

EXMO. SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A PROCURADORA GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 9.882/99, vem propor

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

com o objetivo de que esta Corte declare: (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A presente petição inicial está instruída com cópia da representação formulada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (doc. 1), com pareceres proferidos pelo Professor Titular de Direito Civil da UERJ, Gustavo Tepedino (doc. 2) e pelo Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ, Luis Roberto Barroso (doc. 3), bem como com cópias de decisões judiciais

violadoras de preceitos fundamentais na questão em debate (docs. 4 a 14), e de ato normativo discutido na ação (art. 1.723 do Código Civil, doc. 15).

DA DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA À ADPF 132

O Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF nº 132, versando questão conexa à suscitada nesta ação, que foi distribuída ao Ministro Carlos Ayres de Britto. Assim, deve a presente ADPF ser distribuída por dependência àquela ação.

DOS FATOS

A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil. Embora as parceiras amorosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da Humanidade¹, é certo que, com liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas² e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros³.

Em sintonia com esta realidade, inúmeros países no mundo todo vêm estabelecendo formas diversas para reconhecimento e proteção destas relações afetivas. A premissa destas iniciativas é a idéia de

¹ Veja-se, a propósito, William N. Eskridge Jr. *The Case for Same-Sex Marriage*. New York: The Free Press, 1996, p. 15-50.

² Cf. Manuel Castells. *O Poder da Identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhart. São Paulo: Editora Paz e Terra, , 1999, p. 238-256; e Pierre Bourdieu. "Algumas Questões sobre o Movimento Gay e Lésbico". In: *A Dominação Masculina*. 4ª ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 143-149.

³ Cf. Michel Bozon. *Sociologia da Sexualidade*. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p. 53-55.

que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica não só em privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo à sua própria identidade e dignidade⁴.

Com efeito, com a superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que a concebia como “pecado” - cuja adoção pelo Estado seria francamente incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5º, inciso VI e art. 19, inciso I), - ou a que a tratava como “doença”⁵, hoje absolutamente superada no âmbito da Medicina⁶ e da Psicologia⁷, não subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhecimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as conseqüências jurídicas disso decorrentes.

A tese sustentada nesta ação é a de que se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher.

⁴ Cf. Martha C. Nussbaum. *Sex and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 201.

⁵ É clássica a abordagem de Michel Foucault sobre a medicalização das práticas homossexuais. Veja-se Michel Foucault. *História da Sexualidade 1: A Vontade de Saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 51-72.

⁶ A Organização Mundial da Saúde retirou o “homossexualismo” (sic) do seu catálogo oficial de doenças em 1985. E, desde 1995, ao tratar da condição do homossexual, ela aboliu nos seus documentos o uso do sufixo “ismo” – que denota condição patológica – substituindo-o pelo sufixo “dade” - que designa o modo de ser da pessoa. Cf. Fernanda de Almeida Brito. *União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

⁷ No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 1/99, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual”, vedando qualquer tipo de postura discriminatória.

Em outras palavras, defender-se-á que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo na ordem jurídica brasileira independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais acima mencionados.

Contudo, a ausência desta regulamentação legal vem comprometendo, na prática, a possibilidade de exercício de direitos fundamentais por pessoas homossexuais, que se veem impedidas de obter o reconhecimento oficial das suas uniões afetivas e de ter acesso a uma miríade de direitos que decorrem de tal reconhecimento, e que são concedidos sem maiores dificuldades aos casais heterossexuais que vivem em união estável.

Isto porque, embora já existam no país algumas normas tutelando, para finalidades específicas, a união entre pessoas do mesmo sexo, ainda não há, em nossa ordem infraconstitucional, qualquer regra geral conferindo a estas relações o tratamento de entidade familiar.

Pelo contrário, o Código Civil, ao disciplinar a união estável, circunscreveu-a às relações existentes entre homem e mulher, mantendo, neste particular, a orientação legislativa anterior, estampada nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Confira-se, a propósito, a definição legal do art. 1723 do referido Código:

*“Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”*

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de

direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito - como os homossexuais - que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de serem reconhecidas oficialmente as suas uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extra-patrimoniais disso decorrentes.

DO CABIMENTO DA ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

A doutrina, de modo geral, reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF⁸: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

A presente ADPF é de natureza autônoma. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a)

⁸ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg . *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001; e Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249.

exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Da Lesão a Preceito Fundamental

A tese de mérito desta ADPF é a de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implica em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da proteção à segurança jurídica.

Nem a Constituição Federal, nem a Lei 9.868/99, definiram o que se entende sobre “*preceito fundamental*”. Contudo, há consenso doutrinário sobre o fato de que estão englobados nesta categoria as normas mais relevantes da Constituição, que estruturam o seu sistema e condensam os seus valores mais importantes⁹.

Por isso, não pode haver nenhuma dúvida sobre a inclusão no conceito de “preceito fundamental” de princípios tão centrais à ordem jurídica pátria como os da dignidade da pessoa humana – fundamento da República e epicentro axiológico da Constituição –, da proibição de discriminações odiosas – inscrito no elenco dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, e da igualdade, da liberdade e da proteção à segurança jurídica – todos inseridos no elenco dos direitos fundamentais elaborado pelo poder constituinte originário.

(b) Atos do Poder Público

⁹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto”. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *op. cit.*, p. 128-149.

Os atos do Poder Público suscetíveis de questionamento através de ADPF podem ser comissivos ou omissivos.

No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve tanto atos comissivos como omissivos, relacionados ao não-reconhecimento público da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e à conseqüente denegação aos seus partícipes de uma pletora de direitos que decorreriam deste *status* – e.g., direito a alimentos, direito a sucessão do parceiro falecido, direito a percepção de benefícios previdenciários, direito a fazer declaração conjunta de Imposto de Renda, direito de subrogar-se no contrato de locação residencial do companheiro falecido, ou de prosseguir no contrato no caso de dissolução da união, direito à visitação íntima em presídios, direito à obtenção de licença para tratamento de pessoa da família, ou de licença em caso de morte, do companheiro ou companheira, dentre tantos outros.

Estes atos envolvem todos os poderes do Estado, nas três esferas da Federação, no âmbito das respectivas competências. Seria possível citar, a título de ilustração, as decisões judiciais de diversos Tribunais, que se negam a reconhecer como entidades familiares as referidas uniões, e os atos das administrações públicas que não concedem benefícios previdenciários estatutários aos companheiros dos seus servidores falecidos.

Na verdade, existe um verdadeiro estado geral de inconstitucionalidade nesta matéria, que se desdobra em uma multiplicidade de atos e omissões estatais, implicando em séria ofensa aos direitos fundamentais dos homossexuais.

É verdade que não há lei regulando a união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. No entanto, o caso não é de inconstitucionalidade por omissão, já que esta só se caracteriza quando há mora na edição de norma que seja indispensável para viabilização da

incidência de preceitos constitucionais carecedores de aplicabilidade imediata¹⁰.

Na hipótese, não é isso que ocorre, pois os princípios constitucionais citados no item anterior são de aplicação direta e imediata¹¹, viabilizando o imediato reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante da inexistência de lei.

