

D.E.

Publicado em 30/04/2009

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 2006.70.00.019767-5/PR

RELATOR : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
PARTE AUTORA : R.S.B.
ADVOGADO : Silene Hirata
PARTE RE' : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA
AGRARIA - INCRA
ADVOGADO : Marcelo Ayres Kurtz
: Joao Carlos Bohler e outro
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 04A VF DE CURITIBA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PENSÃO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA.

A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 27 de janeiro de 2009.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON:37

Nº de Série do 4435A825

Certificado:

Data e Hora: 16/04/2009 17:12:40

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 2006.70.00.019767-5/PR

RELATOR : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

PARTE AUTORA : R.S.B.

ADVOGADO : Silene Hirata

PARTE RE' : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA
AGRARIA - INCRA

ADVOGADO : Marcelo Ayres Kurtz
: Joao Carlos Bohler e outro

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 04A VF DE CURITIBA

RELATÓRIO

O autor ajuizou ação ordinária contra o INCRA, objetivando a concessão do benefício de pensão por conta do óbito do ex-servidor público E.C.M., com quem, alega, manteve relação homoafetiva desde o ano de 1996.

Processado regularmente o feito, sobreveio sentença que julgou procedente o pedido, para reconhecer o direito do autor, na condição de companheiro, à pensão por morte de E.C.M., com fundamento no art. 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90, pagando-lhe as diferenças a contar do óbito, acrescidas de correção monetária e juros de mora à taxa de 6% ao ano, a partir da citação. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, pela União.

Os autos vieram a esta Corte por força do reexame necessário.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON:37

Nº de Série do Certificado: 4435A825

Data e Hora: 08/10/2008 15:50:25

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 2006.70.00.019767-5/PR

RELATOR : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

PARTE AUTORA : R.S.B.

ADVOGADO : Silene Hirata

PARTE RE' : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA
AGRARIA - INCRA

ADVOGADO : Marcelo Ayres Kurtz
: Joao Carlos Bohler e outro

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 04A VF DE CURITIBA

VOTO

Dispõe o art. 3º, IV, da Constituição Federal, *in verbis*:

*Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)*

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (g.n)

Poucas, quase inexistentes, são as vozes do mundo jurídico nacional que negam o direito do companheiro à pensão derivada de união homossexual. Reflexões a partir da inescandível realidade, abalizadas nos axiomas eleitos pelo ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, fizeram superar óbices, muitos deles apoiados apenas em preconceitos, à igualação em direitos e deveres de todas as relações humanas não-parentais fomentadas por laços afetivos, qual fosse o gênero dos indivíduos envolvidos. Os vínculos homoafetivos, em homenagem aos princípios da igualdade, dignidade e da defesa da unidade familiar, todos de estatura constitucional, passaram a obter o mesmo tratamento daqueles das relações heterossexuais. Prova disto, relativamente aos temas de Direito Previdenciário, a jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS

COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. (...) 5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 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 n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão.

(TRF4, AC, processo 2000.71.00.009347-0, Sexta Turma, relator João Batista Pinto Silveira, publicado em 10/08/2005)

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO. APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 217, I, "C" DA LEI 8.112/90 POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS. VERBA ALIMENTAR. - A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. - O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, I, "c", como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática. Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida de natureza alimentar. Precedentes.

(TRF4, AC, processo 2001.04.01.027372-8, Quarta Turma, relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, publicado em 20/11/2002)

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3. O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5. A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91. 6. Estando comprovada a qualidade de segurado do de cujus na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97. 7. As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IGP-DI (Medida Provisória nº 1.415/96). 8. Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação. 9. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado. 10. Apelações providas.

(TRF4, AC, processo 2000.04.01.073643-8, Sexta Turma, relator Nylson Paim de Abreu, publicado em 10/01/2001)

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. NORMAS CONSTITUCIONAIS. CF, ART. 226, § 3º. INTEGRAÇÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMPLITUDE DA LIMINAR. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEI Nº 7.347/85, ART. 16, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.494/97. 1. As normas constitucionais, soberanas embora na hierarquia, são sujeitas a interpretação. Afasta-se a alegação de que a espécie cuida de inconstitucionalidade de lei; o que ora se trata é de inconstitucionalidade na aplicação da lei; o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal; sim, de ampliar seu uso, por integração. 2. É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência. 3. Rejeitada foi a alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado da constitucionalidade pela própria Corte Constitucional em reclamação contra a mesma liminar ora telada, sob o fundamento de que a ação presente tem por objeto direitos individuais homogêneos, não sendo substitutiva da

ação direta de inconstitucionalidade. 4. A nova redação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, muito embora não padeça de mangra de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, devendo a liminar ter amplitude nacional, principalmente por tratar-se de ente federal.

(TRF4, AG, processo 2000.04.01.044144-0, Sexta Turma, de minha relatoria, publicado em 26/07/2000)

A previsão contida no art. 217, I, "c", da Lei 8.112/90 ("Art. 217. São beneficiários das pensões: I - vitalícia: (...) c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;"), no que tange à necessidade de designação prévia, não traduz a única forma de se comprovar a união estável para fins de obtenção do benefício. Indica apenas a mais fácil. Se o companheira não havia sido designado ou fora excluído como beneficiário, isso não significa que não tenha direito à pensão, mas apenas que para a obter deverá comprovar a união estável por outros meios.

Há que se considerar, assim, robusta a prova carreada acerca da relação afetiva que o autor mantinha com a servidor falecido.

As escrituras públicas de declaração de relação estável homossexual baseada no afeto e na solidariedade, são, efetivamente, atos unilaterais e não substituem as declarações a serem tomadas em Juízo, em homenagem ao princípio da imediação, de modo que seu conteúdo não pode ser havido como absoluto para o propósito da demanda. Todavia, alguma credibilidade, sob ponto de vista do direito probatório, deve ser emprestada à declaração apresentada à vista do oficial público, detentor de fé pública (art. 3º da Lei n. 8.935/94) e que tem a missão legal de instrumentalizar a vontade das partes, zelando pela legalidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Se, então, as escrituras públicas de declaração não constituem prova soberana acerca do liame homoafetivo, coligadas com outros elementos probatórios podem dar consistência à pretensão do recorrente, até mesmo para o deferimento *ab initio* da pretensão, tudo a partir da análise do conjunto das provas.

Guiado por tal premissa, avalio que os elementos de prova, considerados englobadamente, emprestam caráter de verossimilhança às alegações do autor relativamente à existência da relação afetiva qualificada como estável, duradoura e pública, características determinantes para identificação da unidade familiar. De fato. Além das declarações ofertadas ao oficial público, datadas de quase um ano antes do falecimento do servidor (fls. 36/37), inúmeros outros indícios fomentam o juízo positivo acerca do vínculo homoafetivo. São contas de serviço telefônico (fls.63/64), bancário (fls. 50/53), de energia elétrica (fls. 70), da NET (fls. 71/72), em nome de ambos - autor e servidor falecido, o que vinca com força o argumento de coabitação e da existência de relação estável, pública e duradoura. Em reforço desta idéia, verifica-se a manutenção de conta bancária e de outras operações financeiras em conjunto (fls. 50/53), pondo em evidência a solidariedade e a mútua assistência que permeava o vínculo surgido a partir dos laços afetivos construídos.

Este contexto probatório, aliado à presunção de dependência econômica entre os integrantes da relação afetiva, seja ela hetero ou homossexual, preenchem os requisitos cumulativos necessários ao deferimento do benefício.

De meridiana obviedade que, em se admitindo, como já se admitiu aqui a possibilidade de tratamento isonômico na espécie, cumpre tão-somente emprestar-se ao homossexual igual tratamento àquele dispensado normalmente ao heterossexual. Parece-me irrefutável que se houvesse o autor convolado núpcias ou mesmo relação estável de companheirismo com pessoa de oposto sexo, outorgar-se-lhe-ia a pensão por morte pretendida.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à remessa oficial.

É o voto.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON:37
Nº de Série do 4435A825
Certificado:
Data e Hora: 08/10/2008 15:50:21

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 2006.70.00.019767-5/PR

RELATOR : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

PARTE AUTORA : R.S.B.

ADVOGADO : Silene Hirata

PARTE RE' : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA
AGRARIA - INCRA

ADVOGADO : Marcelo Ayres Kurtz
: Joao Carlos Bohler e outro

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 04A VF DE CURITIBA

VOTO-VISTA

Pelo Juiz Federal Roger Raupp Rios:

Os efeitos jurídicos das relações conjugais estáveis entre pessoas do mesmo sexo são objeto de intenso debate no ordenamento jurídico nacional. Os argumentos dividem-se,

de modo geral, em duas frentes. De um lado, sustenta-se a impossibilidade do reconhecimento jurídico de união estável em virtude da menção constitucional à diversidade de sexos, expressa no parágrafo 3º do artigo 226 da CF/88, donde a inexistência de direitos decorrentes da união homossexual ; de outro lado, afirma-se a inconstitucionalidade da restrição de direitos em desfavor de homossexuais, uma vez que das uniões estáveis heterossexuais decorrem uma série de direitos aos cônjuges, em diversos âmbitos, tais como direito de família, obrigacional, administrativo e securitário.

A análise do pedido de concessão judicial de pensão estatutária para companheiro de mesmo sexo requer que se tome posição sobre duas questões: a constitucionalidade ou não da sujeição de homossexuais a regime jurídico desfavorável em comparação àquele desfrutado por heterossexuais e a qualificação jurídica das uniões estáveis entre homossexuais e suas conseqüências.

PRIMEIRA QUESTÃO: inconstitucionalidade da discriminação por orientação sexual

A imposição de um regime jurídico desfavorável a homossexuais, decorrente precisamente desta determinada orientação sexual, viola vários direitos fundamentais. Isto porque a discriminação por orientação sexual ofende o conteúdo dos direitos de igualdade, de liberdade e de proteção à dignidade da pessoa humana.

De fato, a orientação sexual nada mais é senão a atribuição de determinada identidade em virtude da atração e/ou conduta sexual do indivíduo, que pode direcionar-se para alguém de mesmo sexo (homossexual idade), sexo oposto (heterossexualidade) ou a ambos sexos simultaneamente (bissexualidade).

Diante disto, podem ocorrer violações, pelo menos, em duas situações. A primeira, quando o indivíduo escolhe, adota ou conforma-se, em sua vida, a tal orientação sexual, no exercício legítimo de sua liberdade individual e no âmbito constitucionalmente protegido de sua dignidade humana; impor-lhe um tratamento prejudicial em virtude desta escolha ou condição configura violação direta a direitos fundamentais. A segunda quando, mesmo que o indivíduo não se identifique com tal condição, do fato de esta identidade lhe ser atribuída por terceiros, venha a experimentar restrições de direitos relacionadas à homossexual idade.

A dogmática constitucional contemporânea dos direitos fundamentais demonstra o acerto destas afirmações, como se pode ver pelo conteúdo dos direitos de igualdade, liberdade e proteção da dignidade humana em face da restrição de direitos motivada na homossexual idade.

1. Direito fundamental de igualdade e proibição de discriminação por orientação sexual

O cerne do conteúdo jurídico do princípio da igualdade é a proibição de tratamento discriminatório, vale dizer, a instituição de medidas que tenham o propósito ou o efeito de prejudicar, restringir ou anular o gozo e o exercício de direitos e liberdades fundamentais, em razão de sexo, raça, etnia, cor, idade, origem, religião, bem como outros critérios proibidos de discriminação, em qualquer campo da vida pública ou privada (consoante os termos da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, por exemplo).

Na tradição do direito romano-germânico, o direito de igualdade é compreendido mediante suas dimensões formal (igualdade de todos perante a lei) e material (imposição de tratamento isonômico, observadas as semelhanças e diferenças relevantes, de acordo com as finalidades das distinções); a concretização deste princípio, como mandamento de não-discriminação, tem como uma de suas conseqüências o estabelecimento de critérios proibidos de discriminação (CF, art. 3º, IV), dentre os quais se destaca a proibição por motivo de sexo.

De fato, os ordenamentos jurídicos adotam técnicas diversas no desenvolvimento do direito da antidiscriminação. Enquanto que uns enumeram os critérios proibidos de discriminação de forma taxativa por meio de legislação específica, outros contam apenas com previsões constitucionais genéricas e abstratas proibitivas de discriminação. Um terceiro grupo, por sua vez, adota um modelo misto, por meio da enumeração meramente exemplificativa dos critérios proibidos de diferenciação. No primeiro grupo, a decisão sobre tais critérios é exclusivamente legislativa, enquanto que nos demais compete aos tribunais enumerá-los ou adicionar novos critérios aos já previstos.

Um sem número de questões se coloca na aplicação de tais critérios de proibição, sem depender do grupo a que pertence cada ordenamento jurídico. O direito brasileiro demonstra esta realidade. A primeira delas, e que toma a atenção de imediato, diz respeito à enumeração exemplificativa contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição de 1988, que possibilita a inclusão de novos critérios proibidos de discriminação. Dentre a infinidade destas questões, pode-se lembrar a relação entre as diversas esferas de poder na explicitação dos critérios e eventuais descompassos entre os poderes públicos no seu reconhecimento e extensão.

Considerando o direito da antidiscriminação, é particularmente importante atentar para a extensão das proibições de discriminação já existentes. A doutrina e a jurisprudência, ao avaliarem existência de proibição de discriminação nas mais variadas circunstâncias, deparam-se não só com a pergunta sobre o reconhecimento de novos critérios, como também lidam com critérios voltados para a proteção de realidades diversas e passíveis de diferentes concretizações. Como reconhecer o surgimento de um novo critério, antes ignorado (orientação sexual, por exemplo)? Como interpretar um critério explícito, diante dos diversos sentidos possíveis e relacionados, como acontece com sexo e gênero? No conjunto dos critérios proibidos, qual o significado da proteção bifurcada diante de discriminações com base em certas situações pessoais (raça e sexo, por exemplo) e em certas escolhas e condutas (prática religiosa e convicção filosófica, por exemplo)? Como aplicar os diversos critérios proibidos de diferenciação em situações de discriminação interseccional (mulheres negras, por exemplo, vivem realidades diversas de mulheres brancas e de homens negros)?

Estas questões se relacionam diretamente à dogmática constitucional do princípio da igualdade no direito brasileiro. O direito brasileiro dispõe de uma lista exemplificativa de critérios proibidos de discriminação e um extenso rol de direitos fundamentais, ainda que não exaustivo. Juntos, eles provêm proteção contra discriminação fundada em condições pessoais (idade e deficiência física, por exemplo) e em escolhas e condutas (convicção filosófica e expressão artística, por exemplo). Em face desta amplitude, detenho-me na proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo, previsto dentre aqueles âmbitos de proteção antidiscriminatória relacionados à condição pessoal.

1.1. Proibição de discriminação por motivo de sexo

A enumeração de critérios proibidos de discriminação dirige-se a situações pessoais e a certas condutas e escolhas. Ao endereçar especial proteção a alguns grupos em virtude de certas características (ora designadas "condições pessoais"), o direito da antidiscriminação refere-se a condições subjetivas, na maioria das vezes imutáveis e involuntárias, às quais se associam identidades .

Na Constituição brasileira de 1988, destacam-se os atributos origem, raça, sexo, cor e idade . No direito constitucional contemporâneo, tais características relacionam-se com a idéia de que os indivíduos não devem ser julgados com base em condições pessoais inatas, involuntárias ou cuja alteração é inexigível do indivíduo, sendo considerados critérios ilegítimos de discriminação e, portanto, proibidos. A enumeração constitucional brasileira é aberta e explícita (raça, cor, sexo, origem e idade) e segue esta diretriz. Juridicamente, a questão se coloca quando outros critérios são invocados, como demonstra emblematicamente o debate atual em torno da orientação sexual e, pode-se acrescentar, em relação a gênero.

Como referi, o cerne do conteúdo jurídico do princípio da igualdade é a proibição de tratamento discriminatório, vale dizer, a instituição de medidas que tenham o propósito ou o efeito de prejudicar, restringir ou anular o gozo e o exercício de direitos e liberdades fundamentais, em razão de sexo, raça, etnia, cor, idade, origem, religião, bem como outros critérios proibidos de discriminação, em qualquer campo da vida pública ou privada.

Na tradição do direito romano-germânico, o direito de igualdade é compreendido mediante suas dimensões formal (igualdade de todos perante a lei) e material (imposição de tratamento isonômico, observadas as semelhanças e diferenças relevantes, de acordo com as finalidades das distinções); a concretização deste princípio, como mandamento de não-discriminação, tem como uma de suas conseqüências o estabelecimento de critérios proibidos de discriminação (CF, art. 3º, IV), dentre os quais se destaca a proibição por motivo de sexo.

Neste contexto, é necessário pesquisar qual o alcance desta proibição de discriminação por motivo de sexo, pois apta a relacionar-se com inúmeras realidades e situações, como relações de gênero, identidades, expressões e orientações sexuais. Diante desta miríade de possibilidades, onde a proibição de discriminação sexual pode referir-se a um sem-número de situações, tais como mulheres, homossexuais, travestis e transexuais. Mais especificamente, e diretamente relacionado com o objeto deste processo, cuida-se de perquirir a proibição de discriminação por orientação sexual.

Com efeito, a realidade demonstrou a necessidade de uma compreensão mais abrangente das proibição de discriminação sexual que exclusivamente dirigida às discriminações sofridas por mulheres em virtude de seu sexo biológico diante dos homens. Foram se apresentando aos tribunais outras situações onde é inegável reconhecer-se que a sexualidade, mais que o sexo biológico, é o fator determinante para outras práticas discriminatórias. Exemplos disso são, por exemplo, as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *Romer v. Evans* (1996) e *Lawrence v. Texas* (2003), cuidando de discriminação contra homossexuais.

O raciocínio jurídico que afastou a discriminação por orientação sexual por violadora da norma que proíbe a discriminação por motivo de sexo já foi, inclusive, afirmado por tribunais nacionais e internacionais.

Com efeito, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na 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 precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou conduta sexuais. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, tem 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 sexo.

Contra este raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional em face da discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o *discrimen* não se define pelo sexo de Paulo ou de Maria, mas pela coincidência sexual entre os partícipes da relação sexual, tanto que homens e mulheres, nesta situação, são igualmente discriminados. Este argumento, todavia, não subsiste a um exame mais apurado. Isto porque é impossível a definição da orientação sexual sem a consideração do sexo dos envolvidos na relação verificada; ao contrário, é essencial para a caracterização de uma ou de outra orientação sexual levar-se em conta o sexo, tanto que é o sexo de Paulo ou de Maria que ensejará ou não a discriminação sofrida por Pedro. Ou seja, o sexo da pessoa envolvida em relação ao sexo de Pedro é que vai qualificar a orientação sexual como causa de eventual tratamento diferenciado.

Ademais, o igual tratamento dispensado à homossexual idade masculina e à homossexual idade feminina também não desloca o problema da discriminação por orientação sexual do âmbito da proibição de discriminação por sexo. Ao contrário, em face da impossibilidade de se discutir a orientação sexual (seja masculina, seja feminina) sem a consideração do sexo dos participantes de uma dada relação, tal argumento acaba por querer justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexual idade masculina) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexual idade feminina), não fornecendo qualquer justificação para a diferenciação. Nas duas hipóteses, o fator decisivo é o sexo dos envolvidos e a discriminação por motivo de sexo protege todas as orientações sexuais.

Este raciocínio já informou decisões judiciais históricas: registro, além dos já citados precedentes da Suprema Corte dos EUA, julgados da Suprema Corte do Canadá (*University of Saskatchewan v. Vogel*, 1983; *Bordeleau v. Canada*, 1989), da Suprema Corte do Hawaii (*Baehr v. Lewin*, 1993) e da Corte de Apelações da Califórnia (*Engel v. Worthington*, 1993). Também cito, exemplificativamente, precedente unânime do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AC 96.04.55333-0), onde ficou registrado, inclusive na ementa, que "a recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação."

1.2. Igualdade material e proibição de restrição arbitrária de direitos

Ainda que não se aceite a qualificação da discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual, não há razão que, juridicamente, legitime a adoção de tratamento diferenciado a homossexuais, com relação ao dispensado a heterossexuais, tendo em mira o caso concreto. Com efeito, ao contrário do que nutrem os preconceitos de muitos e do que é hegemônico em uma sociedade heterossexista, homossexuais não são seres abjetos ou perversos cuja condição os afaste do convívio social e do acesso aos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Como demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 1993), "...as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição." (p. 17, grifos no original). Ficam, desse modo, juridicamente impossibilitadas as desequiparações fortuitas ou injustificadas. "Esclarecendo melhor:" - nas palavras do próprio autor - "tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles." (p. 21).

Dito de outro modo (nas palavras de Luís Roberto Barroso - "A Igualdade perante a Lei", RDP 78/68): "O que ele (o princípio da igualdade) impede, efetivamente, é que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias, aleatórias ou mal-inspiradas. Será legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, como proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional."

Em se tratando de discriminação por orientação sexual, diante do acesso a benefício social estatutário, não há como se sustentar a legitimidade do tratamento diferenciado com base na homossexualidade.

A propósito, gize-se que o Supremo Tribunal Federal, pontuando a relevância do princípio constitucional da isonomia, já sublinhou que é diante das situações in concreto que o intérprete deve aferir da razoabilidade ou não das distinções operadas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 489/RJ, RTJ 137/562).

Também em outros precedentes, cuidando da isonomia, o Supremo Tribunal Federal exigiu razoabilidade no critério legal eleito, rechaçando qualquer restrição de direito desproporcional. Assim o fez ao apreciar os Mandados de Segurança nºs 21.033 e 21.046, e os Recursos Extraordinários nºs 156.404, 157.863-7, 175.548, 136.237, 146.934 e 156.972-7: as limitações de idade em para inscrição em concurso público só podem ser justificadas pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Diante destas premissas jurídicas, a pergunta que se coloca é sobre a existência de qualquer fundamentação racional que justifique uma condição inferior da homossexualidade em face da heterossexualidade, apta a legitimar a exclusão de homossexuais do regime de benefícios securitários assegurado pela legislação estatutária.

Com efeito, é necessário apontar, ainda que de modo sumário, o caráter infundado de pretensas justificativas para a desequiparação entre homossexuais e heterossexuais no caso concreto. Neste esforço, noticio, brevemente, abordagens de algumas ciências acerca da homossexualidade.

Sigmund Freud, o pai da psicanálise, já alertara, nos primórdios dessa ciência, que a repressão da sexualidade operada pela sociedade ocidental contemporânea é causa fundamental para a eclosão das doenças nervosas (psiconeuroses), a que todos estão sujeitos e a muitos atingem, homens ou mulheres, heterossexuais ou homossexuais, casados ou solteiros. "Uma das óbvias injustiças sociais" - disse Freud - "é que os padrões de civilização exigem de todos uma idêntica conduta sexual, conduta esta que pode ser observada sem dificuldades por alguns indivíduos, graças às suas organizações, mas que impõe a outros os mais pesados sacrifícios psíquicos."

Fica patenteada, pois, a necessidade de respeito à identidade das pessoas homossexuais, parte que integra fundamentalmente sua dignidade pessoal, que não deve ser objeto de invariável transformação ou repressão, a custos pessoais enormes e desestruturantes da personalidade. José M^a Fernandez-Martos, em estudo denominado 'Psicologia e homossexual idade' (homossexual idade: Ciência e Consciência, vários autores, Ed. Loyola, São Paulo, 2^a ed., 1995) alerta: "A psicologia científica tem de reconhecer, de entrada, que com respeito à homossexual idade é imensamente mais o que ignora que o que sabe. Como nos tempos que precederam aos primeiros descobrimentos, apenas temos alguns mapas maltraçados e bem mais fruto de nossas suspeitas e intuições - também de nossos preconceitos - que de autênticas comprovações cientificamente válida."

Ultrapassado qualquer parti-pris preconceituoso, colhe-se em respeitadas manuais de psiquiatria a notícia do atual estágio da questão:

"A Associação Americana de Psiquiatria, em abril de 1974, estabeleceu que a homossexual idade per se não é uma perturbação mental e não deveria mais se relacionada como tal. Em seu lugar, foi criada nova categoria de "distúrbio de orientação sexual". No MDE-III, o distúrbio de orientação sexual foi omitido, sendo mencionada uma classificação de " homossexual idade ego-distônica" sob uma categoria maior de "perturbações psicosssexuais". (...) Um comentário introdutório prolongado, para a classificação da homossexual idade, mais uma vez salienta que a homossexual idade por si não constitui perturbação mental e não deve ser classificada como tal. O MDE-III menciona, entretanto, que para algumas pessoas há uma aflição persistente associada com a preferência por parceiros do mesmo sexo e que a pessoa experimenta forte necessidade de mudar o comportamento ou, pelo menos, de aliviar a aflição associada com a homossexual idade. Essas pessoas sofrem de " homossexual idade ego-distônica". (...) Na ausência de angústia por ser homossexual ou do desejo de tornar-se heterossexual, o diagnóstico de " homossexual idade ego-distônica" não pode ser feito. (...) A homossexual idade per se não é considerada perturbação mental." (Kaplan e Sadock, Compêndio de Psiquiatria Dinâmica, Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 4^o ed., 1988, págs. 484/487).

Vale dizer, conforme a evolução até hoje experimentada pela psiquiatria, a homossexual idade, por si, ausente quadro relacionado de aflição persistente ou desejo de mudança de orientação sexual, não é considerada doença.

O já citado Fernandez-Martos, no estudo 'Esclarecimentos Fundamentais: nome, definição, tipos e normalidade' (p.14), alerta que a classificação da homossexual idade como doença, a partir de um quadro de normalidade meramente estatístico, configura injusta simplificação "...à impressionante complexidade da sexualidade humana, com dados como a não-diferenciação sexual até a terceira semana de gestação, os entrecruzamentos das diferenças ao nível genético e sem diferenciação gonadal; ao nível gonadal e não morfológico, a bissexualidade consubstancial ao homem, a complicadíssima peripécia da diferenciação psicológica na primeira infância e na adolescência etc. Todos estes fatos indicam que a homossexual idade é uma variante, se preferível, não desejável, porém lógica e normal dentro do vastíssimo reino da sexualidade humana."

Martin Hoffman, psiquiatra social, concluindo estudo científico que realizou junto à comunidade homossexual de São Francisco (entre 1965 e 1968, subvencionado pelo Instituto Nacional de Saúde Mental, órgão do United States Public Health Service), apontou que "... a melhor solução para o problema da homossexual idade assemelha-se à solução do problema da diferença religiosa, ou seja, uma tolerância radical para com a

escolha do objeto homossexual, seja como um segmento de existência sexual de um indivíduo, ou como uma completa adoção da homossexualidade, como um modo de vida. Sugiro que encaremos os homossexuais como um grupo minoritário, e consideremos seriamente a possibilidade de conceder-lhes direitos legais e privilégios sociais completos, que na verdade oferecemos a alguns grupos minoritários (por exemplo, católicos romanos) e que pretendemos dar a outros. (...) Estas modificações específicas necessitariam, em grande parte, de virem acompanhadas de uma modificação real na atitude geral em relação à homossexualidade. Em lugar de considerar essa tendência sexual vergonhosa, ou mesmo uma doença mental, a sociedade deveria encará-la como realmente é, ou seja, uma variação do impulso sexual, que é um dos possíveis resultados do desenvolvimento sexual humano e - mais importante - que não prejudica a ninguém. Se a atitude social tomasse essa direção, a conexão causal entre homossexualidade e psicopatologia - que atualmente existe em certas formas, como indiquei nos capítulos precedentes - desapareceria." (O Sexo Equívoco: a homossexualidade masculina e a criação social de um estigma, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1970, pág. 174-5).

Uma abordagem sociológica ("Sociologia da homossexualidade: uma aproximação", Pablo Lasso, homossexualidade: Ciência e Consciência, p. 65), por sua vez, conclui, dentre outros dados, pela: (1) similitude das características psicológicas entre heterossexuais e homossexuais; (2) mesmo grau de utilização de álcool e drogas proibidas entre heterossexuais e homossexuais; (3) satisfação generalizada consigo mesmo entre os homossexuais não-afeminados, tendo os feminizados manifestado maior tendência à ansiedade; (4) compatibilidade da condição homossexual com os padrões de saúde mental (a boa constituição psíquica dos homossexuais se comprova pela superação da sobrecarga de tensões a que geralmente os são submetidos); (5) mesmo nível de crítica, entre os homossexuais e heterossexuais, relativo à prostituição; (6) inexistência de uma sociedade homossexual incrustada na heterossexual, devendo-se falar em relação homossexuais num meio heterossexual.

Como se pode ver, do ponto de vista da Psicologia, Psiquiatria e Sociologia inexistente fundamento capaz de justificar a discriminação restritiva sofrida pelos autores no caso sub examine.

Da mesma forma, se considerarmos os aspectos biológicos, neles não encontraremos plausibilidade para a negativa imposta aos litisconsortes ativos. Com efeito, nessa área de conhecimento também não há espaço para qualquer resposta segura sobre a origem da homossexualidade, muito menos motivo suficiente para qualquer discriminação do jaez da imposta aos demandantes. Nesse sentido, veja-se "Biologia da homossexualidade Humana: transição ou salto", Javier Gafo, homossexualidade: Ciência e Consciência, p. 17).

Sinalo-se que a doutrina norte-americana (Sexual Orientation and the Law, 102, Harvard Law Review 1508), tratando de possível distinção biológica a legitimizar a criminalização de sexo anal ou oral tão-só entre homossexuais, considerou "no biological differences because the physical acts themselves - anal and oral sex - are the same whether between a man and a woman or two persons of the same sex; the difference is the cultural significance attached to the gender of the participants."

Dentre as ciências sociais, releva sublinhar a crítica antropológica em relação à discriminação experimentada por homossexuais. Peter Fry, em "Da Hierarquia à Igualdade: a Construção Histórica da homossexualidade no Brasil" (Para Inglês Ver - Identidade e Política na Cultura Brasileira, Rio de Janeiro, Zahar, 1982), relativiza a distinção entre pessoas com base em uma 'naturalidade do sexo': cuida-se, muito antes,

de uma construção social que deita raízes nos padrões culturais, essencialmente mutáveis e relativos no desenrolar da história das sociedades. Descrevendo as diversas concepções acerca da homossexualidade no Brasil, cambiantes conforme a classe social e a época, aponta para a relatividade de qualquer traço que queira ser eleito como "legítimo e natural" fator de discriminação. E conclui: "Se é verdade que a sexualidade, como qualquer atividade social, é construída ideologicamente de acordo com as contradições da sociedade como um todo, e que portanto ela 'fala' dos princípios nem sempre consistentes que regem a vida social, qual a sua especificidade em relação aos demais comportamentos sociais? Aventuro-me a sugerir que as noções de hierarquia e igualdade, quando expressas através da linguagem do sexo, calam mais fundo na consciência do que através de quaisquer outras linguagens. Esta sugestão tem como pressuposto que, pelo menos num sentido, Freud está com a razão quando coloca a sexualidade na base da psique e da sociedade. Em contrapartida, e como resultado dos argumentos aqui desenvolvidos, ela supõe também que a sexualidade, antes de ser uma substância, uma condição da natureza humana, é sobretudo uma condição social. Daí o seu caráter histórico. Daí a sua variedade de sentidos e de interpretações. Mas não qualquer sentido ou qualquer interpretação. Apenas aquelas constituídas historicamente no interior de sistemas de representações sociais mais abrangentes. Entretanto, se a sexualidade é parte desses sistemas e se o seu sentido é informado por eles, é preciso não esquecer que, por ser uma parte privilegiada, ela também informa e lhes dá orientação. E aqui voltamos a reencontrar a proposição de Freud. Entre as conseqüências geradas por essa tensão entre o que o sexo "é" e aquilo em que ele se transforma, não seria talvez absurdo incluir a de que a sua "naturalidade" é uma entre outras das suas representações sociais." (p. 112).

Esta abordagem, sob uma perspectiva mais geral, considerada a evolução histórica desde o Oriente Antigo até nossos dias, também é encontrada no capítulo "Homosexuality: from sin to sickness to life-style", de P. Conrad e S. Schneider (Deviance and Medicalization, Temple Univ. Press, 1992).

Não há, portanto, argumento racional objetivo que justifique a desequiparação entre homossexuais e heterossexuais quanto ao regime jurídico estatutário e os direitos previdenciários daí decorrentes.

1.3. Igualdade, direito comparado e proibição de discriminação por orientação sexual em benefícios sociais

Hipóteses como a presente provocaram, no direito norte-americano, o desenvolvimento, a partir da Décima Quarta Emenda ("No State shall make or enforce any law which shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws "), da 'equal protection doctrine'.

Visando inicialmente a sancionar as ações estatais que implicassem em discriminação racial, este instituto ampliou-se, alcançando grupos estigmatizados, socialmente estereotipados ou inferiorizados, ou objeto de tratamento fundado em traços imutáveis, bem como aquelas minorias sem adequada representação legislativa.

