Federal prevê expressamente, entre as “consequências” da união estável heteroaferiva, a facilitação estatal para sua conversão em casamento – o que também consta da Lei nº 9.278/1996 como um dos direitos dos conviventes.

⁴ Cf. art. 102, § 2º, da CF/88.

mais que o acompanharam –, destacando-se pontualmente o conteúdo de algumas manifestações relevantes ou inovadoras dos demais julgadores.

Para evitar repetições dispensáveis, a referência ao Voto do Ministro Ayres Britto será feita doravante apenas como “Voto”, bem como à sua respectiva numeração por itens, conforme organização adotada pelo Ministro Relator.

Logo no início de seu Voto, o Ministro Relator refere-se ao “dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas”, para em seguida afirmar que é “quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva.” (item 16 do Voto). E reitera:

“Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora [...]” (BRASIL, 2011).

Há aqui a identificação de uma *tradição* – o dissenso sobre a preferência sexual do outro, quando difere do “padrão social de heterossexualidade” –, e em seguida uma *negação à tradição* – a partir da crítica de temeriedade para a estabilidade social, vetustez e conservadorismo. A repreensão crítica a essa tradição é retomada no item 27 do Voto, em que se coloca o preconceito reinante como “juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela [...], a ferro e fogo de u’a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo”; e novamente frisada no item 32, ao falar de “barreiras artificial e raivosamente erguidas”, embaraçamento de neurônios e “pequenez mental dos homens”.

No início do voto do Ministro Marco Aurélio também se verifica essa negação da tradição, quando, citando Hart, afirma que “visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica” (BRASIL, 2011, p. 810-811). Disso tudo emerge naturalmente, no discurso constitucional, o desejo e a justificação para o banimento daquilo que foi negado/repreendido, abrindo espaço para o posterior preenchimento da ausência (*lack*) criada. A postura do Voto em iniciar com a negação é coerente com a manifestação de Rosenfeld no sentido de que, citando Hegel, “é a negação que fornece o vínculo fundamental entre o estágio inicial, no qual emerge o sujeito como uma mera carência, como uma ausência, um hiato e o estágio final no qual o sujeito se torna substância” (2003, p. 51). E, como lembra Rosenfeld,

“os direitos constitucionais à liberdade são fundamentalmente contraditórios, pois enquanto pretensões à liberdade em uma comunidade política democrática (*polity*) consubstanciam afirmações do direito de discordar das normas e valores sustentados pela maioria” (2003, p. 97).

No item 26 do Voto, fala-se expressamente em “similitude” e promove uma metáfora ao comparar a situação dos homossexuais, para o fim de assegurar a igualdade civil-moral, à situação dos “negros, índios, mulheres, portadores de deficiência física e/ou mental”, acrescentando no item 28 o “nordestino” e “pessoas de pele avermelhada” (todos também alvo de injusto “preconceito da maioria”), utilizando assim um dos elementos de eficácia apontados por Rosenfeld, quando diz que “o pensamento metafórico conduz a um nível abstrato no qual cada indivíduo é igual a qualquer outro indivíduo” (2003, p. 67).

Nova metáfora de aproximação entre heterossexuais e homossexuais, dessa vez sob o pano de fundo do direito à busca da felicidade, é utilizada no item 34 do Voto: “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.” E, atendendo à assertiva de Rosenfeld de que a “é através dessa interação [entre negação, metáfora e metonímia] que o discurso constitucional adquire um sentido determinado” (2003, p. 50), traz o item 32 uma metonímia ao afirmar que a proteção da dimensão sexual implica proteção do próprio ser humano como um todo, em seu aspecto psicossomático e espiritual. No item 38, subitem II, é reiterada essa metonímia, lançando a proteção da “preferência sexual” como proteção do próprio indivíduo.

O Voto atesta, ao final do item 32 e também no item 38, subitem III, que a sexualidade e o sexo entre adultos são protegidos pelo direito à intimidade e à privacidade. No mesmo item 38, subitem V, cria-se uma similitude entre as diversas manifestações de sexualidade (absenteísmo, onanismo, intercurso, emparceiramento), igualando-as sob o mesmo manto da “liberdade sexual”, e concluindo (subitem VI) que “todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade”.

Interessante observar que quando a Suprema Corte dos EUA julgou o caso *Bowers v. Hardwick*, chegou a conclusão exatamente oposta, tendo decidido que o sexo homossexual entre adultos não integraria o direito à privacidade, mantendo-se, na época, a intolerância que a legislação norte-americana estampava sobre o assunto. E, como lembra Rosenfeld (2003, p. 72), “para combater a metáfora do indivíduo autônomo que decide por si só, com plena responsabilidade e dignidade, acerca de suas

associações íntimas, os ministros da maioria recorreram essencialmente à contextualização metonímica”.