(c) Da Inexistência de Outro Meio para Sanar a Lesividade

O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 instituiu o chamado “princípio da subsidiariedade” da ADPF. Há acesa controvérsia sobre como deve ser compreendido o princípio da subsidiariedade nas arguições incidentais. Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência e eficácia, ou não, de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão – que possam ser empregados na hipótese.

No caso, este requisito está plenamente satisfeito. Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade não poderia ser manejada, pois não se objetiva impugnar a constitucionalidade total ou parcial de qualquer preceito legal. A situação também não é, como salientado acima, de inconstitucionalidade por omissão, e mesmo que fosse, a respectiva ação direta não seria meio eficaz para sanar a lesão, uma vez que, neste instrumento de jurisdição constitucional, o provimento judicial se esgota na mera notificação do Congresso Nacional. E a ação declaratória de constitucionalidade não tem qualquer pertinência em relação ao caso.

¹⁰ Cf. Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 218-222.

¹¹ Segundo Ferrajoli, os direitos fundamentais decorrem direta e imediatamente de regras gerais de nível habitualmente constitucional, sem necessidade de intermediação de ato normativo qualquer, em razão de nota característica que os distingue de outros direitos, em especial os de caráter patrimonial: a sua indisponibilidade. Nesse sentido, estão a salvo do comércio político (sequer a maioria pode decidir suprimi-los ou reduzir o seu alcance) e econômico (Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001)

Portanto, realmente não existe outro meio no Direito brasileiro para sanar a lesão aos preceitos fundamentais versada nesta Representação.

Por tais razões, a ADPF é cabível no caso, na linha, aliás, de manifestação exarada em *obter dictum* pelo Ministro Celso Mello, na decisão em que extinguiu a ADI 3300.¹²

OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS: A OFENSA À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE (ARTS. 3º, IV, E 5º, CAPUT, DA CR)

O princípio da igualdade impõe que todas as pessoas devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração¹³. E tratar a todos com o mesmo respeito e consideração, significa reconhecer que todas as pessoas possuem o mesmo direito de formular e de perseguir autonomamente os seus planos de vida, e de buscar a própria realização existencial, desde que isso não implique na violação de direitos de terceiros.

¹² A decisão, divulgada no *Informativo STF 414*, tem a seguinte ementa:

“UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE ATIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF ART. 226, PAR.. 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTI O TEMA DAS UNIÕES ESTPAVEIS AFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR.: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF”

¹³ Cf. Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 205-213.

Na verdade, a igualdade impede que se negue aos integrantes de um grupo a possibilidade de desfrutarem de algum direito, apenas em razão de preconceito em relação ao seu modo de vida. Mas é exatamente isso que ocorre com a legislação infraconstitucional brasileira, que não reconhece as uniões entre pessoas do mesmo sexo, tratando de forma desigualitária os homossexuais e os heterossexuais.

De fato, o indivíduo heterossexual tem plena condição de formar a sua família, seguindo as suas inclinações afetivas e sexuais. Pode não apenas se casar, como também constituir união estável, sob a proteção do Estado. Porém, ao homossexual, a mesma possibilidade é denegada, sem qualquer justificativa aceitável.

Nem é preciso ressaltar que a possibilidade legal oferecida pelo ordenamento infraconstitucional, para que o homossexual constitua entidade familiar com pessoa do sexo oposto, não é suficiente para satisfação do princípio da igualdade. Em razão da sua condição homossexual – que não resulta de uma mera “opção”, mas está condicionada por fatores tidos como imutáveis¹⁴ – esta faculdade de constituir, sob o pálio legal, relações afetivas estáveis com pessoas do sexo oposto, não terá qualquer valor para a pessoa homossexual, pois estará em absoluto desacordo com as suas necessidades e inclinações psíquicas e espirituais mais profundas¹⁵.

Neste particular, não há qualquer diferença entre negar ao *gay* ou à *lésbica* a possibilidade de constituir família com pessoa do mesmo sexo, e vedar que o homem ou mulher heterossexual façam o mesmo, mas com indivíduos do sexo oposto. Em ambos os casos, trata-se de impedir a

¹⁴ Não há consenso sobre as causas da homossexualidade, pois há correntes que enfatizam a preponderância de fatores genéticos na definição da sexualidade humana, enquanto outras sublinham a prevalência da influência do ambiente, sobretudo durante a primeira infância. Contudo, existe, pelo menos entre os pesquisadores sérios, firme consenso no sentido de que a homossexualidade não é uma mera “escolha” do indivíduo, mas uma característica componente da própria identidade de cada pessoa.

¹⁵ Cf. Morris B. Kaplan. *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*. Routledge: New York, 1997, p. 207-238.

constituição legal do único tipo de entidade familiar que faria sentido para cada uma destas pessoas, em razão da sua própria identidade¹⁶.

Na verdade, sob a aparente neutralidade da legislação infraconstitucional brasileira, que apenas protegeu juridicamente as relações estáveis heterossexuais, esconde-se o mais insidioso preconceito contra os homossexuais. Esta postura está em franca desarmonia com o projeto do constituinte de 88, que pretendeu fundar uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”, como consta no Preâmbulo da Carta.

Não há dúvida, neste ponto, sobre a proibição constitucional de discriminações relacionadas à orientação sexual. Esta vedação decorre não apenas do princípio da isonomia, como também do art. 3º, inciso IV, da Carta, que estabeleceu, como objetivo fundamental da República, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Sobre esta questão, José Afonso da Silva salientou que a abrangência da vedação constitucional às outras formas de discriminação é suficiente para englobar aquelas fundadas na orientação sexual, já que este é também um fator que tem servido de base para desequiparações e preconceitos¹⁷.

Roger Raupp Rios chegou ao mesmo resultado a partir de argumentação distinta. Para ele, a discriminação contra o homossexual representaria desigualação fundada em sexo, constitucionalmente vedada. Nas suas palavras,

“...a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na

¹⁶ Cf. William N. Eskridge Jr.. *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights*. Routledge: New York, 2002, p. 127-158.

¹⁷ José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.

medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os tratamentos diferentes, neste contexto, tem a sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo¹⁸.”

O certo é que, independentemente da fundamentação que se prefira adotar, a discriminação motivada pela orientação sexual é constitucionalmente banida no Brasil. E esta argumentação é reforçada, quando se analisa a orientação seguida no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com efeito, o Brasil é signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, que foi promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 592, de 07 de julho de 1992. Este tratado internacional consagra o direito à igualdade nos seu arts. 2º, § 1º, e 26, ao proibir as discriminações “*por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação*”.

Apesar de inexistir no referido texto qualquer alusão expressa à discriminação fundada em orientação sexual, a Comissão de

¹⁸ Roger Raupp Rios. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*. São Paulo: RT, 2002, p. 133.

Direitos Humanos da ONU manifestou-se sobre o tema no caso *Nicholas Toonen v. Austrália*¹⁹, analisado em 1994, no sentido de que este tipo de desequiparação é também vedado. Para a Comissão “a referência a ‘sexo’ nos artigos 2º, § 1º, e 26, deve ser considerada como incluindo também a orientação sexual”. Este foi um dos argumentos da Comissão para apontar a violação de direitos humanos cometida pela Austrália, porque um dos seus estados - o Estado da Tasmânia - criminalizara as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Ora, mesmo que se entenda que os tratados sobre direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 não têm o *status* de norma constitucional, não há dúvida de que, no mínimo, deve o intérprete nacional buscar a harmonia entre a legislação interna sobre a matéria e a normativa internacional, visando a adequar o nosso ordenamento aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro²⁰. Daí porque, a vedação, pelo Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, das discriminações motivadas por orientação sexual, representa mais uma razão para que se conclua que a Constituição de 88 também proíbe as mesmas práticas.

