** RASCUNHO: para uso exclusivo no âmbito do Colóquio de Professores da FD-USP; **não divulgar sem autorização!** **
Tradução, ainda não revisada pelo autor, do texto "Same-sex marriages and civil unions: is winning in the court all that matters?"

Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa?

Virgílio Afonso da Silva*

"One should always play fairly...
when one has the winning cards"
(Oscar Wilde, *An Ideal Husband*, Act 1, 1895)

1. Introdução

Seguindo uma tendência internacional de expandir os conceitos de casamento e união estável para incluir casais do mesmo sexo, o Supremo Tribunal Federal recentemente decidiu, por unanimidade, que o artigo 1723 do código civil brasileiro, que define o conceito de união estável como a união entre o homem e a mulher, deve ser interpretado de forma a permitir que duas pessoas do mesmo sexo celebrem uma união estável. Neste artigo, pretendo analisar essa decisão. Não pretendo, no entanto, analisar os aspectos substantivos do casamento entre pessoas do mesmo sexo, nem em abstrato nem no caso específico do Brasil. O foco deste artigo é mais formal e procedimental. Argumentarei que, do ponto de vista formal e procedimental, o caso brasileiro difere de todas as demais experiências de ampliação do conceito de casamento ou união estável[1] nas últimas décadas e apresenta várias questões problemáticas.

É preciso enfatizar desde já que a passagem da típica análise substantiva para uma análise formal e procedimental não é de maneira alguma uma estratégia para atacar casamentos entre pessoas do mesmo sexo por outros meios. Ao contrário: como ficará claro ao longo deste artigo, no que diz respeito ao desfecho substantivo da decisão brasileira, não há divergências relevantes entre a minha posição sobre o assunto e a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, se há alguma divergência, é porque considero que não só a união estável mas também o casamento

* Virgílio Afonso da Silva (vas@usp.br) é professor titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Este artigo foi parcialmente escrito durante minha estadia de pesquisa na Universidade Humboldt de Berlim. Agradeço a Dieter Grimm, meu anfitrião acadêmico em Berlim, e à Fundação Humboldt, que me concedeu uma Humboldt Research Fellowship for Experienced Researchers. Também gostaria de agradecer a Kai Möller, David Bilchitz, Conrado H. Mendes, Octávio Ferraz, Carlos Bernal Pulido, Ligia Fabris Campos e Daniel Sarmento por seus comentários a uma versão preliminar deste artigo.

1 Neste trabalho, o termo "união estável" será empregado para descrever genericamente uma forma de parceria, semelhante ao casamento, formalmente reconhecida pelo direito. Estou ciente de que cada país pode definir a configuração específica da união estável de forma diferente. Todavia, em nome da simplicidade, deixei de lado todas possíveis variações conceituais. Para um bom relato sobre as diferenças entre união estável e casamento e por que há uma luta sobre essa questão, ver, por exemplo, David Bilchitz e Melanie Judge, *For Whom Does the Bell Toll? The Challenges and Possibilities of the Civil Union Act for Family Law in South Africa* 23 SOUTH AFRICAN JOURNAL ON HUMAN RIGHTS 466–499 (2007).

deveria ter sido estendido a casais do mesmo sexo.[2] De um ponto de vista substantivo, considero que limitar tanto o casamento quanto a união estável a casais de sexos diferentes é algo inconciliável com diversos princípios constitucionais, sendo o mais evidente deles a igualdade perante a lei. Dito isso, aceito, como premissas substantivas subjacentes deste artigo, os principais argumentos substantivos apresentados em decisões tomadas por parlamentos assim como algumas cortes constitucionais nos últimos anos.[3]

Para sustentar que o caso brasileiro, embora semelhante na substância, ainda assim difere do caso de outros países, este artigo é organizado da seguinte forma: nos tópicos 2 e 3, apresento um breve resumo da ação proposta e da decisão do Supremo Tribunal Federal. Depois, nos tópicos 4 a 6, tentarei estabelecer uma conexão entre duas dicotomias: parlamentos[4] e cortes e normas e instituições. Em seguida, no tópico 7, tentarei analisar como o Supremo Tribunal Federal em geral lida com a ideia de deferência. Para fornecer uma alternativa ao discurso de deferência puramente retórico dessa corte, no tópico 8 usarei exemplos de direito comparado, especialmente da África do Sul e da Colômbia. Esses exemplos do direito comparado mostram que a estratégia adotada pelo Supremo Tribunal Federal – que chamo de contorno institucional (*institutional bypass*) – não só era desnecessária como também trouxe diversos problemas, que analiso no tópico 9. O tópico 10 é a conclusão deste artigo.

2. A ação

Duas ações de controle de constitucionalidade concentrado distintas, mas muito semelhantes, questionando uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal. A primeira, a ADPF 132, foi ajuizada pelo governador do estado do Rio de Janeiro em 27 de fevereiro de 2008 e a segunda, a ADPF 4277[5], foi ajuizada pela procuradora-geral da república em 2 de julho de 2009. Devido às suas semelhanças, ambas foram decididas conjuntamente.

---

2 Com todas as consequências que um casamento tradicional implica, especialmente a possibilidade de adoção.

3 Para mais argumentos, entre a vasta literatura sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, ver, por exemplo, WILLIAM N. ESKRIDGE JR., THE CASE FOR SAME-SEX MARRIAGE: FROM SEXUAL LIBERTY TO CIVILIZED COMMITMENT (Free Press 1996); William N. Eskridge Jr., *Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition* 31 MCGEORGE L. REV. 641–672 (2000); Martha Nussbaum, *A Right to Marry? Same-Sex Marriage and Constitutional Law* 56 DISSENT 43–55 (2009).

4 Ao longo deste artigo, usarei muitas vezes o termo "parlamento" para me referir genericamente ao poder legislativo. Quando precisar ser mais específico, especialmente ao me referir ao poder legislativo brasileiro, usarei o termo "congresso".

5 ADPF e ADI são siglas referentes a duas ações de controle de constitucionalidade concentrado que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal. As diferenças de escopo entre essas ações não são relevantes aos objetivos deste artigo.

Em resumo, as duas ações sustentavam que a restrição da união estável a casais de sexos diferentes é incompatível com vários princípios constitucionais, especialmente: a proteção da dignidade humana (art. 1º, III, da constituição brasileira), a proibição de qualquer forma de preconceito (art. 3, IV), a igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*), a liberdade (art. 5º, *caput*) e a segurança jurídica (art. 5º, *caput*).

As duas ações também lidavam de maneira semelhante com o fato de que a constituição brasileira explicitamente prevê que as uniões estáveis são uniões entre "o homem e a mulher" (art. 226, § 3º).[6] Defendiam que esse dispositivo deveria ser interpretado "teleologicamente", querendo dizer, acima de tudo, que, uma vez que o dispositivo havia sido incluído na constituição de forma a *expandir* a proteção de pessoas que decidiram não se casar, apenas conviver, seria contraditório usá-lo agora para *restringir* a proteção de casais simplesmente porque o texto se refere a "homem e mulher".

Além disso, o requerente na ADI 4277 sustentava que, como a questão envolve vários direitos constitucionais básicos, não seria possível aguardar até que o legislador resolvesse a questão. Similarmente, a requerente na ADPF 132 sustentava que a ausência de regulação de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo deveria ser resolvida por uma aplicação (judicial) analógica do art. 1723 do código civil brasileiro, que regula uniões estáveis entre pessoas de sexos opostos.

3. A decisão

Resumir decisões do Supremo Tribunal Federal ou encontrar sua *ratio decidendi* é uma tarefa muito difícil. Por conta do estilo de tomada de decisão por votos em série e devido ao fato de que, rigorosamente, não há uma opinião da corte, mas apenas uma série de onze votos escritos, é quase sempre difícil e muitas vezes impossível encontrar claramente quais foram as razões subjacentes de uma dada decisão,[7] mesmo que seja possível chegar ao resultado por meio de algum esquema binário como "constitucional/inconstitucional". Os dois únicos produtos finais coletivos desse processo decisório são a ementa e o acórdão. Aquele é um resumo da decisão (em geral, não mais que algumas frases[8]); este é um tipo de "placar final", um texto bem breve (em geral, um ou dos parágrafos) que indica se a decisão foi unânime ou por maioria e se a lei foi considerada constitucional ou inconstitucional, no todo ou em parte.

6 Constituição brasileira, art. 226, § 3º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

7 Ver ....

8 No caso da decisão sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a ementa foi um pouco mais longa e detalhada que o usual.

No Supremo Tribunal Federal, as sessões plenárias em geral são "sessões de leitura de voto" em vez de "sessões deliberativas". Isso significa que em geral todos os onze ministros já têm seus votos escritos quando a sessão inicia. Em outras palavras: os ministros escrevem seus votos sem conhecer o voto do relator (ou de qualquer outro colega).[9]

Assim, embora tomada por unanimidade, a decisão sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo segue esse padrão, i.e. é impossível identificar claramente suas razões subjacentes, ainda que seja possível chegar ao resultado da decisão por meio do placar final: todos os ministros votaram a favor de permitir uniões estáveis entre pessoas do mesmo no Brasil. Nos parágrafos a seguir, buscarei resumir os argumentos trazidos pelo relator do caso, ministro Ayres Britto, e ao longo do artigo também mencionarei argumentos de outros ministros.[10]

O ministro Ayres Britto decidiu que o art. 1723 do código civil brasileiro (o artigo que regula as uniões estáveis no Brasil) deveria ser objeto de "interpretação conforme a constituição", o que ele tomou como proibir qualquer interpretação que negue o *status* de família a casais do mesmo sexo. Além disso, o reconhecimento de parceiros do mesmo sexo como uma entidade familiar deveria seguir as mesmas regras e ter as mesmas consequências que nas uniões estáveis entre pessoas de sexos diferentes.[11] Como é frequente no Supremo Tribunal Federal, o voto do ministro Ayres Britto está mais próximo de um raciocínio de estilo enciclopédico do que de uma decisão judicial. Depois de várias páginas citando filósofos e juristas (assim como poetas e compositores), ele resume sua justificativa com os seguintes passos: a constituição brasileira proíbe expressamente qualquer tipo de preconceito, incluindo aquele baseado em gênero. Para ele, disso subentende-se que qualquer forma de preconceito baseada na orientação sexual também deve ser considerada como constitucionalmente proibida.[12] Em seguida, ele analisa o conceito de família. Para ele, a parte mais importante do art. 226 é o *caput* do artigo ("A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"), não seus parágrafos. Assim, embora os parágrafos mencionem "homem e mulher", o *caput* se refere apenas a "família", e é a família – e não este ou aquele tipo de casamento ou união estável – que tem proteção especial do Estado.[13] Conforme o entendimento do ministro, a família é

9 Ver .... Analisarei alguns efeitos concretos desse processo decisório abaixo, no tópico dedicado ao casamento e à adoção.

