

Data de Disponibilização: 3/8/2011 No TRIBUNAL: 200551015270216

Tribunal: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vara: SECRETARIA JUDICIÁRIA

Página: 00279

Expediente: RECURSOS

RECURSO EXTRAORDINARIO 596.010 (1255)

ORIGEM : AC - 200551015270216 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC. (A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO. (A/S) : _____

ADV.(A/S) : LUIZ MARIO DA SILVA ALEXANDRE

EMENTA: UNIAO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVANCIA SOCIAL E JURIDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTAO PERTINENTE AS UNIOES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICACAO DA UNIAO ESTAVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSICAO CONSAGRADA NA JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURIDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZACAO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NUCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMILIA. O DIREITO A BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLICITO E EXPRESSAO DE UMA IDEIA-FORCA QUE DERIVA DO PRINCIPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMILIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTACAO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GENERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIAO ESTAVEL HOMOAFETIVA, A PERCEPCAO DO BENEFICIO DA PENSAO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART.1.723 DO CODIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TIPICA NORMA DE INCLUSAO. A FUNCAO CONTRAMAJORITARIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO. A PROTECAO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPCAO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINARIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

DECISAO: Trata-se de recurso extraordinario interposto contra decisao, que, proferida pelo E. TRF/2ª Regiao, acha-se consubstanciada em acordo assim ementado (fls 167) "PREVIDENCIARIO. PENSAO POR MORTE DECORRENTE DE UNIAO HOMOAFETIVA. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA E DA VEDACAO A DISCRIMINACAO POR MOTIVO DE

ORIENTACAO SEXUAL. ART. 16, § 3º DA LEI 8.213/91 E § 3º, DO ART. 226, DA CF/88. NEGATIVA DE VIGENCIA AFASTADA. HIPOTESE DISTINTA. SUPRIMENTO DE LACUNA LEGAL. AGRAVO IMPROVIDO. - Insurge-se o INSS contra a concessao de pensao por morte por uniao homoafetiva, entendendo ter sido negada vigencia ao art. 16, § 3º da Lei 8.213/91 e ao § 3º, do art. 226, da Constituicao Federal, de 05.10.88. - Para a concessao de pensao por morte decorrente de relacao homoafetiva houve construcao da jurisprudencia e da doutrina em decorrencia da aplicacao dos principios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da vedacao a discriminacao por motivo de orientacao sexual, ocorrendo o suprimento de lacuna legal e nao a negativa da vigencia de preceito legal que em verdade preve outra hipotese - O artigo 226, § 3º, da Constituicao Federal nao regula pensao previdenciaria inserindo se no capitulo do Direito de Familia - Agravo interno improvido." (Apelacao Civel nº 388582/RJ, Rel. Juiza MARCIA HELENA NUNES - grifei) O INSS insurge-se contra esse julgamento, invocando, dentre outros fundamentos, a impossibilidade de qualificar-se, como entidade familiar, a uniao estavel homoafetiva, cujo reconhecimento- segundo ora sustentado pela autarquia previdenciaria mostrar se ia incompativel com o que dispoe o § 3º do art. 226 da Constituicao da Republica. Sendo esse o contexto, passo a apreciar a postulacao recursal ora em exame. E, ao faze-lo, observo, desde logo, que o Plenario do Supremo Tribunal Federal, em recentissimo julgamento, ao apreciar a ADPF132/RJ e a ADI 4.277/DF, ambas de relatoria do eminente Ministro AYRES BRITTO, proferiu decisao em que reconheceu, como entidade familiar, a uniao entre pessoas do mesmo sexo desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituicao da uniao estavel entre homem e mulher alem de tambem haver proclamado com identica eficacia vinculante que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas unioes estaveis heteroafetivas estendem se aos companheiros na uniao estavel entre pessoas do mesmo sexo (Informativo/STF n 625) Ao assim decidir a questao, o Pleno desta Suprema Corte proclamou que ninguem absolutamente ninguem pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restricoes de ordem juridica por motivo de sua orientacao sexual. Isso significa que tambem os homossexuais tem o direito de receber a igual protecao das leis e do sistema politico-juridico instituido pela Constituicao da Republica, mostrando-se arbitrario e inaceitavel qualquer estatuto que puna que exclua que discrimine que fomenta a intolerancia que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razao de sua orientacao sexual. Essa afirmacao, mais do que simples proclamacao retorica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades publicas, de que o Estado nao pode adotar medidas nem formular prescricoes normativas que provoquem, por efeito de seu conteudo discriminatorio, a exclusao juridica de grupos, minoritarios ou nao, que integram a comunhao nacional. Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realizacao dos valores da liberdade da igualdade e da nao discriminacao que representam fundamentos essenciais a configuracao de uma sociedade verdadeiramente democratica tornando efetivo assim o principio da igualdade assegurando respeito a liberdade pessoal e a autonomia individual conferindo primazia a dignidade da pessoa humana rompendo paradigmas historicos culturais e sociais e removendo obstaculos que ate entao inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vitimas de tratamento discriminatorio. Com tal julgamento, deu-se um passo significativo contra a discriminacao e contra o tratamento excludente que tem marginalizado grupos minoritarios em nosso Pais viabilizando se a instauracao e a consolidacao de uma ordem juridica genuinamente inclusiva Vale referir, tal como eu proprio ja o fizera em decisao anterior (ADI 3.300-MC/DF), que o magisterio da doutrina - apoiando-se em valiosa hermeneutica construtiva e invocando principios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminacao, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da nao discriminacao e da busca da felicidade) - tem revelado admiravel percepcao quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalissimo a orientacao sexual quanto a proclamacao da legitimidade etico-juridica da uniao

homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares Cabe destacar, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consubstanciados em acordos assim ementados: "Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) "(...) 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 passível 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 () quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA - grifei) Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início da segunda década do terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em inadmissíveis fórmulas preconceituosas vêm sendo externada 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 (LUIZ EDSON FACHIN Direito de Família Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro p 119/127 item n 4 2003 Renovar LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA Homoerotismo no Direito Brasileiro e

Universal Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo 2000 Aga Juris Editora
ROGER RAUPP RIOS A Homossexualidade no Direito p 97/128 item n 4 2001
Livraria do Advogado Editora ESMAFE/RS ANA CARLA HARMATIUK MATOS Uniao
entre Pessoas do mesmo Sexo aspectos juridicos e sociais p 161/162 Del Rey 2004
VIVIANE GIRARDI Familias Contemporaneas, Filiacao e Afeto: a possibilidade
juridica da Adocao por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAISA
RIBEIRO FERNANDES, "Unioes Homossexuais: efeitos juridicos", Editora Metodo,
Sao Paulo; JOSE CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Juridica da Relacao
Homoerotica", "in" "Revista da AJURIS" n° 88, tomo I, p.224/252, dez/2002, v.g.).
Desse modo, a extensao, as unioes homoafetivas, do mesmo regime juridico
aplicavel a uniao estavel entre pessoas de genero distinto justifica se e legitima se
pela direta incidencia dentre outros dos principios constitucionais da igualdade da
liberdade da dignidade da seguranca juridica e do postulado constitucional implicito
que consagra o direito a busca da felicidade os quais configuram numa estrita
dimensao que privilegia o sentido de inclusao decorrente da propria Constituicao da
Republica (art 1 III e art 3 IV) fundamentos autonomos e suficientes aptos a
conferir suporte legitimador a qualificacao das conjugalidades entre pessoas do
mesmo sexo como especie do genero entidade familiar Isso significa que a
qualificacao da uniao estavel entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar
desde que presentes quanto a ela os mesmos requisitos inerentes a uniao estavel
constituída por pessoas de generos distintos (Codigo Civil art 1 723) representa o
reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas por repousarem a sua
existencia nos vinculos de solidariedade de amor e de projetos de vida em comum
hao de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razao
o mesmo tratamento atribuido as unioes estaveis heterossexuais Impende
considerar, neste ponto, o afeto como valor juridico impregnado de natureza
constitucional em ordem a valorizar esse novo paradigma como nucleo conformador
do proprio conceito de familia Com efeito, torna-se indiscutivel reconhecer que o
novo paradigma, no plano das relacoes familiares, apos o advento da Constituicao
Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do
vinculo familiar consolidou se na existencia e no reconhecimento do afeto. Nesse
sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada **MARIA BERENICE DIAS** ("A
Homoafetividade Como Direito", "in" "Novos Direitos", coord. Mauro Nicolau Junior,
p. 336, item n. 5, 2007, Jurua), de cuja licao extraio o seguinte fragmento "O
Direito das Familias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma
profunda transformacao. O principio da igualdade ocasionou uma verdadeira
revolucao ao banir as discriminacoes que existiam no campo das relacoes familiares
Num unico dispositivo o constituinte espancou seculos de hipocrisia e preconceito