Assim, a Constituição brasileira não está sozinha ao vedar as discriminações fundadas na orientação sexual. Pelo contrário, a ilegitimidade destas desequiparações arbitrárias vem sendo reconhecida em várias outras ordens constitucionais, que já afirmaram inclusive a existência de um direito fundamental ao casamento ou à constituição de união civil por pessoas do mesmo sexo.

É certo que nem toda desigualação promovida pela ordem jurídica é ilegítima. Como estabelece a conhecida máxima aristotélica, a

¹⁹ U.N Doc. CCPR/c/50/D/488/1992. Os trechos mais importantes desta decisão estão reproduzidos em William N. Eskridge & Nan D. Hunter. *Sexuality, Gender and the Law*. Westbury: The Foundation Press, 1997, p. 751-754.

²⁰ □ Cf. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 94-99; e Celso Lafer. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 42-43.

igualdade consiste em tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade. Portanto, para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade de alguma medida discriminatória, é necessário analisar se existe algum fundamento legítimo, razoável e suficiente para justificar a diferença de tratamento promovida pelo legislador infraconstitucional.

Sem embargo, neste ponto, há que se ter em mente a advertência de Robert Alexy, no sentido de que o ônus argumentativo pesa sobre quem sustente a validade das medidas discriminatórias e não sobre os que preconizam o tratamento igual. Como ressaltou o jurista alemão, *“se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual... Como se tem observado reiteradamente, a máxima general de igualdade estabelece assim a carga de argumentação para os tratamentos desiguais”*²¹.

E quais seriam as razões existentes para justificar a impossibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo? Além do argumento atinente à redação do art. 226, § 3º, do texto magno, que será analisado e refutado em outro item, é possível listar alguns outros que vêm sendo empregados pelos opositores da legalização das uniões entre casais do mesmo sexo: estas uniões seriam “pecaminosas”, contrariando a lei divina e o direito natural; elas atentariam contra a “natureza das coisas”; elas não mereceriam proteção legal porque não dão ensejo à procriação; elas estimulariam comportamentos sexuais desviantes, enfraquecendo a família e o casamento; e elas não estariam em consonância com os valores predominantes na sociedade.

Porém, nenhum destes argumentos pode ser aceito na ordem constitucional brasileira.

O argumento do “pecado”, como já se ressaltou antes, é francamente incompatível com os princípios da liberdade religiosa e da

²¹ □ Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 395-396.

laicidade do Estado (art. 5º, VI e 19, I, CF). O Estado laico não pode basear os seus atos em concepções religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, pois, do contrário, estaria desrespeitando todos aqueles que não a professam, sobretudo quando estiverem em jogo os seus próprios direitos fundamentais²².

Por isso, as religiões que se opõem à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem estes laços afetivos. O Estado, contudo, não pode basear-se no discurso religioso para o exercício do seu poder temporal, sob pena de grave afronta à Constituição.

O argumento de contrariedade à “natureza das coisas” tampouco convence. Em primeiro lugar, porque, do ponto de vista biológico, a homossexualidade é tão “natural” como a heterossexualidade, manifestando-se também entre outros seres vivos e ostentando, segundo uma importante corrente, um forte componente genético.

Mas, ainda que assim não fosse, não seria legítimo cercear a igual liberdade de cada um de perseguir a própria felicidade, escolhendo o seu parceiro ou parceira familiar, com base em argumentos desta ordem. Afinal, o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana significa, no mínimo, a proteção de uma esfera de autonomia moral do indivíduo para decidir sobre como conduzir a sua própria vida, desde que isto não lese direitos de terceiros.

Na verdade, o argumento relativo à “natureza das coisas” deve ser empregado para legitimar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, e não o contrário. De acordo com Karl Larenz, a argumentação correlacionada à natureza das coisas objetiva estabelecer uma concordância recíproca entre as esferas do ser e do dever ser.²³ Ora, no plano da realidade, existe um sem-número de casais homossexuais que formaram uniões afetivas

²² Cf. Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 346-361.

²³ Karl Larenz. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 150..

estáveis e duradouras, não reconhecidas pela ordem jurídica infraconstitucional.

Portanto, pelo argumento da “natureza das coisas”, deve ser conferido a estas uniões um tratamento jurídico adequado à sua realidade, que é a de autênticas entidades familiares.

A alegação de que a impossibilidade de procriação justificaria a não-proteção da união entre pessoas do mesmo sexo é também equivocada. Isto porque, o incentivo à procriação não é o objetivo da tutela legal dispensada à união estável. Existem inúmeros outros motivos válidos e legítimos que levam os casais a optarem pela construção de uma vida em comum, que sempre foram aceitos pelo Direito. Tanto é assim que nem mesmo se discute o direito à constituição de família por casais heterossexuais inférteis, ou que não pretendam ter filhos.

Melhor sorte não assiste ao argumento de que a legalização união entre pessoas do mesmo sexo representaria um estímulo a práticas sexuais desviantes, ou que poria em risco o casamento e a família tradicionais.

Com efeito, a própria premissa em que se assenta a primeira parte do argumento – de que a homossexualidade é um “desvio” que deve ser evitado – é francamente incompatível com o princípio da isonomia e parte de uma pré-compreensão preconceituosa e intolerante, que não encontra qualquer fundamento na Constituição de 88. A homossexualidade é uma condição do indivíduo, não sendo, a rigor, positiva ou negativa, da mesma forma que outras características humanas, como a cor da pele.

Além disso, a idéia de que a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo possa estimular a conversão de pessoas heterossexuais à homossexualidade soa absolutamente implausível. Na verdade, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado estará tão-somente respeitando e conferindo a devida proteção legal às

escolhas afetivas feitas por pessoas que não teriam como se realizar existencialmente através da constituição de família com indivíduos do sexo oposto.

Tampouco é correto afirmar que a união entre as pessoas do mesmo sexo enfraquece a família ou o casamento.

Em relação à família, há que se ter em mente que o seu modelo tradicional, patriarcal e hierarquizado, atravessa hoje uma crise profunda, causada por vários fatores, com destaque para a progressiva emancipação da mulher²⁴. Aquele vetusto modelo familiar, com papéis rigidamente definidos - o homem chefe de família e “provedor”; a mulher submissa e circunscrita à esfera doméstica; os filhos obedientes e sem voz - não é objeto de proteção constitucional, pois neste ponto, como em tantos outros, quis o constituinte introduzir modificações visando a compatibilizar os tradicionais institutos jurídicos com os valores democráticos e igualitários subjacentes à Carta de 88.

Hoje, afirma-se que a família não é protegida pela Constituição como um fim em si, mas antes como um meio, que é tutelado na medida em que permite que cada um dos seus integrantes se realize como pessoa, num ambiente de comunhão, suporte mútuo e afetividade²⁵.