10 Além do relatório e do voto do relator, outros nove ministros apresentaram seus votos escritos. O décimo primeiro ministro se declarou impedido, em razão do fato de que ele — tendo sido o advogado-geral da união antes de se tornar ministro no Supremo Tribunal Federal — tinha escrito um parecer sobre a questão.

11 Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132, voto escrito do ministro relator (Ayres Britto), p. 656 (a decisão está disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>).

12 Ibid, p. 640.

13 Ibid, p. 644.

um fato cultural e não biológico. Portanto, é irrelevante se a família é constituída formal ou informalmente e menos ainda se é composta de casais de sexos diferentes ou do mesmo sexo.[14] Em outras palavras, ele argumentou que é o conceito de família que deveria guiar a interpretação de todos os outros parágrafos e artigos desse capítulo da constituição, e não o contrário.

Embora os pedidos dos requerentes estivessem relacionados ao conceito de união estável, o ministro Ayres Britto quase ignorou o dispositivo constitucional a respeito (art. 226, §3º). Ele limitou-se a argumentar que esse dispositivo não pode ser interpretado de forma reducionista[15] e que, embora a constituição mencione que uniões estáveis são uniões entre o homem e a mulher, ela não proíbe outros tipos de uniões estáveis que possam vir a ser criados. Nos tópicos a seguir, buscarei analisar a decisão do Supremo Tribunal federal estabelecendo uma conexão entre duas dicotomias: parlamentos e cortes e normas e instituições.

4. Parlamentos, cortes e constituições

Um dos principais problemas procedimentais que subjazem ao debate sobre casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo é um debate sobre competência e legitimidade. Esse debate toma a forma de uma dicotomia entre parlamentos e cortes:[16] a decisão sobre se se pode permitir que casais do mesmo sexo casem ou estabeleçam uniões estáveis deve ser tomada pelo legislativo, em razão de seu *pedigree* democrático, ou essa é uma questão de interpretação constitucional e legal, bem como um problema de proteção de direito das minorias, que não só é aberta às cortes mas exige sua participação?[17]

Ainda que esse debate seja de importância fundamental, ele tem sido conduzido sem se levar em conta textos constitucionais e contextos. Assim como o debate geral sobre controle de

14 Ibid.
15 Ibid, p. 653.
16 Essa forma dicotômica de descrever o que está em jogo não ocorre apenas no debate sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo. É uma característica de todos os debates sobre questões que envolvem desacordos morais e o direito. Um exemplo de um debate mais abrangente que também aparece em geral de forma dicotômica é o debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade das leis nos últimos dez ou vinte anos, especialmente por parte de Jeremy Waldron e seus críticos. Ver, por exemplo, Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review* 115 YALE LAW JOURNAL 1346–1406 (2006). Ver também a edição especial do International Journal of Constitutional Law (vol. 7:1, 2009) dedicada à discussão das ideias de Waldron.
17 Não é preciso dizer que essas duas alternativas (legislativo vs. corte) não são mutuamente excludentes, i.e., não é uma questão de isto ou aquilo. Na verdade, ativistas e litigantes (dos dois lados da controvérsia) fazem uso estratégico dessas duas possibilidades. Para o caso do Brasil, ver Shawn Schulenberg, *Policy Stability without Policy: The Battle over Same-Sex Partnership Recognition in Brazil*, *in* SAME-SEX MARRIAGE IN THE AMERICAS: POLICY INNOVATION FOR SAME-SEX RELATIONSHIPS (ed. Jason Pierceson, Adriana Piatti-Crocker, e Shawn Schulenberg, Lexington Books 2010).

constitucionalidade das leis tem em geral sido conduzido sem se levar em conta os diferentes contextos constitucionais e variáveis institucionais de cada país,[18] a dicotomia parlamentos vs. cortes dentro da discussão sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo também ignora o fato de que, dependendo, entre outras coisas, de se e como uma dada constituição define os conceitos de casamento ou de união estável, escolher um ou outro caminho institucional para estender tais definições a casais do mesmo sexo pode ser uma questão que não está completamente aberta à escolha.

Neste artigo, pressuponho uma relação bem direta entre a regulação constitucional do casamento (e da união estável) e a possibilidade de que as cortes decidam sozinhas sobre se casais do mesmo sexo podem se casar ou constituir união estável. Essa relação pode ser estabelecida da seguinte forma: quanto mais detalhada a regulação da questão e mais específica quanto ao gênero for, menos liberdade as cortes têm para resolver a questão sozinhas. Dois exemplos simples são suficientes para ilustrar o que isso significa.

> A constituição do país *A* declara que "todos são iguais perante a lei" e não contém qualquer regra a respeito de casamento ou união estável. Uma lei ordinária no país *A* (um código civil, por exemplo) estabelece que casamento é "a união entre o homem e a mulher".
>
> A constituição do país *B* não só estabelece que "todos são iguais perante a lei", mas também que casamento e união estável são uniões "entre o homem e a mulher". Uma lei ordinária no país *B* (um código civil, por exemplo) tem um artigo com exatamente o mesmo texto, estabelecendo que casamento e união estável são uniões "entre o homem e a mulher".

Parece plausível sustentar que a corte constitucional do país *A* tem mais liberdade interpretativa que a corte constitucional do país *B*. Entre outras coisas, isso significa que a corte constitucional do país *A* pode mais facilmente declarar inconstitucionais e inválidos os artigos do código civil que restringem casamento e união estável apenas a casais de sexos diferentes, sustentando que são incompatíveis com o princípio da igualdade.

Em contraste, seria difícil para a corte constitucional do país *B* declarar inconstitucional e inválido um artigo do código civil que fosse *uma cópia perfeita* de um artigo da constituição. Se controle de constitucionalidade das leis significa verificar a compatibilidade de leis ordinárias frente à constituição de um dado país, é difícil que haja algo mais compatível do que uma cópia precisa do texto constitucional.

18 Ver ....

Se essa minha suposição é correta, então – pelo menos do ponto de vista do direito constitucional – vale a pena saber como uma dada constituição regula o tema antes de decidir qual caminho está aberto a ser trilhado na busca pela igualdade perante a lei em sentido material.[19]

Os dois exemplos que mencionei acima – uma constituição sem qualquer dispositivo sobre casamento e uma constituição com uma regulação a respeito que seja específica quanto ao gênero – são, é claro, apenas dois pontos dentre de um espectro de possibilidades. Há também outras possibilidades intermediárias, a mais comum delas seria uma constituição que tem determinações gerais sobre casamento e união estável, mas sem fazer menção a gênero.[20]

Para os propósitos deste artigo, é possível estabelecer uma classificação simples de textos constitucionais em três grandes categorias: (i) constituições sem qualquer dispositivo sobre casamento ou união estável; (ii) constituições com dispositivos sobre casamento e/ou união estável que sejam neutras quanto ao gênero; (iii) constituições com dispositivos sobre casamento e/ou união estável em que gêneros sejam expressamente determinados. Com base nessa classificação, é possível organizar constituições ou documentos constitucionais dos países em que casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo são permitidos em duas tabelas como a seguir: [21]

tabela 1: regulação constitucional em países que permitiram casamento entre pessoas do mesmo sexo

nenhum dispositivo	dispositivos neutros quanto ao gênero	dispositivos específicos quanto ao gênero
África do Sul, Argentina, Bélgica, Canadá[22], Dinamarca, Islândia, Noruega, Suécia, Países Baixos	Portugal (art. 36)	Espanha (art. 32)

19 A observação "do ponto de vista do direito constitucional" é importante aqui para ressaltar que meu objetivo não é analisar desfechos substantivos. Portanto, de outros pontos de vista (o mais óbvio exemplo sendo o ponto de vista da litigância estratégica), o que conta como legítimo pode ser muito diferente.

20 Além de possibilidades intermediárias, poderia haver ainda possibilidades mais extremas, por exemplo uma constituição que não só contém dispositivos sobre casamento que são específicos quanto ao gênero, mas também expressamente proíbe casamento entre pessoas do mesmo sexo, como é o caso em diversas constituições estaduais nos Estados Unidos.

21 Nessas duas tabelas incluo apenas países em que casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo são permitidos nacionalmente. Dessa forma, não incluo países em que casamentos ou uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo são permitidos apenas dentro de certas entidades subnacionais, como estados numa federação.

22 Embora o Canadian Constitution Act, de 1867, refira-se a casamento (e divórcio), isso se dá com o único propósito de conferir poder para que o parlamento nacional edite leis a respeito de casamento, assim afastando legislações provinciais sobre esse assunto. Ver o Canadian Constitution Act, 1867, section 91(26).

tabela 2: regulação constitucional em países que permitiram apenas união estável entre pessoas do mesmo sexo

nenhum dispositivo[23]	dispositivos neutros quanto ao gênero	dispositivos específicos quanto ao gênero
Alemanha, Andorra, Áustria, Eslovênia, Finlândia, Hungria, Irlanda, Liechtenstein, Luxemburgo, República Tcheca, Suíça, Uruguai	Colômbia (art. 42[24]), Equador (art. 68)	Brasil (art. 226, § 3)

O que essas tabelas mostram é que dez dos onze países em que a definição de casamento foi estendida a casais do mesmo sexo têm constituições sem qualquer dispositivo substancial sobre casamento. E entre os países em que se estenderam aos casais do mesmo sexo as uniões estáveis mas não os casamentos, 13 têm constituições sem qualquer dispositivo sobre esses tipos de união, dois têm dispositivo neutros quanto ao gênero[25] e apenas um – o Brasil – tem dispositivos sobre uniões estáveis (assim como sobre casamentos) que são específicas quanto ao gênero.