Aliás, em ambos os julgamentos – o da Suprema Corte norte-americana e o da brasileira –, foi rememorado o histórico da criminalização do sexo homossexual⁵. Lá, porém, isso serviu, segundo Rosenfeld, para “apresentar o sexo homossexual como um ‘desvio’ ou uma ‘anormalidade’, e assim torná-lo discernível do tipo de sexo merecedor da proteção constitucional” (2003, p. 73). Aqui, ao contrário, serviu corretamente para evidenciar a total incompatibilidade da postura antiga com os novos tempos. No mesmo item 26, o Voto associa o pluralismo ao “bem”:

“Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’ (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). ‘Bem de todos’, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, ‘bem de todos’ enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade.”

E nisso, novamente, se aproxima de Rosenfeld (2003, p. 54), no trecho em que este preconiza “a implantação do pluralismo como uma concepção abrangente (*comprehensive*) do bem”, afirmando ainda que “em termos mais amplos, o pluralismo busca promover a maior diversidade possível de concepções de bem como meio para a maximização da autonomia e dignidade humanas”.

Outro tópico de interessante correlação entre os dois textos revela-se quando, no mesmo item 26, o Voto afirma que “o pluralismo serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários”, o que é corroborado por Rosenfeld (2003, p. 74) a dizer que “ao constitucionalismo importa o pluralismo e a heterogeneidade”.

O voto do Ministro Marco Aurélio reiterou com clareza a questão da laicidade do Estado brasileiro (BRASIL, 2011, p. 813):

“As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.”

⁵ Cf. Voto do Ministro Celso De Mello (BRASIL, 2011).

E para Rosenfeld (2003, p. 21) essa postura é altamente recomendável:

“em um país com um forte compromisso constitucional com o pluralismo religioso, a identidade constitucional não somente deve se discernir de qualquer identidade religiosa, mas deve se colocar como uma barreira contra a possibilidade de a identidade nacional tornar-se subserviente aos dogmas fundamentais de qualquer religião.”

Quanto à afirmação no Voto do Ministro Ayres Britto, já mencionada no início deste artigo, de que a Constituição brasileira nada disse sobre o tema em debate, Rosenfeld (2003, p. 18-19) já anunciava que tal incompletude do texto constitucional é até mesmo intrínseca à sua natureza:

“Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de contemplar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis.”

O voto do Ministro Celso de Mello traz profunda abordagem histórica, com aspectos fáticos e legislativos, narrando a repressão, o preconceito, a intolerância e a incompreensão que os grupos dominantes dirigiam contra os homossexuais. Essa percepção – de que o passado pré-moderno estampa casos em que a opção da maioria se dava mais pela supressão ou subordinação e menos pela tolerância ou acomodação – também não escapou a Rosenfeld (2003, p. 30):

“Não se pretende dizer com isso que o mundo pré-moderno não experimentou sua dose própria de dissenso e de conflito interno, mas que ele tendia muito mais a suprimir ou subordinar os dissidentes do que a tolerar ou a acomodar aqueles que não se submetiam ao sistema normativo de valores endossado oficialmente.”

E adiante, prossegue no tema o autor, que afirma: “antes da constitucionalização, esses interesses eram presas fáceis das tradições religiosas, dos costumes historicamente enraizados, da vontade das maiorias políticas, dos editos de um monarca.” (2003, p. 99). Faltava encontrar o motivo das repetidas menções do texto constitucional à expressão “homem e mulher”. Neste ponto, após análise concreta, o Voto do Ministro Ayres Britto recorre à contextualização para definir que a ideia do legislador de época foi atestar em definitivo a emancipação da mulher na sociedade brasileira, repudiando cabalmente o preconceito e a descabida pecha de inferiori-

zação de que a mulher era vítima. Do mesmo modo afirma o Voto que “numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz” (BRASIL, 2011, p. 653).

Tal tipo de avaliação contextualizada encontra ressonância em Rosenfeld (2003, p. 40), ao lembrar que o discurso constitucional:

“deve ser construído, sobretudo, a partir de um texto constitucional que deve ser localizado em seu contexto próprio, levando em conta as restrições normativas e factuais relevantes. Como o texto é dependente do contexto e como o contexto é aberto-a-finalidades (*open-ended*) e sujeito a transformações ao longo do tempo, o sujeito constitucional precisa recorrer ao discurso constitucional para inventar e reinventar a sua identidade.”

E nesse aspecto, ao fazer referência ao caso norte-americano *Roe v. Wade* (em que, como dito, se reconheceu um direito constitucional ao aborto), Rosenfeld afirma expressamente que “envolveu construção criativa judicial” (2003, p. 45) – manifestando assim concordância com a prerrogativa das cortes constitucionais de verdadeiramente inovar na projeção de imagem da identidade constitucional.