Em outras palavras, não há dúvida de que a ordem constitucional tutela a família, mas isto não significa que ela a tenha posto numa redoma jurídica, para abrigá-la diante das tendências liberais e igualitárias que ganham corpo na sociedade contemporânea, dentre as quais se insere o movimento de afirmação dos direitos dos homossexuais. Pelo

²⁴ Cf. Anthony Giddens. *A Transformação da Intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992; Maria Del Priore. *História do Amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 231 ss.

²⁵ Cf. Gustavo Tepedino. “A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 347-366; Maria Berenice Dias. *A União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59-70; Luiz Edson Fachin. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-40.

contrário, a Constituição de 88 instituiu um novo paradigma para a família, assentado no afeto e na igualdade.

Partindo-se desta premissa, é fácil concluir que o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo não enfraquece a família, mas antes a fortalece, ao proporcionar às relações estáveis afetivas mantidas por homossexuais – que são autênticas famílias, do ponto de vista ontológico - a tutela legal de que são merecedoras.

Por outro lado, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo em nada modificaria o instituto do casamento, nem tampouco impediria ninguém de se casar.

Aliás, a Corte Constitucional alemã manifestou-se exatamente sobre esta questão, quando apreciou a arguição de inconstitucionalidade de uma lei que instituía naquele país a parceria civil registrada entre homossexuais²⁶, afirmando que tal lei não infringira nem a liberdade de casar, nem a garantia institucional do casamento, asseguradas no art. 6.1 da Lei Fundamental de Bonn. Isto porque, nas palavras do Tribunal, após a criação da nova parceria, tanto *“o caminho para o casamento permanece aberto para todas as pessoas que tenham a capacidade de casar”*, como *“todas as regras que dão ao casamento o seu o arcabouço legal do casamento e atribuem à instituição as suas conseqüências legais continuam a existir”*.

Finalmente, o argumento de que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser aceita, por contrariar a moralidade dominante na sociedade brasileira, também deve ser rejeitado.

Em primeiro lugar, porque é no mínimo muito duvidosa a afirmação de que a sociedade hoje se posiciona majoritariamente contra o reconhecimento dos relacionamentos estáveis homossexuais. Não há dados estatísticos incontroversos, mas, em que pese a persistência do

²⁶ BverfGE 1/01 (2002).

preconceito e da homofobia no país, parece certo que a visão social sobre o tema da homossexualidade vem se liberalizando progressivamente nos últimos tempos. Prova eloquente disto é o fato de que as maiores e mais concorridas manifestações públicas que têm ocorrido no Brasil nos últimos anos são as paradas, passeatas e manifestações do movimento *gay*, que mobilizam centenas de milhares de pessoas em diversas capitais do país.

Mas, ainda que assim não fosse, o papel do Direito – e especialmente o do Direito Constitucional – não é o de referendar qualquer posicionamento que prevaleça na sociedade, refletindo, como um espelho, todos os preconceitos nela existentes. Pelo contrário, o Direito deve possuir também uma dimensão transformadora e emancipatória, que se volte não para o congelamento do *status quo*, mas para a sua superação, em direção à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Por isso, a subsistência de uma visão social preconceituosa a propósito das relações homossexuais não pode servir de fundamento, no plano da argumentação constitucional, para o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

Desta forma, conclui-se que não existem razões de peso suficiente que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.

Pelo contrário, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presente nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos, que são hoje amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica²⁷.

27

□ Cf. Ana Carla Harmatiuk Matos, *op. cit.*, p. 59-62.

A OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo tem conseqüências em dois planos distintos, mas que se interpenetram. Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de cidadão de 2ª classe.

Sob ambos os prismas, há uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, alguns dos direitos que são denegados aos parceiros em relações homoafetivas são ligados às condições básicas de existência²⁸, como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários.

Portanto, privar os membros de uniões afetivas destes e de outros direitos, atenta contra a sua dignidade, expondo-os a situações de risco social injustificado, em que pode haver comprometimento às suas condições materiais mínimas para a vida digna.

²⁸ A garantia das condições materiais básicas de vida – mínimo existencial - é um dos aspectos essenciais do princípio da dignidade da pessoa humana. Confira-se, a propósito, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 90-98; e Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191-200.

Sem embargo, independentemente disto, o não-reconhecimento em si da união entre pessoas do mesmo sexo já encerra um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social.

Trata-se de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana²⁹. Isto porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima³⁰, que já foi definida por John Rawls como “*o mais importante bem primário*” existente na sociedade.³¹

O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade. Nas palavras de Axel Honneth,

“A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio

²⁹ Cf. Charles Taylor. “La Política del Reconocimiento”. In: Amy Gutmann (org.). *El Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 46-47; e Gregório Peces-Barba Martines. *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 75-76.

³⁰ Cf. Amy Gutmann. *Identity in Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 42.

³¹ John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 440.

*como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características.*³²

Por isso, quando se quer proteger e emancipar os grupos que são vítimas de preconceito, torna-se necessário travar o combate em dois *fronts*: no campo da distribuição e no campo do reconhecimento³³. No campo da distribuição, trata-se de corrigir as desigualdades decorrentes de uma partilha não equitativa dos recursos existentes na sociedade. E no campo do reconhecimento, cuida-se de lutar contra injustiças culturais, que rebaixam e estigmatizam os integrantes de determinados grupos.

Como a homossexualidade está distribuída homogeneamente por todas as classes sociais, a injustiça contra os homossexuais deriva muito mais da falta de reconhecimento do que de problemas de distribuição. A distribuição até pode ser afetada, como quando, por exemplo, discrimina-se o homossexual no acesso ao mercado de trabalho, mas os problemas de distribuição são, em regra, uma consequência da falta de reconhecimento, e não o contrário.³⁴

Ora, quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que caracteriza o homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Note-se que, no caso presente, nem mesmo se pretende a adoção de qualquer medida de discriminação positiva em favor dos homossexuais. Pelo contrário, tenciona-se tão-somente refutar uma prática do

³² Axel Honneth. *Luta por Reconhecimento*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 217/218.

³³ Cf. Nancy Fraser. "Da Distribuição ao Reconhecimento? Dilemas na Era Pós-Socialista". In: Jessé de Souza (Org.). *A Democracia Hoje*. Brasília: Ed. UNB, 2001, p. 245-282.

³⁴ *Op. cit.*, p. 257-258.

Estado, cujo efeito é o de reforçar as injustiças culturais contra os membros deste grupo, ao denegar a eles a possibilidade real de exercício de um direito básico, que deveria ser garantido de forma universal e igualitária: o de constituir família.

Ademais, o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo viola um aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com a máxima kantiana de não instrumentalização da pessoa³⁵. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana a exigência de que cada indivíduo seja sempre tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e nunca como um meio³⁶. Mas quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele instrumentaliza os homossexuais, sacrificando os seus direitos e a sua autodeterminação em nome de uma concepção moral tradicional e não-pluralista.

Por todas estas razões, o não-reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo representa uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A OFENSA AO DIREITO À LIBERDADE

Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros.³⁷

³⁵ Emmanuel Kant. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. In: *Os Pensadores: Kant (II)*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135 ss.