Essas duas tabelas podem reforçar as suposições que afirmei acima. É difícil que seja uma coincidência que todos os países que foram mais longe na garantia da proteção igualitária e do tratamento igualitário de casais de sexos diferentes e do mesmo sexo tenham constituições que não regulam o assunto.

Entretanto, alguém poderia sustentar que a tabela 2 enfraquece minha suposição, uma vez que levanta a questão sobre por que os países da primeira coluna estenderam aos casais do mesmo sexo a definição de união estável, mas não de casamento. Em outras palavras, se a constituição se mantém em silêncio a respeito desse assunto, por que eles não foram ainda mais longe, estendendo não só a definição de união estável, mas também de casamento?

Esse tipo de objeção, todavia, interpreta mal minha suposição. Não afirmo que a ausência de regulação constitucional sobre casamento (ou união estável) promove a extensão da definição de casamento (ou união estável) para casais do mesmo sexo. Tal suposição seria não só implausível e

23 Além dos países mencionados nessa coluna, Nova Zelândia e Reino Unido também deveriam ser mencionado como países que permitiram uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, não os incluo nessa tabela porque no caso deles não é possível estabelecer uma verdadeira relação de hierarquia entre documentos constitucionais e leis ordinárias.

24 A constituição colombiana regula tanto casamento quanto união estável exatamente no mesmo artigo (art. 42). É portanto uma questão de interpretação se a menção a "homem e mulher", ligada ao conceito de casamento, refere-se apenas aos casamentos ou também às uniões estáveis. Para uma breve discussão sobre essa questão, ver o voto do ministro Araujo Renteria na decisão sobre uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo na Colômbia (Decisão 29/2009, de 29.jan.2009, disponível em espanhol em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>).

25 Os dois países são Colômbia e Equador. O caso da Colômbia é um pouco mais complexo que o do Equador. Sobre aquele, ver a nota 24, acima; sobre este, ver a nota 48, abaixo.

ingênua, mas também seria facilmente refutável, dado que as constituições da maioria dos países em que casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo não são permitidos são constituições sem qualquer dispositivo sobre o assunto. O que sustento é algo menos ambicioso, a saber, que quanto mais uma constituição regula o assunto, menos liberdade interpretativa há para estender a definição de casamento e união estável a casais do mesmo sexo.

Mas há ainda mais uma objeção que também é possível. Embora minha suposição – como eu acabo de sustentar – não atribua um efeito promotor a silêncios constitucionais, ela claramente estabelece alguns efeitos às regras constitucionais, tendo em vista que pressupõe que se uma constituição regula o assunto em minúcias e o faz de alguma maneira específica quanto ao gênero (i.e., falando não simplesmente de "pessoas" ou "cônjuges", mas de "homem e mulher" ou "mulher e homem")[26], há menos margem para estender a definição de casamento a casais do mesmo sexo. Mas se isso fosse verdadeiro, como se poderia explicar o caso da Espanha, um país com uma constituição que contém um dispositivo sobre casamento específica quanto ao gênero e que ainda assim estendeu sua definição para incluir casais do mesmo sexo? Discutirei essa questão abaixo.[27]

Estou ciente de que, para muitos autores, minha suposição parece dar muito peso à dimensão textual da interpretação constitucional. E, de fato, no debate acadêmico não só antes mas também depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, toda tentativa de enfatizar o ônus argumentativo estabelecido pelo art. 226, §3º da constituição brasileira ("...união estável entre o homem e a mulher...") foi prontamente rotulada de formalismo[28] ou mesmo positivismo.[29]

Essa objeção é, pelo menos no caso brasileiro, muito estranha. Em primeiro lugar, porque todas as normas que são usadas para justificar a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo também são normas constitucionais escritas (que, é claro, têm sido interpretadas bem literalmente). E ainda que possa ser verdade que nem todo dispositivo constitucional deve ser

26 Embora "específico quanto ao gênero", um termo que uso ao longo de todo artigo, não signifique necessária e conceitualmente "homem e mulher", na realidade dos textos constitucionais por todo o mundo há uma coincidência entre ambos. Em outras palavras, uma constituição que empregasse a expressão "homem e homem" ou "mulher e mulher" também seria específica quanto ao gênero. Mas como – pelo menos até onde sei – nenhuma constituição emprega essas expressões, "específico quanto ao gênero" se torna, pelo menos estatisticamente, sinônimo de "homem e mulher".

27 Ver tópico 5.2.

28 Ver, por exemplo, Adilson José Moreira, *We Are Family! Legal Recognition of Same-Sex Unions in Brazil* 60 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 1003–1042, 1025, 1036 (2012). Em português, ver Cristiano Chaves de Farias and Nelson Rosenvald, *Introdução aos princípios constitucionais do direito de família*, *in* DIREITO DAS FAMÍLIAS 64 (2ª ed., Lumen Juris 2010).

29 Ver, por exemplo, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, *União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial* 14 REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES, 70 (2010)

interpretado de forma igualmente literal em todos os casos – já que pode haver inúmeras razões para tomar o significado das palavras mais ou menos literalmente em diferentes contextos – também é verdade que as razões para que se tomem as palavras menos literalmente em alguns casos devem ser expressamente apresentadas. Apenas jogar com rótulos como "formalismo" e "positivismo" está longe de ser suficiente.

A objeção do formalismo ou textualismo é ainda mais estranha no debate brasileiro devido a um argumento adicional que foi usado não só no contexto acadêmico, mas também no judicial. De acordo com o requerente na ADI 4277, a prevalência do princípio da igualdade perante a lei sobre a disposição que limita uniões estáveis a casais de sexos diferentes "ruiria por terra se houvesse vedação textual à união entre pessoa do mesmo sexo".[30] Um argumento semelhante foi levantado por Sarmento: "Se houvesse expressa determinação constitucional excluindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo do rol das entidades familiares, seria o caso de capitular no debate hermenêutico e recorrer ao constituinte derivado".[31] Os próprios ministros também afirmaram repetidamente que a ausência de um dispositivo constitucional explícito proibindo casais do mesmo sexo de celebrarem uniões estáveis era uma condição subjacente para sua decisão.[32]

Mas e se houvesse tal disposição expressa? Logo após se sustentar que dar ênfase ao ônus argumentativo estabelecido pelo art. 226, §3º, da constituição brasileira é um tipo de formalismo, é pelo menos muito estranho se sustentar que, se a disposição fosse um pouco mais expressa, digamos, declarando que "*apenas* uniões estáveis entre o homem e a mulher serão reconhecidas como entidade familiar", então o debate não poderia prosseguir. A estranheza desse raciocínio se torna ainda mais clara se, em vez de "do mesmo sexo", se falasse em "de diferentes religiões" ou "de cor da pele diferente", i.e., e se uma constituição expressamente proibisse casamentos ou uniões estáveis inter-raciais ou inter-religiosos? Seria necessário aceitar essa premissa e aguardar por tempos melhores? Isso não seria também um tipo de formalismo ou textualismo?[33]

30 ADI 4227, petição da procuradora-geral da república, p. 29, § 105.
31 Daniel Sarmento, *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*, *in* IGUALDADE, DIFERENÇA E DIREITOS HUMANOS 651 (ed. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa, e Flávia Piovesan, Lumen Juris 2008). Ver também Vecchiatti, *supra* nota 29, p. 72.
32 Ver por exemplo os votos dos ministros Gilmar Mendes (p. 788) e Marco Aurélio Mello (p. 820).
33 Voltarei a essas questões abaixo (ver tópico 9.2).

5. Levando o texto a sério

O texto importa. Ainda que na maioria dos casos ele não ofereça razões conclusivas e definitivas para decidir de uma ou de outra forma, o texto estabelece limites interpretativos ou ônus argumentativos. Se a constituição brasileira não só declara que "todos são iguais perante a lei", mas também que casamento e união estável são uniões "entre o homem e a mulher", a relação entre esses dois dispositivo deve ser adequadamente analisada. Algumas possibilidades básicas são: (i) entre ambos os dispositivo há uma relação de regra especial/regra geral ou uma relação de regra/princípio; (ii) ambos os dispositivo são completamente independentes uma da outra.

5.1. Regra geral e regra especial

No direito, o conflito entre uma regra geral e uma regra especial de mesma hierarquia é resolvido pela aplicação de uma meta-regra formal: *lex specialis derogat legi generali*, i.e., a regra especial se sobrepõe à regra geral.[34] A aplicação dessa meta-regra leva à seguinte conclusão: se uma constituição estabelece que todos são iguais perante a lei e a mesma constituição introduz uma exceção a essa regra geral, então essa exceção é válida e aplicável. A justificativa dessa meta-regra é bem simples: tentar resolver o conflito da maneira inversa (*lex generalis derogat legi speciali*, i.e., a regra geral se sobrepõe à especial) necessariamente privaria a regra especial de qualquer sentido. Por exemplo, se uma constituição tem uma regra geral proibindo leis retroativas e a mesma constituição prescreve que leis criminais devem ser aplicadas retroativamente se favorecem o acusado, qualquer interpretação baseada numa meta-regra "regra geral se sobrepõe à regra especial" necessariamente priva a regra especial (uma exceção à regra geral) de qualquer sentido.