Alem de alargar o conceito de familia para alem do casamento foi derogada toda a
legislacao que hierarquizava homens e mulheres bem como a que estabelecia
diferenciacoes entre os filhos pelo vinculo existente entre os pais A Constituicao
Federal, ao outorgar a protecao a familia, independentemente da celebracao do
casamento, vincou um novo conceito o de entidade familiar albergando vinculos
afetivos outros (grifei) Cabe referir, por necessario, que esse entendimento - no
sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da
familia moderna, qualificando-se, para alem de sua dimensao etica, como valor
juridico impregnado de perfil constitucional - tem o beneplacito de expressivo
magisterio doutrinario (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Principios Fundamentais
Norteadores do Direito de Familia", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey;
GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "Principios Constitucionais de Direito de
Familia: guarda compartilhada a luz da Lei n° 11.698/08: familia, crianca,
adolescente e idoso", p.126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas; MOACIR CESAR PENA
JUNIOR, "Direito das Pessoas e das Familias: doutrina e jurisprudencia", p.10/12,
item n. 1.5.2, 2008, Saraiva; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, "Manual da
Homoafetividade", p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Metodo, v.g.). Tambem
o eminente Professor (e ilustre membro do Ministerio Publico Federal) DANIEL
SARMENTO ("Casamento e Uniao Estavel entre Pessoas do mesmo Sexo:

Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 643, 2008, Lumen Juris) revela igual percepção em torno dessa particular questão reconhecendo no afeto enquanto valor jurídico constitucional um elemento fundamental (e preponderante) na esfera das relações do direito de família inclusive no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo: "Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 e a valorização do afeto não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos não existindo portanto qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais (grifei) Tenho por fundamental, ainda, na resolução do presente litígio, o reconhecimento de que assiste a todos sem qualquer exclusão o direito a busca da felicidade verdadeiro postulado constitucional implícito que se qualifica como expressão de uma ideia força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Já enfatizei, em anteriores decisões, que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade Assume papel relevante, nesse contexto, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magisterio da doutrina (JOSE AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, "Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo", 2008, Renovar, v.g.). Reconheço que o direito a busca da felicidade - que se mostra gravemente comprometido quando o Congresso Nacional influenciado por correntes majoritárias omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar a grupos minoritários a fruição de direitos fundamentais representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham historicamente na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. O texto dessa Declaração, fortemente influenciado pelas ideias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão designada pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores - como RAY RAPHAEL ("Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana", p.125, traduzido por Maria Beatriz de Medina Civilização Brasileira 2006) mencionem o fato de que "Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido a Declaração de Direitos da Virgínia (grifei) Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("A Declaração de Independência dos Estados Unidos", p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito a busca da felicidade