³⁶ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 90.

³⁷ O jusfilósofo e constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino referiu-se, neste sentido, ao princípio da autonomia da pessoa, segundo o qual “sendo valiosa a livre eleição individual de

Desde o advento do Estado Social, tem-se reconhecido no campo constitucional que a maior ênfase na proteção da liberdade deve recair sobre os aspectos existenciais da vida humana, e não sobre as decisões de conteúdo predominantemente patrimonial³⁸. Com efeito, se, por um lado, assistiu-se a uma relativização das liberdades econômicas – direito de propriedade, livre iniciativa, etc. –, em nome de interesses da coletividade, por outro, reforçou-se a proteção da liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que tocam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

Neste ponto, não há dúvida de que um dos aspectos mais essenciais desta liberdade existencial constitucionalmente protegida diz respeito à autonomia de cada indivíduo de escolher a pessoa com a qual pretende manter relações afetivas estáveis, de caráter familiar.

Com efeito, tão óbvia é a importância da livre constituição da família para a realização da pessoa humana que ela nem precisa ser aqui enfatizada. Afinal, é em geral na família que o indivíduo trava as suas relações mais profundas, duradouras e significativas; é nela que ele encontra o suporte espiritual para os seus projetos de vida e o apoio moral e material nos seus momentos de maior dificuldade.

Mas para que a família desempenhe realmente este papel vital para a realização existencial dos seus membros, a sua constituição deve basear-se num ato de liberdade, em que cada indivíduo tenha a possibilidade de escolher o parceiro ou a parceira com quem pretende compartilhar a vida. Daí porque, na esteira das lições de Gustavo Tepedino, pode-se apontar a *“inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado*

planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não devem interferir nesta eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual destes planos de vida e à satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução” (Ética y Derechos Humanos. 2ª ed, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 204-205).

³⁸ Cf. Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141-182.

*pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimentos pré-concebidos, as mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica.*³⁹

É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade. Ao não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no “armário”. Esta negativa, como salientou Luis Roberto Barroso, embaraça *“o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos”*⁴⁰.

É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

³⁹ Parecer citado, p. 09.

⁴⁰ Parecer citado, p. 23.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um valor fundamental no Estado de Direito, na medida em que é a sua garantia que possibilita que as pessoas e empresas planejem as próprias atividades e tenham estabilidade e tranquilidade na fruição dos seus direitos⁴¹.

No sistema constitucional brasileiro, a segurança é referida no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição, e a idéia de segurança jurídica permeia e fundamenta uma série de direitos fundamentais e institutos constitucionais relevantes, como o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), e os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributária (art. 150, III, alíneas *a* e *b*, CF). Daí por que pode-se falar na existência de um princípio constitucional de proteção à segurança jurídica.⁴²

A relação entre o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e a segurança jurídica não é tão evidente como a que foi traçada entre ele e os princípios constitucionais acima referidos. Mas ela é também importante e inequívoca.

Com efeito, a insegurança jurídica se instala não apenas quando os poderes Legislativo ou Executivo inovam no ordenamento legal de forma abrupta, atingindo situações consolidadas no passado, ou quando eles, pela sua ação ou omissão, frustram a legítima confiança dos cidadãos. A exigência de segurança jurídica envolve igualmente a função jurisdicional, uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de

⁴¹ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

⁴² Em decisões do STF a segurança jurídica vem sendo caracterizada como subprincípio constitucional, decorrente do princípio do Estado de Direito. Veja-se, e. g., o MS nº 24.580/DF, julgado em 22.04.2004, Rel. Min. Gilmar Mendes: “*Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.*”

grave intranquilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a união entre pessoas do mesmo sexo, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes⁴³.

Isto porque, independentemente do seu não-reconhecimento oficial, a união entre pessoas do mesmo sexo ocorre no plano dos fatos. Diante desta realidade, surgem questões importantes a serem decididas, e a inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico destas entidades gera imprevisibilidade, acarretando problemas não só para os seus partícipes, como também para terceiros.

Em relação aos parceiros, é natural, como salientou Luís Roberto Barroso, que eles *“queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos dentre outros”*⁴⁴, o que não ocorre no contexto atual, pelo silêncio do legislador ordinário e a indeterminação da jurisprudência pertinente.

Além disto, terceiros de boa fé que celebram negócios jurídicos com quaisquer dos membros da união também são atingidos por esta insegurança jurídica, na medida em que podem surgir, por exemplo, dúvidas sérias sobre a extensão da responsabilidade de cada companheiro por dívidas contraídas por um deles ou pelo casal, ou ainda incerteza sobre a validade de determinados atos jurídicos praticados por um companheiro sem o consentimento do outro, como fianças e alienação de bens do patrimônio comum.

Estas e outras situações evidenciam que, para proteger a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões entre pessoas do mesmo sexo como de terceiros, é essencial a definição do regime jurídico a que se submetem estas parcerias. Assim, diante da inércia do legislador e da identidade entre as respectivas hipóteses, o caminho para superação desta

⁴³ □ Cf. Luis Roberto Barroso. Parecer citado, p. 28.

⁴⁴ □ Idem, ibidem.

insegurança só pode ser a extensão do regime legal da união estável para as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, através de decisão judicial do STF, revestida de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO

Um obstáculo que se invoca contra a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, “§ 3º, da Constituição, segundo o qual, *“para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”*.

Os adversários da união homoafetiva alegam que o preceito em questão impediria o seu reconhecimento no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Porém, o raciocínio não convence.

Sabe-se que a Constituição não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais.

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. Estes princípios, que são portadores de um elevado significado axiológico, não ostentam formalmente uma hierarquia superior, mas possuem uma importância maior na ordem constitucional, na medida em que têm um raio de incidência mais amplo, e atuam como vetores interpretativos na aplicação de todas as demais normas⁴⁵.

⁴⁵ Cf. Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Renovar, 1996, p. 141-150.

No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificar tais princípios. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente “*Dos Princípios Fundamentais*”. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o § 3º do art. 226 - , deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

É verdade que toda esta argumentação principiológica ruiria por terra se houvesse vedação textual à união entre pessoas do mesmo sexo. Porém, não é isso o que ocorre. Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Porém, esta ausência de referência não significa silêncio eloquente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento. Neste sentido, confira-se o magistério da Professora Titular de Direito Civil da UERJ, Maria Celina Bodin de Moraes, ao criticar a tese oposta a que ora se sustenta:

“O raciocínio implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’ segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos.”

Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes e de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico”⁴⁶

A rigor, diante do silêncio do texto constitucional, são três as conclusões possíveis: (a) a Constituição proibiu as uniões entre pessoas do mesmo sexo; (b) a Constituição não se pronunciou sobre o assunto, que pode ser livremente decidido pelo legislador, num ou noutro sentido; e (c) a Constituição requer o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, impondo-se, em razão do sistema constitucional, uma interpretação analógica do seu art. 226, § 3º.

Os princípios fundamentais acima referidos impõem a terceira opção.

A primeira delas deve ser descartada, porque implica na cristalização, em sede constitucional, de uma orientação preconceituosa e excludente, que está em franca desarmonia com alguns dos valores mais importantes da própria Carta: dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição de discriminações odiosas, construção de uma sociedade livre justa e solidária, etc.