Esse tipo de relação "regra geral/regra especial" é muito comum em constituições. Há várias outras regras na constituição brasileira que estabelecem exceções à cláusula de igualdade (assim como a outras cláusulas gerais). Apenas para dar alguns exemplos: embora a constituição brasileira estabeleça que todos são iguais perante a lei (art. 5º), a mesma constituição estabelece que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (art. 37, VIII); que deve haver incentivos para a proteção das mulheres no mercado de trabalho (art. 7º, XX); que as mulheres podem se aposentar mais cedo que os homens (art. 40, §1º, II, *a* e *b*, e art. 201, §7º, I e II); que os eclesiásticos são isentos do serviço militar obrigatório (art. 143, §2º); ou que pequenas

34 Ver, por exemplo, Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison* 16 RATIO JURIS 433–449, 434 (2003).

empresas constituídas sob as leis brasileiras e que têm suas sedes e administração no Brasil devem receber tratamento favorecido em comparação a outros tipos de empresas (art. 146, III, *d*, e art. 170, IX). Todas essas disposições estabelecem exceções à regra geral da igualdade perante a lei. Se a própria constituição estabelece essas exceções, então elas são válidas e aplicáveis.[35]

Entretanto, poderia se sustentar que o caso das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não envolve um conflito entre duas regras, mas uma tensão entre um princípio e uma regra. Contudo, a se seguir a mais difundida conceituação de princípios e regras no âmbito acadêmico e judicial brasileiros – a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy[36] – essa estratégia também não levará a melhores resultados, pelo menos não por si só. Uma vez que tanto o princípio (igualdade) e a regra (união estável = homem e mulher) têm *status* constitucional, a estratégia de sustentar que o princípio se sobrepõe à regra também priva a regra de qualquer sentido. Portanto, deve se concluir que a regra se sobrepõe ao princípio, não o contrário.[37]

Como é fácil perceber, minha descrição das duas estratégias (regra especial x regra geral, regra x princípio) pressupõe que a disposição "é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar" significa que a união estável é reconhecida pelo Estado se e apenas se é entre o homem e a mulher. Essa é a mais estrita interpretação desse texto e necessariamente leva à conclusão de que qualquer ato estatal reconhecendo uniões estáveis a casais do mesmo sexo deveria ser considerado inconstitucional. Ou, em outras palavras: nem uma lei ordinária nem uma decisão judicial poderiam estender esse conceito a casais do mesmo sexo.[38]

5.2. Sem relação necessária

Ainda assim, alguém ainda poderia argumentar que o fato de o dispositivo sobre união estável (assim como casamento) na constituição brasileira mencionar "homem e mulher" não impede a criação de outras formas de uniões e casamentos. Entretanto, dificilmente isso se deve às razões

35 É preciso ressaltar que não estou analisando a justificativa substantiva para tais exceções. O que está em jogo no texto acima é meramente a existência de uma simples meta-regra de interpretação constitucional no Brasil (o que não foi questionado por qualquer ministro do Supremo Tribunal Federal), de acordo com a qual uma regra constitucional especial é válida e aplicável mesmo que conflite com uma regra constitucional geral. Tal meta-regra formal assim obsta o uso de qualquer argumento teleológico.

36 Ver ROBERT ALEXY, THEORIE DER GRUNDRECHTE (2ª ed., Suhrkamp 1994); tradução para o inglês: ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (trad. Julian Rivers, Oxford University Press 2002).

37 Para o conceito de regras como limite de princípios, ver ALEXY, *supra* nota 36, p. 258; ALEXY, *supra* nota 36, p. 184.

38 A não ser que o próprio art. 226, §3º fosse declarado inconstitucional. Discutirei essa possibilidade mais adiante (ver tópico 9.2, abaixo).

levantadas pelos inúmeros acadêmicos bem como ministros do Supremo Tribunal Federal, i.e., por conta da precedência do princípio da igualdade sobre a regra a respeito de uniões estáveis, que assim impediria a aplicação dessa regra constitucional.

Para manter a validade e aplicabilidade da regra constitucional sobre uniões estáveis ("entre o homem e a mulher") e mesmo assim justificar uma extensão do conceito de união estável a casais do mesmo sexo, é preciso recorrer a uma estratégia interpretativa diferente. De acordo com essa estratégia, os dispositivo constitucionais que regulam casamento e união estável ("entre o homem e a mulher") significam simplesmente que casamento e união estável entre pessoas de sexos diferentes são inquestionavelmente reconhecidos pelo Estado e exigem que a lei ordinária os regulem. Mas essas disposições não impedem necessariamente a criação de outros tipos de casamento pela via da lei ordinária.[39] Em outras palavras, a constituição não é a única (nem mesmo necessariamente a mais importante) fonte de instituições de direito privado.[40] Na verdade, a maioria dessas instituições (contratos, responsabilidade civil, fideicomisso, etc) mal são mencionadas na constituição e são diretamente reguladas pelo código civil. Por que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não poderia seguir o mesmo caminho?

De fato, esse caminho foi o escolhido pelo parlamento espanhol. Como mencionado acima, a constituição espanhola tem um dispositivo sobre casamento que é específico quanto ao gênero.[41] Ainda assim, o parlamento espanhol aprovou uma lei (lei 13/2005) estendendo o casamento a casais do mesmo sexo. Entre outras coisas, essa lei adicionou um novo parágrafo ao artigo 44 do código civil espanhol, declarando que "o casamento terá os mesmo efeitos sejam os contraentes do mesmo ou de diferentes sexos". Na sua exposição de motivos, o parlamento justifica sua decisão exatamente da maneira como apresentei acima, i.e., afirmando que o uso dos termos "homem" e "mulher" no dispositivo constitucional que regula casamento significa apenas que esse tipo de casamento não pode ser ignorado pelas autoridades públicas e que a lei ordinária necessariamente deve regulá-lo,[42] mas isso não impede que a lei ordinária crie outros tipos de casamento.[43] A

39 Nesse sentido, ver Luís Roberto Barroso, *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*, *in* IGUALDADE, DIFERENÇA E DIREITOS HUMANOS 688 (Lumen Juris 2008); Paulo Luiz Netto Lobo, *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus* 12 REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA 40–55 (2002); Schulenberg, *supra* note 17.

40 Estou ciente de que a divisão direito privado/público é problemática. Para os propósitos do meu argumento, entretanto, não é necessário discutir essa questão aqui.

41 Ver tópico 4, acima.

42 "Essa garantia constitucional do matrimônio tem como consequência que o legislador não pode ignorar a instituição" (tradução livre; para o texto original em espanhol, ver Boletín Oficial del Estado, 02.jul.2005, p. 23632).

constitucionalidade dessa lei – e assim também a solidez dessa justificativa – foi analisada pela corte constitucional espanhola, que em 6 de novembro de 2012 decidiu mantê-la.[44]

Neste ponto, seria possível que alguém argumentasse que, se a justificativa trazida pelo parlamento espanhol deve ser aceita, então a suposição que apresentei acima[45] não pode estabelecer um efeito de bloqueio para um dispositivo constitucional que regula o casamento de uma maneira específica quanto ao gênero: é verdade, não necessariamente. Depende de quão semanticamente estrito o texto constitucional é interpretado. Analisarei as duas possibilidades interpretativas abaixo[46]. Em todo caso, minha suposição claramente segue uma lógica "quanto mais..., tanto menos", i.e. "quanto mais específico quanto ao gênero o dispositivo, tanto menos liberdade interpretativa". Mas mesmo se se entende que um dispositivo sobre o casamento específica quanto ao gênero tem efeito de bloqueio absoluto (i.e., nenhuma liberdade interpretativa), isso não significa necessariamente que esse efeito se aplica ao parlamento. Na verdade, minha suposição lida apenas com as cortes. É precisamente neste ponto que a ligação entre normas e instituições é decisiva.

6. Ligando normas e instituições

Como sustentei acima, no debate sobre casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo, um enfrentamento abstrato entre parlamentos e cortes tende a ignorar o fato que, entre outras coisas, dependendo de se e como uma dada constituição define o conceito de casamento e união estável, escolher um ou outro caminho institucional para estender essas definições a casais do mesmo sexo pode não ser uma questão totalmente aberta à escolha.

A suposição que estabeleci antes ilustra esse argumento e pode ser útil para explicar por que e como o caso brasileiro se desvia da tendência geral internacional de reconhecer casamentos e/ou uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. As tabelas 1 e 2, acima, foram elaboradas para indicar as variáveis normativas. A tabela 3, abaixo, contém os mesmos países, mas agora classificados

43 "Certamente, a constituição, ao determinar ao legislador a configuração normativa do matrimônio, não exclui de maneira alguma uma regulação que delimite as relações de casais de uma maneira diferente da que tem existido até agora, uma regulação que dê acolhida a novas formas de relação afetiva" (tradução livre; para o texto original, em espanhol, ver Boletín Oficial del Estado, 02.jul.2005, p. 23632)

44 A decisão, em espanhol, pode ser acessada em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/resolucionesrecientes/Documents/2005-06864STC.pdf>.

45 Ver tópico 4.

46 Ver tópico 5.

segundo uma variável institucional, baseada em qual instituição decidiu pelo reconhecimento do casamento ou da união estável entre pessoas do mesmo sexo.[47]

tabela 3: instituição que decidiu pelo reconhecimento do casamento ou da união estável entre pessoas do mesmo sexo

parlamento	parlamento e corte	corte
Alemanha, Andorra, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Equador,[48] Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Hungria,[49] Irlanda, Islândia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Suécia, Suíça, Uruguai	África do Sul, Colômbia[50]	Brasil

A tabela 3 mostra claramente que em quase todos os países em que casamento o união estável entre pessoas do mesmo sexo foram reconhecidos, esse reconhecimento se deu por meio de legislação. Há apenas uma exceção: o Brasil.[51]

Neste ponto, fica claro por que a decisão do Supremo Tribunal Federal não pode ser comparada sem maiores qualificações com outras experiências internacionais. Por um lado, no nível normativo, o Brasil tem as regulações sobre casamento e união estável *mais específicas quanto ao gênero* entre os países aqui analisados; por outro, no nível institucional, o Brasil é o único país em que o poder legislativo foi completamente contornado (objeto de *bypass*) em todo o processo.[52] O Supremo

47 São necessárias duas explicações sobre a tabela 3: (1) se uma corte constitucional ou suprema apenas confirmou a constitucionalidade de uma lei editada, a decisão é considerada como tomada apenas pelo parlamento e (2) apenas decisões tomadas por cortes constitucionais ou supremas foram consideradas, i.e. decisões de tribunais inferiores ou de cortes subnacionais não foram levadas em consideração.

48 O reconhecimento das uniões estáveis no Equador na verdade não se deu nem por lei ordinária nem por decisão judicial. A constituição do Equador tem um dispositivo sobre o casamento e outra sobre uniões estáveis. Aquela (art. 67) emprega os termos "homem" e "mulher"; esta emprega o termo "pessoas". Além disso, o art. 68 expressamente estabelece que apenas casais de sexos diferentes podem adotar filhos, o que significa que o uso de "pessoas" no art. 68(1) é um claro reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Já que esse reconhecimento se deu no nível constitucional, é classificada aqui como uma decisão parlamentar.

49 Na Hungria, a corte constitucional decidiu em 1995 um caso sobre uniões não registradas (decisão 14/1995). Mas a corte prorrogou o julgamento "para assegurar que o parlamento possa resolver essa situação inconstitucional" (ver Orsolya Szeibert-Erdős, *Same-Sex Partners in Hungary: Cohabitation and Registered Partnership* 4 UTRECHT LAW REVIEW 212–221, 213 (2008)).

50 O caso colombiano é um pouco mais complexo e portanto difícil de classificar nesta tabela. Ainda não há casamento entre pessoas do mesmo sexo na Colômbia, mas a Corte Constitucional decidiu em 2011 que o congresso deve legislar o assunto em dois anos (uma decisão semelhante à decisão da Corte Constitucional da África do Sul no caso Fouerie). Em contraste, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, embora decidido pela Corte Constitucional da Colômbia, só foi possível porque a lei ordinária emprega termos neutros quanto ao gênero na regulação do assunto.

51 Analisarei os casos intermediários da Colômbia e da África do Sul abaixo.

52 Como minha análise é limitada a países em que casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo foram permitidos nacionalmente (ver nota 21), não inclui o caso americano, em que alguns estados permitiram casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo a partir de decisões judiciais. De qualquer forma, incluir essas experiências subnacionais não alteraria a conclusão de que o caso brasileiro não pode ser comparado

Tribunal Federal não mostrou qualquer deferência ao legislativo. No entanto, a corte em geral declara ter o mais alto respeito pela separação de poderes. Analisarei essa questão no próximo tópico.

7. Supremo Tribunal Federal e Congresso no Brasil: um estranho caso de deferência

Seguindo uma tese amplamente difundida entre constitucionalistas no Brasil,[53] o Supremo Tribunal Federal reiteradamente declara que não tem o poder de obrigar o congresso a legislar.[54] Embora a constituição brasileira ofereça uma ação direta de inconstitucionalidade especificamente desenhada para controlar a omissão legislativa, esse dispositivo estabelece que quando o congresso não obedece a uma determinação constitucional positiva, a corte pode apenas *declarar* que existe uma situação de omissão legislativa.[55] À luz de um entendimento difundido sobre a teoria da separação dos poderes, a corte tem sempre interpretado esse dispositivo de forma a impedir a corte de ir além de simplesmente julgar procedente a declaração de omissão. Em outras palavras, em tais casos, um não-cumprimento por parte do congresso não teria qualquer consequência concreta. Em observância a esse entendimento da teoria da separação dos poderes, estabelecer prazos para a edição de legislação é também algo que a corte sustenta não ter poder para fazer.

Um caso recente pode ilustrar essa aversão a estabelecer prazos. Em 2007, a corte tinha de decidir uma questão que envolvia omissão legislativa. O art. 18, §4º, da constituição brasileira, que lista os princípios para a criação de novos municípios no Brasil, estabelece que os detalhes do procedimento para a criação de tais novos municípios devem ser tratados por lei complementar, a qual, entretanto, não havia sido aprovada até aquele momento. A corte declarou que o congresso ainda não tinha cumprido a disposição constitucional e, supostamente pela primeira vez em sua história, estabeleceu um "tipo de prazo" para que o congresso editasse a lei. Aqui as aspas não são um instrumento retórico. Servem para expressar o desconforto da corte em simplesmente mencionar

---

despreocupadamente com outras experiências internacionais. Na verdade, mesmo nos estados americanos em que cortes tiveram um papel decisivo, elas não contornaram (*bypass*) completamente o legislativo. Além disso, como se torna claro ao longo do texto, é central à minha análise a ligação entre texto e instituições, e as constituições dos estados americanos em que casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo foram permitidos não têm dispositivo sobre o assunto que seja específico quanto ao gênero (i.e., que se refira a "homem e mulher", ver nota 26, acima).

53 Ver, por exemplo, José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo 48 (34ª ed., Malheiros 2011); Flávia Piovesan, Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção 120 (2ª ed., Revista dos Tribunais 2003).

54 Ver, por exemplo, MI 670 (2009) and MI 708 (2009).

55 Constituição brasileira, art. 103, §2º. Aqui, o chamo de "determinação constitucional positiva" os casos em que uma norma constitucional estabelece um dever ao congresso, em geral um dever de legislar sobre certo assunto.

um período de tempo para que se legisle. Esse desconforto pode ser claramente percebido no voto do relator do caso, ministro Gilmar Mendes. Ele escreveu que, já que o congresso ainda não havia cumprido a disposição constitucional, a corte deveria estabelecer que "em um prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele [*o congresso*] todas as medidas legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição". Entretanto, ele prontamente adicionou que "não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável"[56]. Como essa decisão é de 2007 e o congresso ainda não aprovou a referida lei e como esse fato não teve qualquer consequência, é possível sustentar que a corte de fato supõe – e nesse caso novamente supôs – que é uma característica necessária da teoria da separação dos poderes que o congresso legisle se e quando houver por bem o fazer.

Esse caso ilustra bem como o Supremo Tribunal Federal lida com a teoria da separação dos poderes frente a uma situação de omissão legislativa: a corte pode declarar que o congresso não fez o que deveria ter feito, mas não pode obrigar a uma ação legislativa nem estabelecer prazos, nem mesmo em tais casos claros, em que a constituição expressamente prevê que leis ordinárias e complementares com determinado conteúdo devem ser editadas.

O caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo estava longe de ser tão claro. E a corte se apegou a sua doutrina (retórica) de deferência: nenhuma coerção para cumprimento, nenhum prazo para que o congresso legisle. Entretanto, em uma estranha mudança para um entendimento muito peculiar de deferência, a corte simplesmente decidiu decidir sozinha, ignorando o congresso por completo. É muito difícil compreender uma interpretação de deferência e da teoria da separação dos poderes segundo a qual uma corte não pode nem impor ao congresso uma obrigação de legislar nem estabelecer um prazo para ação legislativa, mas pode sozinha fazer tudo aquilo que, segundo seu próprio entendimento da teoria da separação dos poderes, é de competência do congresso.

A resposta padrão a essa crítica é bem simples: porque essa é uma questão de direitos fundamentais, a sociedade não pode aguardar para sempre se as instituições a às quais compete alterar tanto o texto constitucional quanto as leis ordinárias permanecem passivas e inertes.[57] Ainda de acordo com esse entendimento, essa omissão é inconstitucional e legitima a corte a agir sozinha, e isso é o que

56 Supremo Tribunal Federal, ADI 3682, voto escrito do ministro relator (Gilmar Mendes), p. 30.
57 Ver, por exemplo, Sarmento, *supra* nota 31, p. 652.

fez o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, essa justificativa enfrenta apenas – se é que enfrenta mesmo – a objeção institucional, mas não a objeção textual, nem a combinação de ambas.

Como se analisou acima, se uma constituição declara que todos são iguais perante a lei e, ao mesmo tempo, que a união estável é a união entre o homem e a mulher, isso pode ser interpretado de pelos menos duas maneiras: (1) pode se interpretar que uma regra especial introduziu uma exceção à regra geral (ou que a regra constitucional limitou a abrangência do princípio constitucional), i.e., que apesar de todos serem iguais perante a lei, apenas casais de sexos diferentes podem celebrar uniões estáveis e (2) pode se interpretar o fato de o dispositivo sobre união estável (assim como sobre casamento) na constituição brasileira menciona "homem e mulher" como não impeditivo da criação de outras formas de uniões e casamentos. Como mostrei acima, de acordo com essa segunda interpretação, o uso dos termos "homem" e "mulher" nos dispositivo constitucionais que regulam casamento e união estável significa apenas que casamentos e uniões estáveis entre pessoas de sexos diferentes são inquestionavelmente reconhecidos pelo Estado e exigem que as leis ordinárias os regulem. Mas essas disposições não impedem necessariamente a criação de outros tipos de casamento por lei ordinária. Neste ponto, a ligação entre normas, interpretação e instituições é decisiva.

De acordo com a primeira interpretação, o parlamento, enquanto legislador ordinário, não pode atuar, e isso se deve a uma razão formal e hierárquica: as leis ordinárias não podem alterar normas constitucionais. E se o parlamento não pode atuar, as cortes podem menos ainda.[58] Assim, a única autoridade legítima apta a alterar o *status quo* seria a autoridade que a própria constituição estabeleceu para emendas constitucionais (no caso brasileiro, 3/5 do Congresso Nacional).

De acordo com a segunda interpretação, o parlamento, como o legislativo legitimado democraticamente, pode criar novas formas de casamento e união estável. Neste ponto, a questão a ser respondida é se uma corte constitucional tem a mesma autoridade e legitimidade, portanto autorizada a contornar (*bypass*) o parlamento. O Supremo Tribunal Federal claramente se considerou como tão legítimo quanto o congresso. O que argumento aqui é que a decisão da corte está baseada num *non sequitur*. Em outras palavras, mesmo que se suponha que a referência a "homem e mulher" na constituição é apenas um exemplo de uma possível união estável, mas não uma característica necessária a todas uniões estáveis, isso não diz absolutamente nada sobre a

58 Como sustentei acima, a não ser que a corte aceite a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais. Retornarei a essa questão abaixo (ver tópico 9.2).

possibilidade de se criar outras formas de união estável *por meio de decisões judiciais*.[59] Esse passo exige argumentos adicionais. A partir dos dez votos dos ministros que tomaram parte do julgamento é difícil oferecer um argumento sólido, um argumento que vá além da ideia simplória de que "alguém tem de fazer".[60]

Esse argumento, por si só simplista e criticável, poderia, do ponto de vista do direito constitucional, ser admissível apenas se fosse impossível constranger o congresso a legislar. Neste ponto, o direito comparado entre em cena.

8. Lições de direito comparado

O Supremo Tribunal Federal é extremamente aberto a usar decisões de tribunais estrangeiros como argumentos em seu processo decisório. Deve haver poucas cortes no mundo que citem mais decisões estrangeiras que o Supremo Tribunal Federal.[61] Estranhamente, na decisão sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo, essa tendência está quase ausente.[62] Uma corte que tão frequentemente cita decisões de outros países e tantas vezes declara exercitar deferência e respeitar a separação de poderes como o Supremo Tribunal Federal poderia ter aproveitado muito do recurso a decisões de outros países como uma ferramenta argumentativa. Nessa questão, especialmente as decisões das cortes constitucionais da África do Sul e da Colômbia poderiam ter oferecido inspirações interessantes.

A experiência da África do Sul é bem conhecida. Na decisão do caso Fourie,[63] a Corte Constitucional da África do Sul declarou que tanto a definição de casamento da *common law* quanto a seção 30(1) do Marriage Act, de 1961 eram inconsistentes com a constituição e portanto inválidas. Contudo, a corte decidiu suspender essas declarações de invalidade por 12 meses para "permitir que

59 Bons exemplos de raciocínio baseado nesse *non sequitur* podem ser encontrados nos votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Os dois argumentaram que os tipos de família estabelecidos pela constituição são apenas exemplos (Lewandowski, p. 716), não *numerus clausus* (Peluso, p. 874). Portanto a corte pode criar outros tipos de família. Parece claro que extraíram uma conclusão quanto à instituição diretamente de um argumento substantivo. Argumentos semelhantes podem ser encontrados também na doutrina (ver as referências na nota 39, acima).

60 O argumento "alguém tem de fazer" pode ser encontrado em vários votos na decisão. Ver, por exemplo, os votos dos ministros Gilmar Mendes (p. 730) e Celso de Mello (p. 867).

61 Para algumas estatísticas a esse respeito, ver Virgílio Afonso da Silva, *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*, *in* DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E INTEGRAÇÃO JURÍDICA NA AMÉRICA DO SUL (ed. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, e Mariela Morales Antoniazz, Lumen Juris 2010).

62 Apenas o ministro Gilmar Mendes citou brevemente alguns exemplos de direito comparado (da Dinamarca, dos Países Baixos e da Alemanha).

63 Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005].

o parlamento aprove as leis apropriadas".[64] E o parlamento o fez dentro dos 12 meses estabelecidos pela corte. Como resultado desse ato de deferência, a decisão de reconhecer casamento entre pessoas do mesmo sexo na África do Sul, embora impulsionada pela decisão da corte, foi tomada pelo parlamento, após intensa discussão popular.[65]

Na Colômbia, uma decisão da Corte Constitucional de 2009[66] estendeu a casais do mesmo sexo a maioria dos direitos garantidos a casais de diferentes sexos que coabitavam. A corte interpretou expressões neutras quanto ao gênero – como cônjuges ou companheiros permanentes[67] – usadas em muitas leis ordinárias como aplicável tanto a casais de sexos diferentes quanto a casais do mesmo sexo. Essa decisão não afeta o conceito de casamento, que permaneceu limitado a casais de sexos diferentes. A justificativa para estender apenas o conceito da união estável, mas não o de casamento, é tão direta quanto a lógica deste artigo: tanto a constituição quanto as leis ordinárias usam termos específicos quanto ao gênero (homem e mulher) para a regulação do casamento.

Ainda mais interessante aos objetivos deste artigo é a posterior decisão sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em julho de 2011, a Corte Constitucional da Colômbia, embora mantendo sua interpretação anterior – i.e. que, em razão do fato de tanto o texto da constituição quanto o do código civil definirem casamento como união entre o homem e a mulher – provocou o parlamento a, até 20 de julho de 2013, "legislar [...] sobre os direitos de casais do mesmo sexo, a fim de eliminar o déficit de proteção que [...] afeta tais casais".[68] Além disso, a corte decidiu que "se até 20

64 Ibid, p. 18.

65 Para uma boa análise de todo processo judicial e legislativo que levou à adoção do Civil Union Act na África do Sul, ver, por exemplo, Pierre De Vos e Jaco Barnard, *Same-Sex Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships in South Africa: Critical Reflections on an Ongoing Saga* 124 S. AFRICAN L.J. 795–826 (2007); Pierre de Vos, *A Judicial Revolution? the Court-Led Achievement of Same-Sex Marriage in South Africa* 4 UTRECHT LAW REVIEW 162–174 (2008). Ver também Bilchitz e Judge, *supra* nota 1. A decisão da Corte Constitucional da África do Sul inicialmente foi recebida com alguma decepção, especialmente por ativistas de direitos humanos. Entretanto, como Pierre De Vos explica, "mais tarde, muitos de nós mudamos de ideia", especialmente porque, em que pesem suas muitas falhas, "o processo de participação pública que acompanhou as discussões sobre a adoção do Civil Union Act [...] abriu mesmo um debate sobre orientação sexual e ofereceu uma plataforma sem precedentes na imprensa para quem defendia o respeito de homens gays e lésbicas" (Pierre de Vos, *The "Inevitability" of Same-Sex Marriage in South Africa's Post-Apartheid State* 23 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 432–465, 458, nota 135 (2007)).

66 Decisão C-029/2009, de 28 de janeiro de 2009.

67 Em espanhol, "cónyuge" e "compañero permanente" ou "compañera permanente".

68 Corte Constitucional da Colômbia, Decisão C-577/2011. Para uma análise da jurisprudência recente da Corte Constitucional da Colômbia sobre casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo, assim como sobre a difícil relação entre corte, governo e o parlamento nessa questão, ver Luz E. Nagle, *Giving Shelter from the Storm: Colombians Fleeing Persecution Based on Sexual Orientation* 48 TULSA L. REV. 1–26, 13 (2012). Ver também Universidad de Los Andes Public Interest Law Group, *National Report: Colombia* 19 JOURNAL OF GENDER, SOCIAL POLICY & THE LAW 97–112 (2011). Em espanhol, ver Juan Pablo Sarmiento, *La modulación de sentencias como medio para articular la oportunidad política de la Corte Constitucional colombiana: El caso de las parejas del mismo sexo* 37 REVISTA DE DERECHO 283–320, 302 (2012) e Paula Andrea Ceballos Ruiz, Juliana Victoria Ríos Quintero e Richard Marino Ordoñez Patiño, *El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo: el camino*

de julho de 2013 o congresso não aprovar a lei exigida, casais do mesmo sexo podem comparecer perante um tabelião ou corte competente para formalizar e tornar solene sua relação contratual".[69] Nessa decisão, o que estava em jogo não era em si a definição e o uso do termo *casamento*. Não só a corte falou sobre "relação contratual" e não casamento, mas ela também não provocou o congresso a estender o uso do termo casamento a casais do mesmo sexo. O que estava em jogo aqui na verdade era a possibilidade de construir uma família, já que de acordo com a jurisprudência das cortes colombianas, apenas o casamento (e, assim, apenas casais de sexos diferentes) constitui uma família. Esse é o déficit que a corte insistiu que fosse eliminado. Mas, como a corte da África do Sul, ela não contornou (*bypass*) o parlamento.

9. O que há de errado com o contorno institucional (*institutional bypass*)?

Neste ponto, seria possível se perguntar o que há de errado com o contorno institucional (*institutional bypass*) que descrevi acima. Se o resultado é o mesmo, por que a corte deve aguardar pelo congresso? Importa quem decide? Ou isso é apenas uma expressão de alguma concepção ultrapassada de separação de poderes? Não é anacrônico insistir em se perguntar se as cortes são legítimas para tomar tal tipo de decisões? Sobretudo, seria possível argumentar que deve haver um momento em que se torna dissimulação devolver tudo ao legislativo, especialmente quando não resta ao legislativo quase nenhuma escolha. Em tais casos, não seria mais honesto a corte decidir sozinha de uma vez?

Essas quatro questões são mais que legítimas. De fato, muitas delas foram repetidamente suscitadas no Brasil antes e depois da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Tentarei responder a essas questões nos próximos tópicos, em que lido com argumentos baseado no tempo, no desfecho e na equidade (*fairness*).

9.1. Tempo

Um argumento ligado ao tempo tem sido frequentemente invocado para justificar a estratégia de contorno (*bypass*) pelo Supremo Tribunal Federal. Tal argumento apela à urgência em se resolver o problema. Como ser deferente implica dar mais tempo para o congresso agir, frequentemente se sustenta que, dado que o desfecho substantivo seja igual, aguardar pela edição de leis atrasa desnecessariamente a possibilidade do exercício de direitos iguais. Mas essa estratégia não é sólida.

hacia un concepto de familia pluralista 14 REVISTA ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS 207–239 (2012).

69 Corte Constitucional da Colômbia, Decisão C-577/2011.

Na África do Sul, aproximadamente dois anos se passaram desde a chegada do caso Fourie na Corte Constitucional até a aprovação da lei pelo parlamento. No Brasil, casais do mesmo sexo tiveram de esperar mais de três anos entre a chegada da ação no Supremo Tribunal Federal e a decisão final.[70] Esse é um bom exemplo de quão falho é o argumento "não podemos aguardar para sempre", que dominou a discussão no Brasil. Esse argumento supõe uma perspectiva binária infundada segundo a qual ou a corte decide sozinha ou aguardaremos para sempre. A experiência da África do Sul mostra que há alternativas. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal decidiu aderir obstinadamente a sua teoria puramente retórica da separação dos poderes e não optou por estabelecer um período de tempo para permitir que o congresso corrigisse o problema. Ao fazê-lo – i.e. ao decidir sozinho –, sua decisão, embora imediatamente resolva um problema, tem sido criticada por ser ativista demais sem que houvesse necessidade para tanto.

9.2. Resultado: o aspecto simbólico

Mas há ainda outro argumento, mais forte, para não contornar o congresso: o valor simbólico de uma decisão legislativa. Estou convencido de que esse argumento refuta definitivamente as objeções que listei acima na forma de questões (retóricas).

O Brasil é um país de *civil law*. Mesmo que as diferenças entre *civil law* e *common law* tenham se tornado mais tênues em muitos aspectos[71], pelo menos em um aspecto a diferença entre eles se mantém relevante: o valor simbólico da legislação. Deixar os textos tanto da constituição quanto do código civil brasileiro inalterados tem um valor simbólico (negativo) que não deve ser subestimado. Num país de *civil law*, há dimensões simbólicas e até educativas que são inerentes às palavras dos textos constitucional e legal. No Brasil, edições impressas e *online*[72] da constituição, assim como do código civil, em geral não fazem qualquer referência a decisões judiciais. Isso significa que, agora e no futuro, qualquer um que compre um exemplar da constituição ou do código civil, ou qualquer um que os leia *online* ainda lerá que casamentos e uniões estáveis são apenas "entre o homem e a mulher", uma vez que a redação não foi (e não pode ser) alterada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao escolher contornar o congresso, a corte ignorou o aspecto simbólico e perdeu a oportunidade de produzir uma importante alteração simbólica.