À semelhança da doutrina nacional, afirma o direito norte-americano a ilegitimidade constitucional de tratamento diferenciado sob justificativa arbitrária ("The Clause cannot be a proscription against legal classification since different treatment of persons and things that are not similarly situated is essential for lawmaking. Men and women, adults and children, aliens and citizens need not always be treated alike under the law. But it is also clear that these classes cannot be treated differently on an arbitrary basis.

"- Barron, Jerome and Dienes, C. Thomas, Constitutional Law, St. Paul, West Pub. Co., 3ª ed., 1995, pág. 214). A Suprema Corte, aplicando essa cláusula, entendeu indevida a distinção em detrimento de grupo politicamente impopular ('hippies', no caso US Department of Agriculture v. Moreno, 1973; deficientes mentais, no caso Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 1985).

De fato, especificamente com relação à discriminação por orientação sexual, considerando a 'equal protection', já decidiram os Tribunais estadunidenses pela ilegitimidade da exclusão das Forças Armadas (Steffan v. Aspin, D.C. Circuit, 1993; Pruitt, 9th Circuit, 1992: "Army cannot rely on 'prejudice of others against homosexuals' as a rational basis"). Cuidando de serviço civil, o D.C. Circuit afastou (Norton v. Macy), como arbitrária, a exclusão de homossexuais, fundada em razões de 'moralidade'. Pronunciou-se o Tribunal: "A pronouncement of 'immorality' tends to discourage careful analysis because it unavoidably connotes a violation of divine, Olympian, or otherwise universal standards of rectitude. However, the Civil Service Commission has neither the expertise nor the requisite appointment to make or enforce absolute moral judgments... It may be doubted whether there are in the entire Civil Service many persons so saintly as never to have done any act which is disapproved by the 'prevailing mores of our society'... The notion that it could be an appropriate function of the federal bureaucracy to enforce the majority's conventional codes of conduct in the private lives of its employees is at war with elementary concepts of liberty, privacy, and diversity... The sufficiency of the charges against the appellant must be evaluated in terms of effects on the service of what... he has done. "

No direito canadense, tem os precedentes, à luz da Seção 15(1) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades ("Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability "), afirmado, de forma iterativa, que a discriminação por orientação sexual constitui ofensa à cláusula da igualdade. Nesse sentido, Veysey v. Canada (Federal Court Trial Division, 1989, caso em que prisioneiro homossexual via-se excluído em sua prisão do 'Private Family Visiting Program', com relação a seu companheiro); Brown v. British Columbia (1990 - "discrimination based on sexual orientation contravenes Section 15(1)); em Knodel v. British Columbia (1991), a Corte, analisando recusa de direito a benefício de saúde pelo companheiro do requerente, ponderou que "the distinction [denial of medical care benefits to Timothy Knodel's partner Ray Garneau] is not related to the petitioner's merit or capacity ', considerando " homosexuals people as a group stigmatized in our society', 'the petitioner falls within a group that constitutes a 'discrete and insular minority "; em Haig v. Canada (1992), diante da concordância do governo canadense em torno da igualdade de tratamento sustentada pelo demandante, o Tribunal, chegando à mesma conclusão governamental, ponderou que "...as a matter of law, the concession is right. No further analysis of this point need to be undertaken. "; no caso R.v Turpin (1989), foi decidido que "the larger context, social, political and legal must be also be considered... to find disadvantage that exists apart from and independent of the legal distinction created by the omission of sexual orientation ", incluindo-se, nesse quadro social, "the pain and humiliation undergone by homosexuals by a reason of prejudice towards them " e "the enlightened [post-war] evolution of human rights, social and legislative policy in Canada ." "The failure to provide an avenue for redress for prejudicial treatment of homosexual members of society, and the possible inference from the omission that such treatment is acceptable, create the effect of discrimination offending s. 15(1)."; em

Vriend v. Alberta (1994, caso em que professor foi demitido em função de sua orientação homossexual), reafirmou-se que a discriminação ofende a Seção 15(1) salientando-se que "discrimination against homosexuals is an historical, universal, notorious, and indisputable social reality "; em Leshner v. Ontario (1992, pedido provocado por recusa de pensão ao companheiro do requerente, Michael Stark), foi considerada incabível a discriminação por orientação sexual, tendo em mente, igualmente, a Seção 15(1), pelo que "gay and lesbian relationship must be treated as equal in status to heterosexual unions " .

Em Egan v. Canada, caso em que se discutiu o direito do companheiro homossexual a benefício da seguridade social previsto para a esposa (pensão), a Suprema Corte decidiu (1995), unanimemente, que "whether or not sexual orientation is based on biological or physiological factors, which may be a matter of some controversy, it is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds "; por maioria, assentou que a distinção entre companheiros homossexuais e companheiros heterossexuais em relação a direito à pensão, fundando-se na orientação sexual, é discriminação contrária à Seção 15(1), oportunidade em que o voto condutor (Justice Cory) asseverou: "Sexual orientation is more than simply a 'status' that an individual possesses. It is something that is demonstrated in an individual's conduct by the choice of a partner. The Charter protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom. So, too, should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of 'status' and 'conduct' and that both should receive protection. Sexual orientation is demonstrated in a person's choice of a life partner, whether heterosexual or homosexual . It follows that a lawful relationship which flows from sexual orientation should also be protected. "

2. Autonomia, liberdade, proteção à dignidade humana e orientação sexual

A liberdade é, ao lado da igualdade, um dos princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico, cuja afirmação implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, inclusive na esfera de sua sexualidade (tentei estruturar estes e outros princípios jurídicos numa abordagem de dogmática constitucional e direitos fundamentais em face da sexualidade no capítulo 'Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade', Em Defesa dos Direitos Sexuais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). Conseqüência disto é o romper com o tratamento subalterno reservado a mulheres, homossexuais, travestis, soropositivos para o vírus HIV, e, neste caso concreto, a transexuais, percebidos numa visão tradicional, autoritária e discriminatória como objetos de regulação ao invés de sujeitos de direitos.

A sexualidade, por sua vez, é uma esfera da vida individual protegida da interferência de terceiros, configurando âmbito protegido pelo direito à privacidade, como repetidamente vêm decidindo, há décadas, a Corte Européia de Direitos Humanos e a Suprema Corte dos Estados Unidos (para um esboço histórico e análise dogmática dos precedentes mais importantes, ver Robert Wintemute, Sexual Orientation and Human Rights, Oxford: Clarendon Press, 1995).

Na linha destes argumentos e precedentes jurisprudenciais, é de se reforçar a relação entre o direito de liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, lanço mão dos argumentos de José Reinaldo de Lima Lopes, cuja lição alerta sobre a liberdade (ou autonomia):

"...é uma razão bastante forte para defender o fim das discriminações pelo exercício da liberdade sexual, dessa parte da vida que nos liga diretamente a outro ser humano e indiretamente a todos seres humanos. A autonomia tem uma história recente entre nós. Não terá mais do que duzentos anos como idéia-força da vida social e da moral pública. Essa história recente é ainda mais recente e frágil em sociedades como a brasileira, em que não é difícil encontrar os que afirmam que a autonomia e as liberdades civis não são as primeiras questões de nossa vida pública.(...) Creio que não há nada de questão menor nesse ponto. Nesse ponto, creio que dizer algo nesse sentido, que a liberdade individual, inclusive a liberdade sexual é menor ou pode esperar, significa colocar a pessoa humana abaixo de objetivos falsamente mais altos. O argumento é típico dos que não valorizam a autonomia e acreditam que alguém está acima do próprio sujeito para determinar-lhe a vida. O argumento é contraditório entre os que têm convicções religiosas (sejam elas religiosas no sentido vulgar, sejam elas convicções políticas com o caráter absoluto da verdade típico das convicções religiosas). A falsidade disso está em que essa espécie pressupõe muitas vezes um todo universal ('a sociedade') que existe acima e fora dos sujeitos que o compõem. Ora, a noção de autonomia que fundou o constitucionalismo moderno rejeita esta idéia normativa. Para o liberalismo, as pessoas não existem para a sociedade, para a família, para a tradição, para a religião, para uma outra coisa qualquer. Logo, não se pode, sem boas razões, submeter a autonomia dos sujeitos a fins que ele não escolheu e cuja realização não elimina a possibilidade de outros escolherem e realizarem fins diferentes. A liberdade, compreendida no limite do respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem, não é objeto de transação, pois se trata de um fim inerente à própria natureza humana, cuja proteção é a razão de um estado de direito constitucional." ('Liberdade e direitos sexuais - o problema a partir da moral moderna', Em Defesa dos Direitos Sexuais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62-3).

Com efeito, a proteção jurídica que a norma constitucional protetiva da dignidade humana proporciona é, dentre outros conteúdos, a garantia de que o sujeito será respeitado como um fim em si mesmo, ao invés de ser concebido como um meio para a realização de fins e de valores que lhes são externos e impostos por terceiros. Vale dizer, é levar a sério a autonomia individual, que possibilita conduzir-se conforme suas próprias convicções e projetos pessoais (respeitados, é claro, direitos de terceiros), livre de imposições externas e de condicionamentos decorrentes de visões de mundo alheias. Para o caso, isto implica que visões de mundo heterônomas, que objetivem impor aos indivíduos homossexuais limites e restrições vinculadas a concepções de mundo metafísicas ou políticas, com repercussão nos direitos previdenciários, estão em desacordo com os direitos fundamentais de liberdade e de proteção à dignidade humana. Nesta linha, a orientação sexual que alguém imprime, na esfera de sua vida privada, não admite restrição de direitos. Essa a evolução dos precedentes nos tribunais norte-americanos. Em *Griswold v. Connecticut* (1965), discutindo-se a licitude da utilização de anticoncepcionais, a Corte afirmou que "concern a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees ; em *Eisenstadt v. Baird* (1972), a valorização da privacidade garantiu "the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child ", diminuindo significativamente a distinção entre casados e solteiros no que diz respeito à liberdade sexual; em *Commonwealth v. Balthazar* (1974), a Suprema Corte Judicial de

Massachusetts, invocando as decisões da Suprema Corte em matéria de privacidade, e diante de proibição de sexo oral entre heterossexuais, decidiu que a legislação proibindo "unnatural and lascivious acts must be construed to be inapplicable to private, consensual conduct of adults "; em *State v. Pilcher* (1976), a Suprema Corte de Iowa assentou que a legislação proibitiva de sexo anal e oral "cannot constitutionally be applied to alleged sodomitical acts performed in private between consenting adults of opposite sexes ", ponderando que, a partir de *Griswold*, "the right of privacy extends to sexual relations between husband and wife ", e, a partir de *Eisenstadt*, "between consenting adults of opposite sexes not married to each other. " Em *State v. Saunders* (1977), a Suprema Corte de New Jersey afastou a legislação proibitiva de relações sexuais entre heterossexuais solteiros, sob o fundamento da autonomia individual que vigora na esfera privada, aduzindo: "It would be rather anomalous if [the decision to bear children] could be constitutionally protected while the more fundamental decision as to whether to engage in the conduct which is a necessary prerequisite to child-bearing could be constitutionally prohibited. Surely, such a choice involves considerations which are at least as intimate and personal as those which are involved in choosing whether to use contraceptives." Em *Commonwealth v. Bonadio* (1980), a Suprema Corte da Pensilvânia identificou na proibição de sexo anal ou oral entre heterossexuais solteiros violação da equal protection clause, pois, após a decisão em *Eisenstadt*, inexistia razoabilidade para tal distinção.

Finalmente, como corolário de toda esta evolução, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2003, aplicou a diretriz da privacidade em matéria sexual, em caso envolvendo homossexual idade, vindo do Estado do Texas (*Lawrence v. Texas*). Naquele julgamento, foi expressamente afirmada a proteção constitucional, via direito de privacidade, das relações homossexuais, sendo decretada a inconstitucionalidade da legislação criminal texana incriminadora da sodomia.

A Corte Européia de Direitos Humanos, examinando hipóteses de discriminação por orientação sexual, sob a ótica do artigo 8º(1) da Convenção Européia de Direitos Humanos ("Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence "), firmou sua diretriz ao apreciar o caso *Dudgeon v. UK* (1981), onde foi questionada proibição penal, oriunda da Irlanda do Norte, de atividade sexual entre homens: "the legal prohibition of private homosexual acts between consenting adults over 21 years of age breach the applicant's right to respect for private life under article 8. " Tal entendimento foi repetido nos casos *Norris v. Ireland* (1988) e *Modinos v. Cyprus* (1993). Em *Dudgeon*, a Corte entendeu que a proibição em tela foi "disproportionate to the aims sought to be achieved ".

Anote-se, acerca da extensão do conceito de privacidade, o assentado pela Corte Européia ao apreciar *Niemitz v. Germany* (1992): "it would too restrictive to limit the notion [of 'private life'] to an 'inner circle' in which the individual may live his own personal life as chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears... to be no reason of principle why this understanding... should be taken to exclude activities of a professional or bussiness nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world ."

No caso concreto, diante da constatação de que a negativa sofrida pelo autor viola (no mínimo indiretamente) sua esfera de liberdade pessoal constitucionalmente resguardada, necessária a intervenção judicial.

A jurisprudência de nossos Tribunais, em diversas situações, já se defrontou com hipóteses de violação indireta de direitos, censurando-as (HC 90.01.14099/GO - DJ 11-03-91).

Relembre-se, além disso, que ofensas indiretas à Constituição são matéria juridicamente relevante, cuja existência o Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda que, em muitos casos, por razões exclusivamente processuais, não conheça de recurso extraordinário contra elas manejado. Cuida-se, pois, de matéria totalmente pertinente para o exame das instâncias judiciárias locais, provocando, em algumas hipóteses, o pronunciamento do STF.

A esse respeito:

"DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatório do próprio estatuto da cooperativa." (Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, 2ª Turma, Min. Marco Aurélio, unânime, DJU 07.07.1996).

SEGUNDA QUESTÃO: a qualificação jurídica das relações conjugais estáveis entre pessoas do mesmo sexo e o direito à pensão estatutária

Assentada a inconstitucionalidade da discriminação motivada por orientação sexual, é necessário examinar a qualificação jurídica da relação conjugal estável havida entre a parte autora e o instituidor do benefício (seu falecido companheiro), a fim de decidir sobre o direito à percepção da pensão estatutária. A seguir, acolhido este pedido, é preciso decidir se o direito em favor do companheiro homossexual abrange a integralidade do valor da pensão ou submete-se ao rateio com a litisconsorte passiva Nair, legalmente casada, apesar de há muito separada de fato, com o instituidor da pensão no momento do óbito.

A petição inicial sustenta que a relação travada entre o autor e seu falecido companheiro encontra seu lugar no direito de família, sugerindo para tanto a roupagem da união estável. Desta premissa, formula o pedido de concessão judicial do benefício da pensão vitalícia prevista no artigo 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90 (companheiro ou companheira designada que comprove união estável como entidade familiar).

1. Uniões homossexuais e direito de família

A jurisprudência e a doutrina nacional têm enfrentado este tema nos últimos anos. O debate sobre a pertinência das uniões entre pessoas do mesmo sexo ao direito de família tem como premissa a especificidade e a diferença entre estas uniões e aquelas tradicionalmente reconhecidas pela legislação civil (principalmente o casamento e a união estável, que são as mais importantes figuras reconhecidas pelo direito brasileiro). Outra premissa que informa este debate é, conforme a opinião esposada pela doutrina familista simpática às uniões homossexuais e pela maioria do chamado "movimento GLBT" (que congrega gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis), a insuficiência do mero reconhecimento jurídico obrigacional, vale dizer, a limitação de tais uniões como associações meramente econômicas, sem conferir relevância ao elemento afetivo, que diferencia a união estável constitucionalmente protegida, pertinente ao direito de família, da sociedade de fato, prevista no direito obrigacional.

O direito de família caminha cada vez mais em direção ao reconhecimento da natureza familiar de relações humanas, estáveis e duradouras, fundadas na sexualidade e no afeto, com a intenção de estabelecer-se comunhão de vida. Aí a tendência que fez adentrar no texto constitucional a enumeração das comunidades familiares acima mencionada, especialmente a união estável e a família monoparental.

Neste rumo, foram superados antigos dogmas relativos às finalidades reprodutivas destas comunidades, antes apresentadas como condições necessárias para o reconhecimento da entidade familiar; também foram ultrapassadas exigências formais, antes satisfeitas unicamente pela celebração do casamento civil ou religioso. As chamadas "uniões homossexuais", onde vínculos afetivos e sexuais constroem uma comunhão de vida estável e duradoura, enquadrar-se-iam, portanto, nestas notas distintivas requeridas pela regulação jurídica da família estampada na Constituição de 1988. Diante do perfil destas relações, postula-se o seu enquadramento no âmbito do direito de família; como apontou Luiz Edson Fachin, no direito de família a afetividade sobrepuja a patrimonialidade ('Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo', In *A Nova Família: problemas e perspectivas*, org. Vicente Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 1997). Para ilustrar a diferença radical produzida pelas abordagens ora discutidas (do direito de família ou do direito obrigacional), basta imaginar as diferentes repercussões jurídicas de uma sociedade de fato e de uma união estável nas situações de internação hospitalar: enquanto a relação obrigacional limita substancialmente o "parceiro de negócios" nas visitas e no acompanhamento hospitalar, o "companheiro em união estável" ocupa posição diametralmente oposta em tal circunstância.

Com efeito, pode-se afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações homossexuais, fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, diz respeito à proteção da dignidade humana. Outro exemplo poderá deixar mais clara a defesa do estatuto jurídico familiar para as uniões homossexuais. Para tanto, valho-me das reflexões de Hannah Arendt a respeito da

proibição legal de casamentos inter-raciais até bem pouco presente no ordenamento jurídico estadunidense. Segundo H. Arendt, "o direito de esposar quem se deseja é um direito elementar do homem" (Didier ERIBON a respeito da discriminação de homossexuais quanto ao direito de contrair núpcias, expostas em anexo à obra *Réflexions sur la question gay*, Paris: Fayard, 1999, p. 490), perante o qual discriminações raciais no âmbito escolar ou comercial revelam-se "questões menores".

A propósito, Celso Lafer salientou os prejuízos à dignidade humana quando o ordenamento jurídico não protege a esfera de vida íntima dos indivíduos, desprezando o princípio da exclusividade, que rege esta esfera, trazendo exatamente a reflexão de H. Arendt sobre a proibição dos casamentos mistos, pois tal restrição afeta diretamente a intimidade, onde as escolhas afetivas devem competir somente ao indivíduo (A *Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 266-268). A negativa deste status familiar às uniões homossexuais acaba de modo efetivo fragilizando a intimidade, na medida em que sua privação, de forma indireta mas muito concreta, dificulta gravemente a construção de uma relação afetiva e o seu desenvolvimento. Todo este raciocínio revela, cabalmente, o quanto o princípio constitucional da igualdade fica violado pela exclusão da igual proteção pelo direito das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Concorrem, ainda, para o reconhecimento familiar das uniões homossexuais o princípio da sociabilidade e o respeito ao pluralismo, elementos da concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito intimamente relacionados com a proteção da dignidade humana. Com efeito, a compreensão contemporânea do Estado Democrático de Direito requer não só a ausência de invasões ilegítimas das esferas individuais; ela reclama a promoção positiva da liberdade, destinada a criar as condições de desenvolvimento da liberdade e da personalidade (Jorge Reis NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e democrático de Direito*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1987, p. 210-212).

Outro valor constitucional que informa e resguarda a proteção da dignidade humana e a relaciona com o caráter familiar das uniões homossexuais é o pluralismo (Nicolas PÉREZ-CANOVAS, "homossexualité et unions homosexuelles dans le droit espagnol" in *Homosexualités et droit - de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, org. Daniel BORRILLO, Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 236). Com efeito, o respeito ao pluralismo é condição necessária para a preservação da dignidade humana e para o desenvolvimento pessoal, na medida em que sem o respeito às diferenças individuais desaparece a possibilidade da construção de um mundo onde haja espaço para a subjetividade e a constituição das identidades pessoais (Morris B. KAPLAN, *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*, London: Routledge, 1997, p. 154). Relacionando sociabilidade e pluralismo, verifica-se que a intimidade requer não só o direito negativo de estar só, mas também a possibilidade de estabelecer espaços de privacidade e condições sociais para o exercício das escolhas pessoais que estabelecem e mantêm relações sexuais e afetivas.

Laurence Tribe, por sua vez, salienta que a autonomia individual sexual e o respeito ao desenvolvimento da personalidade são de particular importância para gays e lésbicas, uma vez que a expressão de suas vidas e a vivência de suas uniões é constantemente ameaçada, desafiando-os constantemente na tarefa da afirmação pessoal. Neste contexto, alerta o constitucionalista norte-americano, sentimentos disseminados de anormalidade não podem fornecer justificativa constitucional para a exclusão destas

uniões do âmbito de proteção jurídica. Esta observação se aplica em muitos domínios, especialmente quando são invocadas concepções religiosas para fundamentar tal exclusão. De fato, tendo em vista a laicidade que caracteriza o Estado Democrático de Direito, não há como fazer prevalecer no direito estatal convicções religiosas sobre o reconhecimento de direitos a homossexuais, que nesta condição constituem um grupo socialmente discriminado, sem relação necessária com a possibilidade de sua inserção positiva na comunidade maior (American Constitutional Law, 2nd ed., Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1434). A pertinência desta preocupação no direito brasileiro, notadamente relativa à homossexual idade e à qualificação jurídica das relações familiares, é demonstrada por Roberto Arriada Lorea ('A influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual: análise de um acórdão do Tribunal de Justiça do RS', Em Defesa dos Direitos Sexuais, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 169).

Em suma, inúmeros fundamentos, de ordem constitucional, apontam para a consideração das relações entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do direito de família. Este reconhecimento, inclusive, já foi manifestado de forma expressa em decisão do Supremo Tribunal Federal. Ao rejeitar, por razões puramente procedimentais, ação constitucional discutindo o tema, o Ministro Celso de Mello registrou que, neste debate, estão em jogo 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" (Supremo Tribunal Federal, ADI 3300/MC - DF, DJU 09.02.2006).

Estes fundamentos, de modo explícito ou implícito, têm orientado alguns diplomas legislativos e precedentes judiciais que reconhecem uniões entre pessoas do mesmo sexo. Não tendo a pretensão nem o objetivo de inventariar legislação e jurisprudência de modo exaustivo, mas sim de contribuir para a reflexão das tendências gerais, fundamentos e implicações deste reconhecimento, desenvolvo, nas seções seguintes, a análise do enquadramento constitucional no direito de família de tais uniões e algumas de suas implicações.

Na Constituição brasileira de 1988, a regulação constitucional da família contempla explicitamente três espécies de família: a família derivada do casamento, a família decorrente da união estável e a família monoparental. Diante desta previsão, problematiza-se a possibilidade do reconhecimento das uniões homossexuais, uma vez que ausente qualquer referência expressa. Praticamente sem nenhuma exceção, a pesquisa sobre as uniões homossexuais no direito de família conduz à pergunta a respeito da qualificação destas uniões em uma das três espécies familiares dispostas no texto constitucional; não se considera, por exemplo, a hipótese da configuração de uma outra espécie de comunidade familiar, ainda que não prevista explicitamente (sobre este ponto, tive oportunidade de ponderar mais longamente no artigo "Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar", Conjugalidades, parentalidades e identidades, Rio de Janeiro, CLAM/Editora Garamond, 2007).

Frise-se que o reconhecimento judicial de outras comunidades familiares, não previstas explicitamente no texto constitucional, não é nenhuma novidade no direito brasileiro. Ver, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça os Recursos Especiais nº 159.851/SP (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), nº 205.170/SP (Relator Min. Gilson Dipp), nº

57.606/MG (Rel. Min. Fontes de Alencar), nº 182.223/SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro) e nº 226.101/CE (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

A primeira questão a ser enfrentada, antes do exame da compatibilidade das uniões homossexuais às espécies de comunidades familiares expressamente enumeradas pela Constituição, é precisamente o caráter desta enumeração. Com efeito, alguns sustentam que a Constituição, ao enumerar tais e quais espécies de comunidade familiar, não admite o reconhecimento de outras comunidades familiares (por exemplo, Sérgio Ferraz, ao elaborar parecer diante do projeto de lei nº 1.151/1995, que trata dos efeitos jurídicos das uniões de pessoas do mesmo sexo, Boletim OAB Urgente, ano I, nº 56, 1996).