A divergência havida no acórdão do STF, como dito no início deste artigo, partiu exatamente da compreensão de qual seria a força das restrições normativas e factuais, centrando-se o debate nos limites de atuação da Corte, ou seja, se poderia ou não promover construção criativa. O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, objetivando o estabelecimento de uma identidade constitucional referente ao tema para o respaldo de seu ponto de vista – igualmente respeitável, obviamente –, tentou resgatar os debates históricos dos parlamentares constituintes, quando da

aprovação do art. 226, § 3º da Constituição. E o fez inclusive com a transcrição literal de trecho das manifestações de época, buscando assim o “entrelaçamento” mencionado por Rosenfeld (2003, p. 17):

“Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras.”

O desiderato, porém, não foi atingido – a tese da necessidade de uma posterior conformação legislativa da decisão judicial foi superada. E o motivo desta superação também é fornecido por Rosenfeld (2003, p. 17-18):

“O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade. Ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente. E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída.”

Em nota de rodapé, prossegue o autor:

“não é óbvio que seja recomendável congelar a identidade constitucional no momento de seu nascimento. Mas ainda que esse congelamento seja considerado desejável, seria autocontraditório pois os próprios constituintes tinham a intenção de criar o delineamento de uma moldura capaz de satisfazer as necessidades das gerações futuras” (ROSENFELD, 2003, p. 18).

Rosenfeld (2003, p. 36) novamente volta ao tema, adiante no texto, ao mencionar o vazio,

a ausência (*lack*) da identidade do sujeito constitucional, “gerado pela distância que separa a autoimagem própria dos constituintes daquela da forma política constitucional pluralista”.

É certo, porém, que a decisão do STF não impede a eventual atividade legislativa futura sobre o mesmo tema: o próprio Ministro Ayres Britto cuidou de ressaltar que “nossa decisão [...] é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo” (BRASIL, 2011, p. 877). E Rosenfeld (2003, p. 23) ensina que “a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão”, concluindo que:

“A tomada de decisão constitucional sempre se dá sob condições que excluem a possibilidade de uma determinação plena, o que torna a construção necessária. De fato, a tomada de decisão constitucional envolve a construção na medida em que as questões constitucionais sempre requerem escolhas entre duas ou mais alternativas plausíveis” (ROSENFELD, 2003, p. 44).

Porém, cabe ressaltar que, nessa situação especificamente considerada, a futura atividade legislativa deverá observar os parâmetros constitucionais indelevelmente definidos pela Corte como aplicáveis ao caso, sob pena de incidir, em tese, no vício de inconstitucionalidade material.

Enfim, o Voto do Ministro Luiz Fux reconhece à decisão do STF um caráter de emancipação de opções da sociedade brasileira, dizendo: “Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas” (pág. 681 do acórdão). E nisso igualmente segue Rosenfeld (2003, p. 92), quando este afirma que “a Constituição é, a um só tempo, coercitiva e emancipatória”.

A decisão, de fato, significou renovação ou reinvenção sociocultural, o que, apesar de ter

sofrido crítica de alguns setores conservadores da sociedade, é perfeitamente legitimado por Rosenfeld (2003, p. 93-94):

“Como a identidade constitucional deve promover a reconciliação ou o equilíbrio entre o self e o outro, a identidade e a diferença, a imposição coercitiva e a emancipação, a herança sócio-cultural e a renovação ou reinvenção sócio-cultural, os aspectos mais privilegiados ao longo da via metafórica e da metonímica serão mais provavelmente os mais adequados – nos termos das circunstâncias específicas envolvidas – para se alcançar a maioria, senão a totalidade, desses objetivos.”

4. Conclusões

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento sobre a união homoafetiva, lidou de modo patente com o necessário papel contramajoritário inerente ao direito constitucional. Tal circunstância estava presente na consciência do colegiado, e o seu conteúdo, nesse particular, foi muito bem definido no Voto do Ministro Celso de Mello:

“Examinando, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica” (BRASIL, 2011, p. 845).

Ao conferir ao art. 1.723 do Código Civil uma espécie de “interpretação *ativa* conforme à Constituição”, a Corte, mediante um Voto

condutor racional e com discurso inteligentemente mesclado de negações, metáforas e metonímias, lançou novas luzes à democracia brasileira, com o realce da necessária observância do pluralismo.

A releitura da Constituição respaldada nos novos tempos obviamente não cria uma identidade constitucional definitiva – porquanto perduram as diferenças de entendimento e visão de mundo na sociedade brasileira –, mas evidencia que o aperfeiçoamento de escolhas é tarefa beneficentemente aberta e ininterrupta. Isto, enfim, é o que foi brilhantemente alcançado pelo STF, e também, a seu turno, pelo mestre Michel Rosenfeld (2003, p. 114):

“O ideal de integrar todas as diferenças, embora inalcançável, fornece uma útil finalidade crítica que opera como um contrafactual pensado para nos recordar que todas as identidades constitucionais são falhas, insuficientes e sempre em constante carência de maior aperfeiçoamento e finalização.”

Referências

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe, 13 dez. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 12 ago. 2013.

_____. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.