70 Uma "decisão final" que deixou várias questões sem resposta. Em outras palavras, para algumas questões (como casamento e adoção) a decisão final ainda está por vir. Ver tópico 9.4., abaixo.

71 Para um bom relato sobre o processo de convergência entre *civil law* e *common* law, bem como sobre as divergências persistentes, ver John Henry Merryman, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law* 17 STAN. J. INT'L L. 357–388 (1981).

72 Como nos *sites* do poder executivo e legislativo

É bem verdade que o caso do Brasil é mais complexo que o caso da África do Sul. Se alterar o texto tem um importante valor simbólico, isso vale não só para o código civil mas também para a constituição. Isso significa que a corte brasileira teria não só de estabelecer um prazo para que o congresso legislasse – algo que a corte repetidamente tem afirmado que não pode fazer – mas declarar não apenas uma lei ordinária, mas também um dispositivo constitucional como inconstitucionais.

Nem mesmo os mais engajados acadêmicos e ativistas de direitos humanos cogitaram essa alternativa. Ao contrário, como apresentei acima, sempre que se reconhecia que para alterar o *status quo* seria necessário alterar a constituição, prontamente se concluía que teríamos de capitular o debate interpretativo.[73] A razão para essa – quase dramática – conclusão é bem simples: falar sobre normas constitucionais inconstitucionais é tabu.[74] Esse não é um assunto fácil. Contudo, embora eu esteja ciente de que a tese das normas constitucionais inconstitucionais pode esconder algumas questões delicadas, também não estou convencido de que a rejeição dessa possibilidade leva a resultados melhores e mais seguros.

Ainda que não possa me deter numa análise profunda aqui, quero mesmo assim apresentar brevemente dois argumentos que, se não enfraquecem completamente, pelo menos contestam fortemente a absoluta rejeição da existência de normas constitucionais inconstitucionais.[75] O primeiro já foi apresentado acima, em forma de uma pergunta: e se uma constituição, especialmente uma constituição escrita há muito tempo, expressamente proibisse casamentos inter-religiosos ou inter-raciais? Vamos supor que, por qualquer razão, a constituição não tenha sido emendada e o dispositivo que bane casamentos inter-religiosos e inter-raciais ainda seja parte do texto

73 Ver Sarmento, *supra* nota 31, p. 651. Ver também a petição da procuradora-geral da república na ADI 4227, p. 29, § 105.

74 O Supremo Tribunal Federal já decidiu (na ADI 815) que uma norma constitucional não pode ser considerada inconstitucional. Sarmento e a procuradora-geral da república também parecem ter suposto essa impossibilidade (ver nota 73, acima). Ver também Érika Harumi Fugie, *Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF?* 813 REVISTA DOS TRIBUNAIS 64–81 (2003). Essa suposição (a impossibilidade de normas constitucionais inconstitucionais) é tão arraigada no pensamento constitucional brasileiro que é compartilhado pelos dois lados no debate sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo. Para uma crítica ferrenha da decisão do Supremo Tribunal Federal que se baseia nessa mesma suposição, ver Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto and Rafael Tomaz de Oliveira, *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte"* 1 REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS HERMENÊUTICA E TEORIA DO DIREITO 75–83 (2009).

75 Quando falo de normas ou dispositivos constitucionais inconstitucionais, minha referência é aos chamados dispositivos constitucionais *originais*, i.e., os dispositivo que estão na constituição desde sua promulgação. A existência de emendas constitucionais inconstitucionais é amplamente aceita em vários ordenamentos (ver, por exemplo, a decisão da Corte Constitucional da Alemanha BVerfGE 1, 14). O Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucionais várias emendas constitucionais (ver, por exemplo, ADI 939 e 3685).

constitucional. Faz sentido se ater a um tabu teórico e ter de considerar esse dispositivo como ainda constitucional? Não seria isso um tipo de formalismo?

A segunda razão para contestar esse tabu está relacionada às ferramentas interpretativas usadas pelo Supremo Tribunal Federal e por muitas outras cortes constitucionais e supremas. A dificuldade em aceitar a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais em geral baseia-se num medo de que uma corte constitucional ou suprema passaria a ter poder demais. Se o controle de constitucionalidade das leis é ainda uma questão polêmica, a possibilidade de controle de constitucionalidade da própria constituição seria algo inimaginável. Isso de fato seria válido se as cortes constitucionais e supremas por todo o mundo estivessem ainda presas a um esquema binário, i.e., se os únicos resultados possíveis do controle de constitucionalidade das leis ainda fossem apenas "essa lei é constitucional" ou "essa lei é inconstitucional". Pelo menos no Supremo Tribunal Federal, as ferramentas decisórias a que os ministros recorrem são bem mais variadas que esse esquema binário. Na verdade, a corte vem declarando cada vez menos leis inconstitucionais e cada vez mais decidindo por meio de fórmulas como "a lei é constitucional se, e somente se, for interpretada dessa ou daquela forma". Nessa fórmula, o conteúdo da expressão "dessa ou daquela forma" varia consideravelmente, das mais triviais possibilidades semânticas até as mais extensas e complexas listas de condições, limitações e proibições que às vezes são quase impossíveis de serem cumpridas.[76]

De qualquer forma, se a corte pode decidir que é inconstitucional interpretar "homem e mulher" com o sentido de apenas homem e mulher, o que a corte na verdade faz implicitamente é declarar que, se não o dispositivo, pelo menos algumas interpretações dela são inconstitucionais. Especialmente se comparado à prática judicial de, digamos, cinquenta anos atrás, é difícil não concordar que, em muitos casos, a diferença entre interpretar a constituição e declarar algumas de suas disposições como inconstitucionais tem se tornado gradualmente mais tênue. Se isso é assim, talvez seja a hora de reconsiderar alguns tabus constitucionais. A não ser que pensemos que não há

76 O melhor exemplo dessa estratégia argumentativa é o voto do ministro Menezes Direito, que compos a maioria na decisão que declarou a constitucionalidade da regulação da pesquisa com células-tronco no Brasil. O ministro Menezes Direito não considerou a lei inconstitucional. Ele recorreu à estratégia que descrevi acima ("a lei é constitucional se, e apenas se, for interpretada desta ou daquela forma") e definiu uma lista de condições a serem cumpridas. Muitas dessas condições eram quase impossíveis de serem cumpridas ou alteravam completamente a regulação estabelecida pelo congresso. Ainda assim, seu voto, bem como outros votos semelhantes da maioria, foram compreendidos como muito deferentes perante o congresso, já que não declararam inconstitucional a regulação.

problema nenhum em ter uma constituição que estabelece que casamentos e uniões estáveis estão à disposição apenas de casais do mesmo sexo.

9.3. Equidade (*fairness*)

Resta a objeção de que em algum momento se torna dissimulação devolver tudo ao legislativo, especialmente quando não resta ao legislativo quase nenhuma escolha. Essa objeção também não é convincente. Especialmente nos casos que envolvem direitos fundamentais, se a corte contesta a inércia do congresso com o estabelecimento de um dever e um prazo para que legisle (em vez de decidir tudo sozinha), isso pode ter pelo menos dois resultados positivos.

Primeiro, obriga o congresso a discutir o que está em jogo: mesmo se a margem de decisão e discricionariedade deixados ao congresso pode ser em alguns casos consideravelmente limitada, o legislativo não pode fechar indefinidamente seus olhos e ouvidos às demandas sociais só porque são temas moralmente delicados. Segundo, porque apenas uma decisão tomada pelo legislativo é apta a alterar a redação tanto da constituição quanto do código civil, levando ao significativo efeito simbólico que mencionei acima.

9.4. Efeitos colaterais da decisão da corte: casamento e adoção

O referido ar. 226, §3º, da constituição brasileira, que regula uniões estáveis[77], expressamente garante que tais uniões podem ser convertidas em casamento ("devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"). Uma vez que a decisão do Supremo Tribunal Federal permite que casais do mesmo sexo celebrem uniões estáveis, vários juízes e tribunais inferiores por todo o país agora aceitam a conversão de uniões estável de pessoas do mesmo sexo em casamentos de pessoas do mesmo sexo. Embora essa interpretação pareça muito plausível, o STF não autorizou expressamente esse tipo de conversão. Portanto, não criou um precedente. No sistema jurídico brasileiro, isso significa, entre outras coisas, que juízes e tribunais inferiores são livres para decidir conforme sua própria interpretação da constituição e seu próprio entendimento da decisão do STF. Dado que nem todos os juízes interpretam esses instrumentos da mesma maneira, alguns juízes têm autorizado a conversão em casamento entre pessoas do mesmo sexo, e outros não.[78] Em outras palavras, o direito

77 Ver nota 6, acima.

78 Já há vários casos de juízes autorizando e juízes negando a conversão de uniões estável entre pessoas do mesmo sexo em casamentos. Para um breve relatório desse problema nas cidades de Rio de Janeiro e São Paulo, ver André Miranda, Casamento gay: uma união ainda difícil no Rio, 22.maio.2012 e Leonardo Guandeline e Vera Araújo, Justiça também dificulta casamento gay em São Paulo, 23.maio.2012.

que um casal do mesmo sexo tem de converter sua união estável em casamento agora depende de *pura sorte*.[79]

O caso da adoção é semelhante. O relator do caso, ministro Ayres Britto, sustentou que, como a constituição não faz qualquer distinção entre formas de família quanto à adoção de crianças – um adulto solteiro pode adotar assim como duas pessoas casadas ou em união estável – isso significa que se se permite a casais do mesmo sexo celebrar uniões estáveis, também se deve permitir que eles adotem crianças.[80] No entanto, embora o relator tenha defendido esse ponto de vista, não há nenhum voto da corte sustentando o mesmo. Na verdade, essa questão não foi detidamente discutida.[81] Como expliquei acima, os ministros do Supremo Tribunal Federal escrevem seus votos individuais independentemente um do outro e, o que é ainda mais importante, sem ouvir o que seus colegas ministros pensam sobre cada questão do caso. Portanto, o fato de que o ministro relator tenha sustentado que casais do mesmo sexo podem adotar pode não ter qualquer consequência. Não porque sua visão foi rejeitada, mas simplesmente porque os outros não consideraram essa questão como relevante e não tinham nada escrito sobre a questão.