⁴⁶ Maria Celina Bodin de Moraes. “A união entre pessoas do mesmo sexo: Uma análise sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil* nº 01:89-112, 2000, p. 105. Desenvolvendo a mesma argumentação, veja-se ainda Ana Paula Ariston Barion Peres. *A Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56-57.

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. Teríamos aqui uma regra destoante num regime constitucional tão humanista, cuja superação, entretanto, demandaria alteração no texto constitucional por via de emenda.

Mas, como já foi dito, não é este o caso. Assim, pelo princípio da unidade da Constituição, deve-se rejeitar a exegese do art. 226, § 3º, que o ponha em franco antagonismo com os princípios fundamentais da República.

A segunda alternativa, que remete a resolução da questão ao legislador, também não é a mais correta. Se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo envolve questão de direito fundamental, como se demonstrou nos itens precedentes, então não é razoável colocá-lo na esfera da discricionariedade legislativa.

Afinal, os direitos fundamentais envolvem, por definição, limites impostos às maiorias em proveito da dignidade da pessoa humana de cada indivíduo. Na conhecida expressão de Ronald Dworkin⁴⁷, estes direitos são trunfos, que prevalecem diante das preferências comunitárias ou de cálculos utilitaristas, e que, portanto, devem estar ao abrigo do comércio político, protegidos do arbítrio ou do descaso do legislador pela Constituição.

Daí por que só resta a última alternativa, de conceber a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar implicitamente reconhecida pela Constituição, equiparada, por interpretação analógica, à união estável entre homem e mulher.

A interpretação analógica justifica-se aqui porque as razões para a atribuição do caráter familiar à união estável não se prendem à diversidade do sexo dos companheiros – elemento meramente acidental - mas

⁴⁷ Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. *Op. cit.*, p. 80-130. Veja-se também Oscar Vilhena Vieira. *Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47-50.

ao afeto que os une, à estabilidade dos laços e ao desígnio comum de constituição da família. Estes fatores são indiferentes em relação à identidade ou diversidade do sexo dos parceiros, podendo apresentar-se tanto nas uniões heterossexuais como nas homossexuais.

Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, a *contrario sensu*, o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito⁴⁸. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a *inclusão*, como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais.⁴⁹

Assentada esta coordenada, cumpre destacar que a ausência de legislação infraconstitucional que expressamente tutele a união entre pessoas do mesmo sexo não representa obstáculo para o imediato reconhecimento judicial destas entidades familiares. Deveras, se premissa de que se parte é a de que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica impõem o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, cabe então invocar não só o postulado hermenêutico da efetividade ou força normativa da Constituição, como também a cláusula mais

⁴⁸ Cf. Gustavo Tepedino. “Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”, *op. cit.*

⁴⁹ Neste sentido, a observação precisa de Luís Roberto Barroso, ao criticar a exegese de que o art. 226, § 3º, da CF conteria vedação à união entre pessoas do mesmo sexo: “*Extraír deste preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: de norma de inclusão. De fato, ela foi historicamente introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.*” (Parecer citado, p. 34).

específica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF), para afirmar a desnecessidade de mediação legislativa no caso.

Neste quadro de ausência de regulamentação infraconstitucional, a união entre pessoas do mesmo sexo deve ser regida pelas regras que versam sobre a união estável heterossexual, previstas no art. 1723 e seguintes do Código Civil, aplicadas analogicamente⁵⁰.

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A trajetória do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil iniciou-se com decisões judiciais que, sem atribuírem a ela a natureza de entidade familiar, equipararam-na à sociedade de fato.

Neste sentido, cumpre ressaltar a precursora decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo envolvendo os bens deixados pelo artista plástico Jorge Guinle Filho, que faleceu depois de ter convivido por 17 anos com parceiro do mesmo sexo.⁵¹

Com o passar do tempo, esta orientação foi se afirmando na jurisprudência, que passou a tratar das relações entre os parceiros homossexuais como questão inserida no âmbito do Direito das Obrigações.⁵²

Todavia, esta solução, que é hoje a predominante no âmbito da jurisprudência nacional⁵³, apesar de representar um avanço em

⁵⁰ Também defendendo a aplicação analógica das regras sobre a união estável heterossexual à união entre pessoas do mesmo sexo, veja-se Luiz Edson Fachin. *Direito de Família. Op. cit.*, p. 124-126.

⁵¹ Apelação Cível nº 731/89, julgada em 08.08.89.

⁵². Cf. REsp. nº. 148.897-MG, julgado em 10.02.1998.

relação ao passado, em que se negava qualquer efeito jurídico às uniões entre pessoas do mesmo sexo, está longe de ser satisfatória.

Com efeito, a negativa do caráter familiar à união entre parceiros do mesmo sexo representa uma violência simbólica contra os homossexuais, que referenda o preconceito existente contra eles no meio social. É artificial, por outro lado, a equiparação com a sociedade de fato, que faz tábula rasa do propósito real que une os companheiros homossexuais, situado no plano da afetividade, e não na esfera econômica. Ademais, desta linha jurisprudencial resultam conseqüências práticas negativas para os parceiros, uma vez que a sociedade de fato não envolve uma série de direitos que se aplicariam, caso fosse atribuída a tais relações uma natureza análoga à da união estável.

Contudo, já se encontram na jurisprudência decisões mais avançadas nesta matéria, valendo destacar as que vêm sendo proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que já se pronunciou sobre a competência das varas de família para julgamento das ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo⁵⁴, sobre a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual⁵⁵ e também sobre a possibilidade de reconhecimento destas entidades familiares. Nesta última questão, é paradigmática a decisão proferida pela 7ª Câmara Cível daquele Tribunal na Apelação Cível nº 7000138892, relatada pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis e julgada em 14.03.2001, que teve a seguinte ementa:

⁵³ No Superior Tribunal de Justiça, veja-se as decisões proferidas nos REsp. nº. 148.897-MG, 4ª Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado Aguiar, julgado em 10.02.1998; REsp. 32.3370/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, julgada em 14.12.2004; e REsp. 502995/RN, 4ª Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgada em 26.04. 2006.

⁵⁴ Veja-se, *e.g.*, Agravo de Instrumento nº 599075496, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Mussi, julgada em 17.06.1999; Agravo de Instrumento 598362655, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgada em 15.09.1999; e Conflito de Competência 70000992156, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 29.06.2000.

⁵⁵ Apelação Cível nº 70013801592, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil dos Santos, julgada por unanimidade em 05 de abril de 2006.

“UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA.

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas.

Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais de direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma onde se debruça a melhor hermenêutica.”

Por outro lado, no campo previdenciário, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1^a ⁵⁶, 2^a ⁵⁷, 4^a ⁵⁸ e 5^a ⁵⁹ Regiões e do próprio STJ⁶⁰, reconhecendo o direito do homossexual ao recebimento de pensão do INSS ou estatutária, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

Importantíssimos, ainda, foram os termos de duas decisões monocráticas proferidas pelos Ministros Marco Aurélio Mello e Celso Mello no STF.

No primeiro caso, tratava-se de pedido de suspensão da decisão proferida pela Justiça Federal do Rio Grande do Sul, que deferira liminar na já comentada ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, determinando a extensão aos casais homossexuais dos benefícios previdenciários percebidos pelos casais heterossexuais, em todo o território nacional. O Ministro Marco Aurélio, na condição de Presidente do

⁵⁶ Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.000697-0/MG, 2^a Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, julgado em 29.04.2003.

⁵⁷ Apelação Cível nº 2002.51.01.000777-0, 3^a Turma, Rel. Des. Federal Tânia Heine, publicado no DJ de 21.07.2003, p. 74.

⁵⁸ Apelação Cível nº 2000.04.01.073643-8, 6^a Turma, Rel. Des. Nylson Paim de Abreu, julgada em 21.11.2000; Apelação Cível nº 2001.04.01.027372-8/RS, Rel. Des. Fed Edgar Lippman Jr., julgada em 17 de outubro de 2002; Apelação Cível nº 2001.72.00.006119-0/SC, 3^a Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgada em 21 de setembro de 2004; Apelação Cível nº 2001.70.00.02992-0-0/PR, 5^a Turma, Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro, julgada em 15 de dezembro de 2004; e Apelação Cível nº 2000.71.000.009347-0/RS, 6^a Turma, Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira, julgada em 27 de julho de 2005.

No último caso citado, tratava-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, dotada de efeitos nacionais, que postulava a condenação do INSS a conceder aos parceiros homossexuais direitos previdenciários em igualdade de condições em relação aos casais heterossexuais. Na ementa do acórdão que acolheu o pedido, ficou registrado:

“11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão.”

⁵⁹ Apelação Cível nº 2003.05.00.029875-2, 3^a Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, julgada em 14.05.2004; Apelação Cível nº 2002.84.00.002275-4, 3^a Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, julgada em 17.06.2004; e Apelação Cível nº 2000.81.00.017834-9, Rel. Des. Fed. José Batista de Almeida Filho, julgada em 13.12.2005.

⁶⁰ REsp. nº 395.904/RS, 6^a Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13.12.2005.

STF, indeferiu o pedido, em extensa decisão, da qual se extrai o seguinte trecho:

“Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do art. 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se o preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folhas 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, parágrafo 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do art. 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V do art. 201. Ora, diante deste quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar a queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação do Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou a companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases

*recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria.*⁶¹

A segunda decisão mencionada, da lavra do Ministro Celso Mello, foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300, ajuizada conjuntamente pela Associação da Parada do Orgulho dos gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, em que se impugnava a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.278/96, que definira a união estável como vínculo familiar entre homem e mulher, excluindo as uniões homoafetivas. O Ministro, na condição de Relator, julgou extinto o processo, tendo em vista o fato de que a norma questionada fora revogada pelo novo Código Civil. No entanto, S. Exa. não se esquivou de tecer relevantíssimas considerações sobre o tema de fundo:

“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental – cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a

⁶¹ Petição 1.984-9 Rio Grande do Sul, apreciada em 10 de fevereiro de 2003.

*proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, do outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.*⁶²

Finalmente, cabe destacar a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral a propósito da impugnação do registro de candidata ao cargo de Prefeito de Viseu/PA, que mantinha parceria estável com a então prefeita reeleita daquele Município. A questão relacionava-se à aplicação ao caso do art. 14, § 7º, do texto magno, que prevê a inelegibilidade do cônjuge dos chefes do Executivo, no âmbito das respectivas circunscrições eleitorais, e que é também empregado, de acordo com pacífica jurisprudência, na hipótese de união estável. O acórdão, relatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, concluiu, por unanimidade, no sentido da incidência à hipótese da referida regra de inelegibilidade, consignando:

“ É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes vínculos afetivos.

⁶² Decisão de 03 de fevereiro de 2006, reproduzida no *Informativo STF* nº 414, e disponível em <http://www.stf.gov.br>

*Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, Parágrafo 7º, da Constituição Federal*⁶³.

Portanto, muito embora a posição jurisprudencial dominante seja ainda a da equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo à sociedade de fato, manifesta-se uma forte tendência, inclusive no âmbito do STF, no sentido da revisão deste posicionamento, para fins de atribuição a esta entidade de *status* análogo ao da união estável, com base na aplicação direta de princípios constitucionais.

BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO COMPARADO

Em todo o mundo ocidental existe uma nítida tendência no sentido do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

De fato, há atualmente casamento entre pessoas do mesmo sexo na Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, na África do Sul e nos Estados norte-americanos de Massachusetts e New Jersey. Por outro lado, estas uniões são reconhecidas sem o *status* do casamento, e com denominações variadas, na França, Portugal, Alemanha, Reino Unido, Suíça, Islândia, Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia, Hungria, República Tcheca, Croácia, Slovênia, Letônia, Andorra, Luxemburgo, Mônaco, em algumas regiões da Itália, em Israel, Colômbia, Guadalupe, Martinica, Antilhas Holandesas, Guiana Francesa, Nova Zelândia, Nova Caledônia, nas províncias argentinas de Buenos Aires e Rio Negro, e nos Estados norte-americanos da Califórnia,

⁶³ REsp nº 24.564/PA. Decisão proferida em 1º. 10.2004.

Vermont, Connecticut, Hawaii, Maine e no Distrito de Colúmbia (Washington DC), dentre outros.

Em muitos casos, esta proteção aos casais homossexuais decorreu de atos legislativos. Neste particular, a iniciativa pioneira foi da Dinamarca, que instituiu em 1989 a parceria registrada para casais do mesmo sexo⁶⁴, tendo sido seguida por outros países nórdicos ao longo da década de 90.

Contudo, há também diversos exemplos em que, diante da inércia ou do desrespeito aos direitos dos homossexuais pelas instâncias políticas, a iniciativa foi deflagrada pelo Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição constitucional. É o que ocorreu, por exemplo, no Canadá, na Hungria, em Israel e na África do Sul.

No Canadá⁶⁵, a jurisprudência da Suprema Corte reconheceu, no julgamento do caso *M. v. H.*⁶⁶, que a norma que permitia a concessão de alimentos a parceiros em uniões estáveis entre pessoas de sexo oposto, mas não estendia a possibilidade a companheiros do mesmo sexo, era inconstitucional, por violar o direito à igualdade.

Invocando este precedente, várias Cortes estaduais preferiram decisões declarando que a definição de casamento existente na *common law* canadense, que circunscrevia a instituição às relações entre homem e mulher, violaria também o princípio da igualdade, por discriminar injustificadamente os homossexuais.

⁶⁴ Veja-se Ingrid Lund-Andersen. "The Danish Partnership Act". In: Karina Boele-Woelki & Angelika Fuchs. *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*. Antwerpia: Intersentia, 2003, p. 13-40.

⁶⁵ Uma descrição detalhada da jurisprudência canadense sobre uniões de pessoa do mesmo sexo pode ser encontrada em Deborah Gutierrez. "Gay Marriage in Canada: Strategies of the Gay Liberation Movement and the implications it will have on the United States". In: *New England Journal of International and Comparative Law* 10: 175-228, 2004.

⁶⁶ (1996) 142 D.L.R 4th 1,6.

O mais conhecido e importante destes precedentes foi o caso *Halpern v. Attorney General of Canadá*⁶⁷, julgado em 2003 pela Corte de Apelações de Ontário. Neste julgamento, depois de reconhecer a importância do casamento para os cônjuges, não apenas pelos benefícios que envolve, mas por representar “*uma expressão de reconhecimento público da sociedade das expressões de amor e compromisso entre indivíduos, conferindo a elas respeito e legitimidade*”, o Tribunal canadense afirmou que a exclusão das uniões homossexuais do âmbito da instituição representaria discriminação motivada por orientação sexual, constitucionalmente vedada.

Provocado por esta e outras decisões judiciais, o Parlamento canadense aprovou, em 2003, nova legislação estendendo o casamento às pessoas do mesmo sexo em todo o país. Mas antes que a lei entrasse em vigor, ele consultou a Suprema Corte, solicitando que esta se manifestasse sobre a constitucionalidade da medida (a jurisdição constitucional canadense contempla esta hipótese de consulta prévia).

A resposta da Corte, proferida em *Reference re Same-Sex Marriage*⁶⁸ foi afirmativa. Segundo o Tribunal, o projeto de lei em questão não apenas não violava a Constituição, como antes derivava diretamente do direito à igualdade previsto na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que integra o bloco de constitucionalidade daquele país.

Já na Hungria, a instituição de união entre pessoas do mesmo decorreu de uma decisão do seu Tribunal Constitucional. A Corte Húngara rejeitou, em 1995, a alegação de que haveria violação aos princípios da igualdade e dignidade humana na não-extensão do casamento aos casais homossexuais. Todavia, em relação à união estável, ela afirmou que “*uma união de vida duradoura entre duas pessoas encerra valores que devem ser legalmente reconhecidos com base na igual dignidade das pessoas afetadas, sendo irrelevante o sexo dos companheiros*”⁶⁹

⁶⁷ (2003) O.J. nº 2268. Também foram proferidas decisões no mesmo sentido pelas Cortes de Apelação das províncias de Quebec e Colúmbia.

⁶⁸ (2004) 3 S.C.R. 698.

⁶⁹ Decisão 14/1995. Os trechos mais importantes da decisão estão reproduzidos em inglês em Paul Gewirtz. *Global Constitutionalism: Nationhood, Same-Sex Marriage*. *Op. cit.*, p. 62-66.

Partindo dessa compreensão, a Corte Constitucional da Hungria reconheceu a inconstitucionalidade da não-extensão da união estável aos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Também em Israel, o Poder Judiciário desempenhou um papel essencial no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, que é hoje aceita pela *commom law* do país. A decisão seminal na matéria foi o caso *El-Al Israel Airlines v. Danilowitz*⁷⁰, julgado em 1994, no qual a Suprema Corte decidiu que constituía discriminação vedada a prática de uma companhia aérea, que concedia determinados benefícios aos parceiros do sexo oposto dos seus funcionários, mas não a estendia aos companheiros do mesmo sexo.

Na decisão, redigida pelo Presidente da Corte Aharon Barak, foi formulada e respondida a questão essencial da controvérsia sobre as uniões homossexuais: “*A parceria entre pessoas do mesmo sexo difere em termos de parceria, fraternidade e administração da célula social em relação à parceria entre pessoas de sexo diferente?*”. E a resposta do então *Chief Justice* foi taxativa: “*A diferença estabelecida entre as parceiras de pessoas de sexo diferente e pessoas do mesmo sexo é uma explícita e descarada discriminação*”.

Na África do Sul, a Corte Constitucional enfrentou a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo no caso *Minister of Home Affairs and Another v. Marie Adriaana Fourie and Another*⁷¹, quando decidiu que tanto a *common law* sul-africana, como a legislação em vigor no país, violavam a Constituição, por não abrigarem esta possibilidade. Na sua alentada decisão, o Tribunal afirmou:

“A exclusão dos casais do mesmo sexo dos benefícios e responsabilidades do casamento,

⁷⁰ High Court of Justice 721/94, 48 Piskey-Din 749. Uma versão em inglês da decisão pode ser consultada em www.tau.ac.il/law/aevalgross/legal/materials.htm

⁷¹ Caso CCT 60/04, julgado em 1º de dezembro de 2005.

portanto, não é uma pequena e tangencial inconveniência resultante de uns poucos resquícios do prejuízo social, destinado a evaporar como o orvalho da manhã. Ela representa a afirmação dura, ainda que oblíqua, feita pela lei, de que os casais do mesmo sexo são outsiders, e que a necessidade de afirmação e proteção das suas relações íntimas como seres humanos é de alguma maneira menor do que a dos casais heterossexuais. .. Ela significa que a sua capacidade para o amor, compromisso e aceitação da responsabilidade é por definição menos merecedora de consideração do que a dos casais heterossexuais.”

Portanto, verifica-se no Direito Comparado não só uma forte tendência ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como também, em alguns casos, o protagonismo do Poder Judiciário nesta seara, diante do preconceito ainda presente nas instâncias de representação popular.

CONCLUSÕES

Sintetizando o que foi exposto ao longo desta petição inicial, pode-se dizer que:

a) o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual;

b) este não-reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da

dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, *caput*) da liberdade (art. 5º, *caput*), e da proteção à segurança jurídica;

c) é cabível *in casu* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade;

d) a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que ela não contém qualquer vedação a isto;

e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão social do homossexual;

f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contra-senso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia.

g) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, § 3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo;

h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia;

DA MEDIDA LIMINAR

Estão presentes os pressupostos para a concessão de medida liminar na presente ADPF (art. 5º, Lei 9.882/99).

Quanto ao *fumus boni iuris*, ele se evidencia diante de toda a argumentação exposta ao longo desta Representação.

O *periculum in mora*, por sua vez, consubstancia-se no fato de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo causa aos membros destas parcerias danos patrimoniais e extrapatrimoniais de caráter gravíssimo, que não haverá como reparar adequadamente, por ocasião do julgamento do mérito da ação.

Com efeito, dentre os danos patrimoniais, pode-se citar os relacionados à própria subsistência, comprometida com a denegação de certos direitos a que fazem jus os companheiros em uniões estáveis, como o direito a alimentos e à percepção de benefícios previdenciários do regime estatutário dos servidores públicos.

Entre os danos extrapatrimoniais, vale citar os abalos à auto-estima dos homossexuais, decorrente da desvalorização pública das suas relações afetivas, e o estímulo ao preconceito e à homofobia que esta postura estatal ocasiona.

Assim, espera a Requerente seja concedida a Medida Cautelar ora postulada para assegurar, até o julgamento definitivo desta ação:

(a) a obrigatoriedade do reconhecimento de toda união entre pessoas do mesmo sexo que satisfaça os mesmos requisitos exigidos para a caracterização de união estável; e

(b) a equiparação dos companheiros desta união aos companheiros da união estável, no que tange aos respectivos direitos e deveres.

DO PEDIDO

Em face do exposto, espera a Requerente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para:

a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e

b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Considerando a relevância do tema, a Requerente protesta, desde já, pela convocação de Audiência Pública no STF (art. 6º, Parágrafo 1º, Lei 9.882/99), para discussão da questão suscitada na presente ação.

Brasília, 2 de julho de 2009.

Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira
Procuradora Geral da República