Inelegibilidade e União Afetiva

Por Guilherme Calmon Nogueira da Gama



O desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Guilherme Calmon, é Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho (UGF), professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ (graduação e pós-graduação) e pesquisador do CNPq e da FUNADESP.

1. Visão Civil-Constitucional do Direito de Família

A Constituição Federal de 1988 produziu algumas repercussões, tais como a repersonalização e a despatrimonialização do Direito Civil, em especial no segmento da família brasileira. A noção de funcionalização da família - do atendimento aos interesses existenciais dos seus integrantes - pode ser identificada na ideia de comunhão plena de vida (CC, art. 1.511).

O perfil consensual e a afetividade são, hoje, os alicerces das famílias jurídicas, resgatando a emocionalidade nas relações privadas mais próximas. A família, como formação social, deve ser garantida constitucionalmente não em razão de titularizar um interesse superior ou superindividual, mas em função da realização das exigências das pessoas humanas no desenvolvimento de suas personalidades.

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento. A afetividade é

alçada a valor jurídico de fundamental importância para a constituição e manutenção das famílias atuais.

Deve-se compreender a família como comunidade de laços afetivos e amorosos em perfeita união, como célula menor da sociedade, envolta na solidariedade e respeito familiares.

2. Espécies de famílias

Dois aspectos decorrem do sistema atual: a) não há hierarquia entre as entidades familiares; b) a Constituição Federal não arrolou exaustivamente as entidades familiares. Na expressa previsão do texto constitucional, há duas famílias baseadas na conjugalidade: a) aquela fundada no casamento (CF, art. 226, § 1º); b) aquela fundada no companheirismo (CF, art. 226, § 3º).

A Constituição Federal não equiparou os diversos modelos de entidades familiares – daí a regra da conversão do companheirismo em casamento, a demonstrar a existência de diferenças.

> "A Constituição Federal não equiparou os diversos modelos de entidades familiares – daí a regra da conversão do companheirismo em casamento, a demonstrar a existência de diferenças"

No campo do parentesco, houve um alargamento de situações que, na perspectiva da filiação, passaram a receber tutela jurídica.

3. Inelegibilidade e as famílias jurídicas

As condições de elegibilidade (nacionalidade, gozo dos direitos políticos, alistamento no domicílio eleitoral) não se confundem com as causas de inelegibilidade (algumas restrições para concorrer em determinada eleição). As causas de inelegibilidade representam circunstâncias taxativamente previstas em lei sobre quem sofre obstáculo a concorrer a mandato eletivo.

As inelegibilidades têm fundamento de natureza ética, e buscam afastar influências ilegítimas, capazes de comprometer a lisura e transparência do pleito eleitoral. Busca-se defender a moralidade das eleições e impedir a consolidação do poder político em mãos de oligarquias.

O objetivo é neutralizar a influência e o prestígio que os familiares mais próximos do titular de um mandato eletivo no Executivo, ou seu substituto, pudessem trazer junto ao eleitorado, estabelecendo uma inconcebível vantagem em relação aos outros candidatos, tal como se verifica na regra do art. 14, § 7º, da CF.

No que tange ao cônjuge, o STF editou a Súmula Vinculante n. 18: "A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º, do art. 14, da Constituição Federal".

4. Famílias conjugais e Inelegibilidade

A inelegibilidade desaparece com a dissolução da sociedade conjugal, salvo no que tange à hipótese prevista na Súmula Vinculante n. 18. Contudo, retomada a convivência a dois, mesmo que não haja formal reconciliação (no casamento), persiste a inelegibilidade.

A regra do art. 14, § 7º, da CF, se estende aos companheiros (CF, art. 226, § 3º). O vínculo de afetividade consagrou a inelegibilidade do cônjuge e, nesse particular, também existe quanto ao companheiro; a

questão probatória será fundamental para tal demonstração. Também haverá inelegibilidade dos parentes mais próximos deste em razão da afinidade que eles passaram a ter quanto ao Chefe do Poder Executivo (CC, art. 1.595).

Polêmica quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo

Em maio de 2011, o STF julgou a ADI n. 4.277/DF e ADPF n. 132/RJ e, assim, resolveu a questão dos efeitos das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O Relator, Ministro Carlos Ayres Brito, empregou a técnica da interpretação conforme a Constituição para considerar que, na interpretação do art. 1.723, do Código Civil, deve-se excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. É oportuno identificar os principais fundamentos dos votos no STF.

A) Min. Carlos Ayres Brito: as uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade), continuidade e propósito ou anseio de constituição de uma família. Com base no art. 3º, IV, da CF, há a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. O Brasil adotou o Constitucionalismo fraternal, ou seja, aquele em que há integração comunitária das pessoas, com políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Numa democracia substancialista, verifica-se a respeitosa convivência dos contrários. Também o art. 5º, V, CF, ao tutelar a intimidade e vida privada, não permite excluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo. É de rigor o reconhecimento a tratamento isonômico do direito dos homoafetivos em relação aos dos heteroafetivos.

B) Min. Luiz Fux: A garantia institucional da família pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíproco entre os membros, com projeto coletivo, permanente e duradouro, de vida em comum. A teoria dos deveres de proteção, como consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, faz com que se balize a atuação do poder político e mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. A homossexualidade é um fato da vida; é uma orientação (e não uma opção sexual). O STF atua como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais em face da ação da maioria. Invocou-se, ainda, a questão da autonomia privada dos indivíduos como centro da dignidade da pessoa humana. Finalmente, registrou que, relativamente à comprovação da existência de convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar, deve haver algum temperamento quanto à publicidade (rectius, notoriedade).

"O vínculo de afetividade consagrou a inelegibilidade do cônjuge e, nesse particular, também existe quanto ao companheiro; a questão probatória será fundamental para tal demonstração."

C) Min. Marco Aurélio: a solução da questão independe do legislador, já que decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial da dignidade da pessoa humana. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos.

"O regime jurídico das entidades familiares envolve não apenas o reconhecimento de direitos, poderes, faculdades, mas também de deveres, ônus, obrigações e restrições. Daí a indivisibilidade do regime jurídico para não apenas contemplar direitos, poderes e faculdades. Daí a inserção do tema da inelegibilidade e as famílias"

D) Min. Celso de Mello: "ninguém pode ser privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica, por motivo de orientação sexual". É preciso efetivar a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática. No Brasil, houve a instauração e consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva. Há, atualmente, o direito personalíssimo à orientação sexual. Não houve lacuna voluntária ou consciente na CF sobre as uniões homoafetivas. É preciso reconhecer a direta incidência dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade. É preciso que haja ativismo judicial para fazer prevalecer a primazia da Constituição, na eventualidade de omissão do Estado, considerada da maior gravidade.

5. À guisa de conclusão

I) O regime jurídico das entidades familiares envolve não apenas o reconhecimento de direitos, poderes, faculdades, mas também de deveres, ônus, obrigações e restrições. Daí a indivisibilidade do regime jurídico para não apenas contemplar direitos, poderes e faculdades. Daí a inserção do tema da inelegibilidade e as famílias.

II) Logo, é imperioso reconhecer, ao menos no estágio atual, certos vínculos que não repercutem no regime jurídico das famílias jurídicas. Inserem-se, nesse contexto, o concubinato (impuro), as famílias simultâneas e as incestuosas.

III) Finalmente, é importante revisitar a questão dos requisitos e a relativização da prova das uniões homoafetivas e parentais civis, de modo a identificar casos de inelegibilidade ou não.