Como a questão da adoção não foi expressamente decidida, a mesma incerteza explicada acima a respeito da conversão de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo em casamento pode ocorrer quanto ao direito de adotar. Alguns juízes e tribunais inferiores podem interpretar que pessoas do mesmo sexo em uniões estáveis têm exatamente os mesmos direitos que pessoas de sexos diferentes em uniões estáveis e, portanto, que podem adotar, enquanto outros juízes podem ter um entendimento diferente sobre o assunto. Aqui, novamente, a definição sobre quais direitos tem um casal de pessoas do mesmo sexo é uma questão de pura sorte.

79 No âmbito prático, isso pode significar, por exemplo, que dois casais do mesmo sexo na mesa cidade podem pleitear a conversão de suas uniões estáveis em casamento e apenas um dele receber uma decisão positiva.

80 Supremo Tribunal Federal, , ADI 4277/ADPF 132, voto escrito do ministro relator (Ayres Britto), p. 656.

81 Além do ministro relator, apenas dois outros ministros mencionaram a questão da adoção: os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Entretanto, os dois fizeram menções de uma maneira obscura e não conclusiva. O ministro Lewandowski sustentou que os dispositivos que regulam uniões estáveis entre pessoas de diferentes sexos são aplicáveis – quando compatíveis – a uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Mas ele prontamente exclui dessa aplicação as regras que "exigem diversidade de sexos" (ADI 4277/ADPF 132, p. 719). É difícil entender o que ele quis dizer com essa expressão. Ele provavelmente quis dizer "ter filhos". Mas se é isso que queria mesmo dizer, não há sentido nenhum, porque o que exige de fato "diversidade de sexos" é o processo biológico de reprodução, não a adoção. O ministro Gilmar Mendes também mencionou a adoção, mas adicionou prontamente – sem mais argumentos – que a corte não deveria decidir a questão (ADI 4277/ADPF 132, p. 803).

9.5. Teorias da interpretação e separação de poderes

Ao longo deste artigo, levantei várias objeções quanto ao texto e quanto à instituição sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal. Sustentei repetidamente que o texto importa, assim como as instituições. Ainda assim, não apresentei uma teoria da interpretação bem desenvolvida, para demonstrar por que o texto importa, assim como não me detive numa discussão profunda sobre separação de poderes e seus limites, para justificar minhas objeções ao contorno institucional (*institutional bypass*) que descrevi acima. Para os propósitos deste artigo, isso não parece ser necessário.

Quando eu argumento que o texto importa, não estou advogando qualquer tipo específico de teoria da interpretação. O que exijo é muito mais direto e menos ambicioso: não podemos ignorar o texto constitucional. Em outras palavras, não podemos fingir que não há texto. Deve haver uma diferença – não importa quão tênue – entre ter um dispositivo constitucional que declara que casamentos e uniões estáveis são entre homem e mulher e não ter tal dispositivo constitucional. Como se tornou claro ao longo do artigo, é possível argumentar que esse dispositivo constitucional não impede necessariamente a extensão do casamento e da união estável a casais do mesmo sexo, mas estabelece um ônus argumentativo que não pode ser ignorado. Neste artigo, argumentei que é possível desenvolver uma linha de raciocínio que leva esse ônus argumentativo a sério e ainda assim alcança os mesmos (ou melhores) progressos substanciais a respeito de proteção igualitária perante a lei para casais do mesmo sexo.

Quanto ao aspecto institucional, também não estou advogando qualquer tipo específico de teoria da separação dos poderes. Não é verdadeiramente relevante aos propósitos deste artigo a discussão sem fim sobre legitimidade do direito criado pelos juízes. As razões que trouxe no artigo não são dependentes dessa questão. Simplesmente supus que uma decisão tomada pela corte *e* o congresso é, por várias razões, melhor que uma decisão tomada pela corte sozinha, especialmente – mas não só – porque a corte é incapaz de tomar uma decisão que sistematiza a questão, porque a corte não pode alterar a redação da constituição e do código civil e porque o contorno institucional (*institutional bypass*) descrito acima apenas contribui para agravar a inércia, a indiferença e a insensibilidade do legislativo quanto a assuntos moralmente relevantes mas politicamente arriscados.

10. Conclusão

Neste artigo, busquei mostrar que, embora tenha alcançado importantes e inegáveis progressos substantivos, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo implicou várias questões problemáticas formais e procedimentais. Alguém poderia argumentar que isso é uma concessão (*trade-off*) inevitável. Esse argumento em geral é assim colocado: para alcançar algum progresso na garantia da igualdade, foi preciso que ignorássemos algumas questões formais e procedimentais. Mas esse argumento de concessão (*trade-off*) não é sólido.

Ao longo deste trabalho, além de descrever as questões problemáticas formais e de procedimento, também busquei demonstrar que a ideia de uma concessão (*trade-off*) inevitável não é necessariamente aplicável. Essa ideia frequentemente se expressa a partir de expressões como "não podemos aguardar para sempre" ou "alguém tem de fazer". Tentei demonstrar que uma decisão fomentada pela corte mas tomada pelo parlamento (como na África do Sul) pode ser mais rápida, mais completa e sistemática, mais legítima e mesmo substancialmente mais avançada que a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Como foi visto no tópico anterior, mesmo do ponto de vista substantivo, a decisão brasileira deixou tantas questões sem resposta que uma das principais justificativas usadas nas duas ações – a busca por segurança jurídica – foi, no fim das contas, completamente minada. No país inteiro, a decisão sobre se casais do mesmo sexo podem converter sua união estável em casamento ou adotar filhos tem sido uma questão de pura sorte desde a decisão do Supremo Tribunal Federal. Se uma juíza considera que todas as uniões estáveis podem ser convertidas em casamento, ela deferirá a conversão; um juiz mais conservador pode indeferi-la, já que o Supremo Tribunal Federal não decidiu a questão especificamente.

Essa incerteza é o resultado da estratégia adotada, de contornar o congresso. Como o Supremo Tribunal Federal foi incapaz de decidir essa questão tão complexa de uma maneira sistemática, teve de se concentrar apenas em uma questão binária simplória: *sim* ou *não* às uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo.[82] Todo detalhe que vá além dessa decisão binária foi deixado em aberto. Não

82 Em termos abstratos, não há, é claro, qualquer relação causal entre a estratégia de uma corte decidir tudo por si só e os efeitos colaterais que apresentei no tópico anterior. Em outras palavras, uma decisão judicial pode ser tão sistemática e abrangente quanto uma lei. Mas da forma como é o processo decisório do Supremo Tribunal Federal, o fato de que questões decisivas como casamento e adoção foram deixadas em aberto não é uma coincidência. Para uma breve explicação desse processo decisório, ver tópico 3, acima. Para mais detalhes, ver …

porque era desimportante, mas em razão das particularidades do processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Como cada ministro elabora seu voto escrito independentemente dos outros ministros, alguns ministros mencionaram a conversão em casamento ou a adoção em seus votos, mas a maioria deles simplesmente se manteve em silêncio.[83] Como resultado, tais questões fundamentais foram deixadas em aberto para a interpretação de cada juiz nos tribunais inferiores no país todo.

Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece exibir não apenas problemas formais e de procedimento, mas também problemas de equidade (*fairness*). As exigências da proteção igualitária perante a lei parecem estar longe de serem observadas. Sobretudo, tentei enfatizar que o que está em jogo aqui não é apenas uma concepção ultrapassada de separação de poderes. Na verdade, uma concepção ultrapassada da separação de poderes entraria em choque com minha afirmação de que a corte deveria ter estabelecido um prazo para que o congresso legislasse.

Como conclusão, posso apenas repetir que o texto importa. E que instituições também importam. Entre outras coisas, se casais do mesmo sexo no Brasil ainda não sabem exatamente quais direitos têm, se podem converter suas uniões estáveis em casamento ou se podem adotar filhos, isso é devido em grande parte à falta de vontade do Supremo Tribunal Federal em estabelecer um diálogo com o Congresso Nacional. E se nós ainda temos uma constituição e um código civil cuja redação menciona que tanto união estável quanto casamento são uniões entre o homem e a mulher, isso é devido em grande parte à insistência de muitos em rotular qualquer tentativa de levar textos constitucionais e legais a sério como formalismo ou textualismo e sua falta de vontade em compreender o valor simbólico das palavras.

A corte claramente tinha as melhores cartas. Se tivesse jogado justo, o desfecho teria provavelmente sido muito melhor, para a corte em si, para o congresso, para a sociedade civil como um todo e especialmente para casais do mesmo sexo, que ainda não têm os mesmos direitos que casais de

83 Mesmo quando os ministros parecem concordar com dado raciocínio, isso não significa que estejam extraindo daí as mesma conclusões. A questão sobre se casais do mesmo sexo são uma família é um bom exemplo. Como mencionei acima, (ver tópico 3), o ministro relator, Ayres Britto, argumentou que, como família é um fato cultural e não biológico, é irrelevante se é constituída formal ou informalmente e especialmente se é composta de casais de sexos diferentes ou do mesmo sexo (Ayres Britto, p. 644). Vários votos seguiram raciocínios semelhantes chegaram 'à mesma conclusão: casais do mesmo sexo também são uma família (ver por exemplo os votos dos ministros Luis Fux, p. 669; Ricardo Lewandowski, p. 713; Joaquim Barbosa, p. 726; Marco Aurélio mello, p. 815; Celso de Mello, p. 841). Mas a questão sobre se família compostas de casais do mesmo sexo têm os mesmos direitos que famílias compostas de casais de sexos diferentes foi ainda assim deixada em aberto.

sexos diferentes têm. O Supremo Tribunal Federal poderia ter aproveitado muito se tivesse levado em conta a sabedoria de Oscar Wilde: "É preciso jogar justo... quando se têm as melhores cartas".[84]

84 Ver a epígrafe deste artigo.