como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas "Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração que é essencialmente a felicidade ou o bem estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade) e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica (grifei). A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo em ordem a permitir numa perspectiva de implementação concretizadora a plena realização em sua dimensão global do próprio texto normativo da Constituição. Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo esterilizar direitos e franquias individuais. Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - STA 223-AgR/ PE, Rel. p/ o acordo Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade, um "importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL em precioso trabalho (O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal)". Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em alguns precedentes como In Re Slaughter House Cases (83 U.S. 36 1872) Butchers` Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus "rulings" no conceito de busca da felicidade ("pursuit of happiness"), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia de ter a custódia dos filhos menores de aprender línguas estrangeiras de casar-se novamente de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais. Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preambulo no qual se faz referência a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preambulo). Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito a busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar. É preciso também não desconhecer, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame a existência dos Princípios de Yogyakarta notadamente daqueles que reconhecem o direito de constituir família independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero. Entendo que o acordo ora recorrido ajusta-se aos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos. Essa

Carta de Principios sobre a aplicacao da legislacao internacional de direitos humanos em relacao a orientacao sexual e identidade de genero fez consignar em seu texto o Principio n 24 cujo teor assim dispoe "DIREITO DE CONSTITUIR FAMILIA Toda pessoa tem o direito de constituir uma familia, independente de sua orientacao sexual ou identidade de genero. As familias existem em diversas formas Nenhuma familia pode ser sujeita a discriminacao com base na orientacao sexual ou identidade de genero de qualquer de seus membros. Os Estados deverao: a) Tomar todas as medidas legislativas administrativas e outras medidas necessarias para assegurar o direito de constituir familia inclusive pelo acesso a adocao ou procriacao assistida (incluindo inseminacao de doador), sem discriminacao por motivo de orientacao sexual ou identidade de genero; b) Assegurar que leis e politicas reconhecam a diversidade de formas de familia, incluindo aquelas nao definidas por descendencia ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessarias para garantir que nenhuma familia possa ser sujeita a discriminacao com base na orientacao sexual ou identidade de genero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito a assistencia social relacionada a familia e outros beneficios publicos, emprego e imigracao; . f) Tomar todas as medidas legislativas administrativas e outras medidas necessarias para assegurar que qualquer obrigacao prerrogativa privilegio ou beneficio disponivel para parceiros nao casados de sexo diferente esteja igualmente disponivel para parceiros nao casados do mesmo sexo () (grifei) Cumpre observar, ainda, no tocante a interpretacao (meramente literal) de que o § 3º do art. 226 da Constituicao Federal desautorizaria os fundamentos em que se apoiou o acordo ora recorrido, que nao vislumbro, no texto normativo da Constituicao, quanto ao reconhecimento da protecao estatal as unioes entre pessoas do mesmo sexo a existencia de lacuna voluntaria ou consciente (NORBERTO BOBBIO Teoria do Ordenamento Juridico p 43/145 itemn 7 1989 UnB/Polis) de carater axiologico cuja constatacao evidenciaria a existencia de silencio eloquente capaz de comprometer a interpretacao (que tenho por absolutamente correta) no sentido de que a uniao estavel homoafetiva qualifica se constitucionalmente, "como entidade familiar" (CF, art. 226, § 3º). Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observacao de DANIEL SARMENTO ("Casamento e Uniao Estavel entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferenca e Direitos Humanos", p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), cuja licao, apoiando-se em consistente interpretacao sistematica e teleologica do art. 226, § 3º, da Constituicao, corretamente enuncia o exato sentido da norma constitucional em referencia: "Um obstaculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da uniao estavel entre pessoas do mesmo sexo e a redacao do art. 226, § 3º, da Constituicao, segundo o qual `para o efeito de protecao do Estado e reconhecida a uniao estavel entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversao em casamento.` Os adversarios da medida alegam que o preceito em questao teria barrado a possibilidade do reconhecimento da uniao homoafetiva no Brasil, pelo menos enquanto nao fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Contudo, o argumento, que se apega exclusivamente na literalidade do texto, nao procede. Com efeito, sabe-se que a Constituicao, em que pese o seu carater compromissorio, nao e apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrario, trata-se de um sistema aberto de principios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido a luz dos demais. A nocao de sistema traduz-se num importantissimo principio de hermeneutica constitucional que e o da unidade da Constituicao () No sistema constitucional, existem principios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura basica. (...). No caso brasileiro, nem e preciso muito esforco exegetico para identifica-los. O constituinte ja tratou de faze-lo no Titulo I da Carta, que se intitula exatamente `Dos Principios Fundamentais`. E e la que vao ser recolhidas as clausulas essenciais para a nossa empreitada hermeneutica: principios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democratico de Direito, da construcao de uma sociedade livre, justa e solidaria livre