A interpretação da Constituição, em face desta questão, deve ser conduzida de outro modo. Na verdade, colocar o problema nestes termos em nada colabora para sua elucidação, na medida em que perquirir da natureza taxativa ou enumerativa das comunidades familiares previstas no texto constitucional seria concebê-lo de acordo com o dogma da completude, isto é, com a idéia de que a Constituição já tenha definido de antemão a resposta para o problema. No entanto, na interpretação constitucional a premissa é outra: a Constituição se caracteriza por sua abertura e amplitude, não se propondo de antemão "à pretensão de ausência de lacunas ou até de unidade sistemática" (Konrad HESSE, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Porto Alegre: SAF, 1998, p. 61-70).

Nesta linha, interpretação constitucional é, em primeiro lugar, concretização. Vale dizer, "exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob a inclusão da 'realidade' a ser ordenada." Desse modo, a interpretação constitucional possui uma nota criadora, pois o conteúdo da norma objeto de interpretação só pode ser concluído pela interpretação - tudo sem abandonar-se a vinculação à norma. Para tanto, assinala o jurista alemão, é necessário o "entendimento" da norma a ser concretizada, num proceder essencialmente ligado à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto. Não se pode imaginar, assim, uma compreensão distanciada da existência histórica, concretamente situada, a partir da qual são determinados os conteúdos de pensamento e determinados seu saber e seu (pré)-juízo. Assim, a unidade de sentido produz-se como resultado de um processo de aproximação que tem como ponto de partida a (pré)-compreensão, a qual, diante da situação concreta, formula um anteprojeto que se coloca ao início do exame do problema. A partir da confirmação, correção e revisão desse anteprojeto que se chegará à aludida unidade de sentido. A decisão acerca do conteúdo normativo, nesse processo, exsurge mediante o relacionar da norma com vista ao problema concreto; cuida-se de um procedimento que não é resultante de uma aplicação posterior de algo antecipadamente entendido e só a seguir "aplicado" a um certo fato. Nas palavras do próprio Konrad Hesse, "não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos." A proteção contra preconceitos e juízos equivocados, ainda que arraigados no senso comum, obtém-se aqui mediante o tornar conscientes e fundamentadas tais antecipações e conclusões. Esta proteção, como se sabe, é tanto mais necessária quanto maiores e mais intensos os preconceitos e os estereótipos negativos dirigidos contra um grupo ou indivíduo. Quando o assunto é homossexualidade, portanto, nunca será demasiado este cuidado, tendo em vista a intensidade dos preconceitos e dos estereótipos que envolvem o tema.

Assim colocada, a hermenêutica constitucional define as bases para a consideração das uniões homossexuais no direito constitucional de família. Ao invés de se procurar no respectivo capítulo da Ordem Social que trata da família um rol taxativo de espécies de comunidades familiares, importa perguntar-se quais os princípios diretivos ali presentes, cuja concretização poderá fornecer uma resposta para a realidade emergente.

Este é o procedimento interpretativo correto para o exame das uniões homossexuais diante a partir da Constituição.

2. Uniões homossexuais e modalidades de comunidade familiar

2.1. Casamento

A doutrina e a jurisprudência nacionais, praticamente de forma unânime, não vislumbram a inclusão das uniões de pessoas do mesmo sexo no instituto do casamento. No direito estrangeiro, todavia, merecem registro alguns precedentes. Destaco a decisão da Corte constitucional da África do Sul e a decisão firmada pela Suprema Corte do Estado do Hawaii.

A decisão da Corte Constitucional da África do Sul reveste-se de grande significado. Não só pelo fato de ser a primeira manifestação expressa vinda de uma Corte Constitucional nacional, como também pela experiência e sensibilidade acumuladas naquele país, diante do apartheid. O tribunal concluiu que a exclusão das relações homossexuais do instituto do casamento configura grave lesão ao direito de igualdade e à proibição de discriminações injustas, princípios umbilicalmente relacionados com a proteção da dignidade humana. Na fundamentação, também relacionou os prejuízos suportados por homossexuais decorrentes desta exclusão. Na esteira do desenvolvido neste artigo, é de se registrar a preocupação explícita com o pluralismo no direito de família.

No mundialmente pioneiro precedente havaiano, o tribunal apreciou a constitucionalidade da legislação estadual que estabelecia como condição para o casamento a diversidade de sexos dos contraentes. Conforme a fundamentação desenvolvida, a referida legislação estadual contrariou a garantia da igual proteção, que alcança proibição de discriminação por motivo de sexo. Segundo a decisão, a impossibilidade de casamento entre homossexuais, privando-os de todos os direitos e benefícios reservados aos que podem se casar, configura discriminação por motivo de sexo, vedada pelo texto constitucional. Indo além, o tribunal assentou que a restrição atinge um "direito essencial para a adequada busca da felicidade" .

2.2. As uniões homossexuais e união estável

Sem adentrar aqui na motivação jurídica ou política dos atores deste debate, o instituto jurídico da união estável tem sido apontado, pela maioria da doutrina, jurisprudência e dos ativistas homossexuais, como a melhor alternativa para o enquadramento das relações entre pessoas do mesmo sexo.

O texto constitucional define a união estável como entidade familiar formada entre homem e mulher, numa redação que, para muitos, sugere a exclusão das uniões homossexuais de seu âmbito, por faltar o pressuposto da distinção de sexos. Diante desta dificuldade, apresentam-se basicamente duas ordens de respostas. A primeira inclui as uniões homossexuais dentro do âmbito da união estável, por intermédio de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais (principalmente o direito de

igualdade) e mediante o recurso da analogia; a segunda sustenta a inconstitucionalidade da própria norma do artigo 226, § 3º, ao restringir o conceito, por violação aos princípios da dignidade humana e da igualdade.

Exponho a primeira em detrimento da segunda, pois enquanto aquela é acolhida em inúmeros julgados, esta não prosperou tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A tese que sustenta a aplicação analógica do instituto da união estável às uniões homossexuais afasta, primeiramente, a existência de óbice constitucional ao reconhecimento destas uniões na citada espécie de comunidade familiar. Na ausência de proibição expressa ou de previsão positiva, postula a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da "unidade da Constituição", segundo o qual uma interpretação adequada do texto constitucional exige a consideração das demais normas constitucionais, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa das uniões homossexuais, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher. A semelhança relevante aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros de mesmo sexo, assim como ocorre com companheiros de sexos opostos. O argumento, sem dúvida, avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade de sentido à Constituição diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do direito de família outros princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio isonômico e a decorrente proibição de discriminação por motivo de sexo e de orientação sexual.

O enquadramento das uniões homossexuais como uniões estáveis expressa a tendência da jurisprudência. Alguns julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região são ilustrativos:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL . UNIÃO ESTÁVEL QUANDO DO ÓBITO. HONO-RÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Comprovada a caracterização como companheiro homossexual e presumida legalmente a dependência econômica entre companheiros, é devida a pensão por morte. 2. Os honorários advocatícios são devidos em 10% sobre as parcelas vencidas até a decisão judicial concessória do benefício pleiteado nesta ação previdenciária, excluídas as vincendas - Súmula 111 do STJ (AC n.º 2001.70.00.0279920/PR, DJU:09/03/2005, p.487, Rel: Néfi Cordeiro).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO ESTÁVEL. HOMOSSEXUAL . ART. 217, I, C, DA LEI 8.112/90. DESIGNAÇÃO. AUSÊNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. 1. Entender que os homossexuais estariam excluídos da 'união estável', vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais. 2. À míngua do ato formal de designação de dependente, prevista no art. 217, I, "C", Lei nº 8.112/90, não pode a Administração Pública rejeitar pleito de concessão de pensão temporária fundado apenas na dependência econômica do servidor falecido devidamente comprovada. Isto porque a designação constitui mera

formalidade em que o designante dá notícia à Administração da eleição do designando como seu dependente, passando ele a auferir, desde já, os direitos e vantagens atinentes a esta qualidade. Precedentes do STJ (AC n.º 2001.72.00.0061190/SC, DJU:27/10/2004, p.644, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon).

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOSSEXUAL . RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO. APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 217, I, C DA LEI 8.112/90 POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS. VERBA ALIMENTAR. - A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. - O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, I, "c", como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática. Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida alimentar. (AC n.º 2001.04.01.0273728/RS, DJU: 20/11/2002, p.422, Relator: Edgard A Lippmann Júnior).

Com estes fundamentos, acompanho o voto do eminente relator.

Juiz Federal ROGER RAUPP RIOS

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ROGER RAUPP RIOS:2164

Nº de Série do 44355667

Certificado:

Data e Hora: 27/01/2009 17:51:16