de preconceitos e discriminações dentre outros. Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 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. (...) 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. Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloquente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão a união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento. 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, `acontrario sensu o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afa de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência civil e que se voltava a inclusão social e a superação do preconceito. 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 (grifei). Cabe registrar, finalmente, que os precedentes a que me referi no início desta decisão (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF) refletem, com absoluta fidelidade a função contramajoritária que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito da discriminação e da exclusão jurídica. Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito considerada a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam parcela minoritária () da população como esclarecem dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 e que registram a existência declarada em nosso país de 60 000 casais homossexuais. O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira tem se mostrado infenso no que se refere a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar a necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários a vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais mas não pode legitimar na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional a supressão a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais como o livre exercício da igualdade e da liberdade sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes decisões de caráter nitidamente contramajoritário em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema quando assim proferidos objetivam preservar em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais a intangibilidade de direitos interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica social econômica ou

politica e que por efeito de tal condicao tornam se objeto de intolerancia de perseguicao de discriminacao e de injusta exclusao Na realidade, o tema da preservacao e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questao impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinacao institucional, de velar pela supremacia da Constituicao e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritarios, que encontram fundamento legitimador no proprio estatuto constitucional Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema juridico protecao as minorias e aos grupos vulneraveis qualifica se na verdade, como fundamento imprescindivel a plena legitimacao material do Estado Democratico de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte quando grupos majoritarios por exemplo atuando no ambito do Congresso Nacional ensaiaram medidas arbitrarrias destinadas a frustrar o exercicio por organizacoes minoritarias de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24 831/DF Rel Min CELSO DE MELLO MS24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Para que o regime democratico nao se reduza a uma categoria politico-juridica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessario assegurar, as minorias, notadamente em sede jurisdiccional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distincao, sao assegurados pois ninguem se sobrepoe nem mesmo os grupos majoritarios aos principios superiores consagrados pela Constituicao da Republica. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralistica, em tudo compativel com os fundamentos estruturantes da propria ordem democratica (CF, art. 1º, V), que se impoe a organizacao de um sistema de efetiva protecao, especialmente no plano da jurisdicao, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais nao se convertam em formula destituída de significacao o que subtrairia consoante adverte a doutrina (SERGIO SERVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n 602.73, 2004, Saraiva) - o necessario coeficiente de legitimidade juridico-democratica ao regime politico vigente em nosso Pais. Em conclusao: o exame da presente causa evidencia que o acordo ora questionado ajusta-se a orientacao jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na analise da materia em referencia. Na realidade, tenho por incensuraveis as razoes que dao suporte ao excelente acordo emanado do E Tribunal Regional Federal da 2 Regiao que merece ser mantido por seus proprios fundamentos. Sendo assim, em face das razoes expostas, e considerando, ainda, decisao por mim proferida em causa identica a veiculada nestes autos (RE 568.129/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO), conheco do presente recurso extraordinario para negar lhe provimento Publique-se.

Brasilia, 1º de agosto de 2011.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator