

Data de Disponibilização: 2/8/2011

No TRIBUNAL: 200005000579892

Tribunal: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vara: SECRETARIA JUDICIÁRIA

Página: 00187

Expediente: RECURSOS

RECURSO EXTRAORDINARIO 568.129 (633)

ORIGEM : AC - 200005000579892 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

PROCED. : RIO GRANDE DO NORTE

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): RAULINO SALES SOBRINHO

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 CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão, que, proferida pelo E. TRF/5ª Região, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls 143/145) "PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLEITO DE OBTENÇÃO DE PENSÃO ESTATUTÁRIA, EM RAZÃO DA MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CARENCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. VEDAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO DA PENSÃO. I. A inexistência de norma que regule situação fática socialmente reconhecida mas que não encontra previsão legal no ordenamento não se faz bastante para extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido que apenas se caracterizaria na hipótese de expressa vedação da legislação ao deferimento da pretensão do litigante. II. É reconhecido pela doutrina o fato de que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas que se tornam mais evidentes nos dias atuais em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade, de modo que cabe ao juiz, diante de controversias as quais falte a norma específica que se lhes aplique, buscar a integração entre direito e realidade, amparando-se nos Princípios Gerais do Direito, e mormente, como é o caso, fazendo uso do método da analogia, evitando, assim, o `non liquet`. III. A legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela Lei nº 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge companheiro do de cujus sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo bastando que se comprove a dependência financeira e a união estável IV. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, esgrimido pela autarquia previdenciária como norma proibitiva ao reconhecimento do direito a pensão em comento trata especificamente das relações de casamento, não se estendendo a sua regulamentação a questões previdenciárias. V. A Constituição Federal erigiu o princípio da igualdade como postulado fundamental com aplicação específica em relação a proteção referente a discriminações quanto ao gênero consoante o disposto nos artigos 3 inciso IV 5 inciso I e 7 inciso XXX todos da Carta Magna sendo por isso vedadas distinções de qualquer natureza em razão da opção sexual do indivíduo. VI. O reconhecimento do direito a pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual no Regime Geral da Previdência Social consubstanciado na Instrução Normativa 25 de 07 de junho de 2000 editada pelo INSS impõe a extensão de tal benefício aos servidores públicos federais em homenagem ao princípio da isonomia VII. Exaustivamente comprovada pelo promovente, inclusive através de provas documentais a sua dependência econômica em relação ao de cujus conseqüência direta do desfazimento de seus bens para custeio do tratamento da doença que levou a morte o seu companheiro além de demonstrada cabalmente a existência da vida em comum. VIII. Preenchidas, pelo autor, diversas das exigências constantes da

Instrucao Normativa suso mencionada e sendo lhe vedado materializar os demais itens, por obstrucao do proprio Poder Publico, que nao admite a sua inscricao como dependente do de cujus para efeitos fiscais e de dependencia economica, na ficha cadastral do orgao patronal, e de se lhe conceder o direito a pensao requerida IX. A implantacao do beneficio deve ser retroativa a data do obito, nos termos do artigo 215, da Lei nº 8.112/90, sendo mantidos os juros de mora a taxa de 0,5% (meio por cento), a partir da citacao, e os honorarios em 10% (dez por cento) do valor da condenacao. X. Apelacao e remessa improvidas." (Apelacao Civel nº 238842/RN, Rel. Juiza MARGARIDA CANTARELLI - 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 conseqUencias no plano do Direito, notadamente no campo previdenciario, e, tambem, na esfera das relacoes sociais e familiares Cabe destacar, em face do carater seminal de que se acham impregnados, notaveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justica do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Regiao, consubstanciados em acordaos assim ementados: "Relacao homoerotica - Uniao estavel - Aplicacao dos principios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Principios gerais do direito - Visao abrangente das entidades familiares - Regras de inclusao (...) - Inteligencia dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Codigo Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui uniao estavel a relacao fatica entre duas mulheres, configurada na convivencia publica, continua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira familia, observados os deveres de lealdade, respeito e mutua assistencia. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os principios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, alem da analogia e dos principios gerais do direito, alem da contemporanea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusao Assim definida a natureza do convivio opera se a partilha dos bens segundo o regime da comunhao parcial Apelacoes desprovidas." (Apelacao Civel 70005488812, Rel. Des. JOSE CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Camara Civil - grifei) "(...) 6. A exclusao dos beneficios previdenciarios, em razao da orientacao sexual, alem de discriminatoria, retira da protecao estatal pessoas que por imperativo constitucional deveriam encontrar se por ela abrangidas 7 Ventilar se a possibilidade de desrespeito ou prejuizo a alguem em funcao de sua orientacao sexual seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Nao se pode, simplesmente, ignorar a condicao pessoal do individuo legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual sem sombra de duvida se inclui a orientacao sexual) como se tal aspecto nao tivesse relacao com a dignidade humana 8 As nocoes de casamento e amor vem mudando ao longo da historia ocidental assumindo contornos e formas de manifestacao e institucionalizacao plurivocos e multifacetados que num movimento de transformacao permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materializacao das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitacao das unioes homossexuais e um fenomeno mundial em alguns paises de forma mais implicita com o alargamento da compreensao do conceito de familia dentro das regras ja existentes em outros de maneira explicita com a modificacao do ordenamento juridico feita de modo a abarcar legalmente a uniao afetiva entre pessoas do mesmo sexo 10 O Poder Judiciario nao pode se fechar as transformacoes sociais que pela sua propria dinamica muitas vezes se antecipam as modificacoes legislativas 11 Uma vez reconhecida numa interpretacao dos principios norteadores da constituicao patria a uniao entre homossexuais como passivel 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 JOAO 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 vem 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 a 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 União entre Pessoas do mesmo Sexo aspectos jurídicos e sociais p 161/162 Del Rey 2004 VIVIANE GIRARDI Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAISA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSE CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p.224/252, dez/2002, v.g.). Desse modo, a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência dentre outros dos princípios constitucionais da igualdade da liberdade da dignidade da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade os quais configuram numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art 1 III e art 3 IV) fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar desde que presentes quanto a ela os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos (Código Civil art 1 723) representa o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade de amor e de projetos de vida em comum há de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais Impende considerar, neste ponto, o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional em ordem a valorizar esse novo paradigma como núcleo conformador do próprio conceito de família Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar consolidou-se na existência 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 extrai 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 diferenciaco es 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 nº 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, Diferenca e Direitos Humanos", p. 643, 2008, Lumen Juris) revela igual percepcao em torno dessa particular questao reconhecendo no afeto enquanto valor juridico constitucional um elemento fundamental (e preponderante) na esfera das relacoes do direito de familia inclusive no ambito das unioes entre pessoas do mesmo sexo: "Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituicao de 88 e a valorizacao do afeto nao ha razao alguma para exclusao das parcerias homossexuais que podem caracterizar se pela mesma comunhao e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na uniao estavel entre pessoas de sexos opostos nao existindo portanto qualquer justificativa legitima para a discriminacao praticada contra os homossexuais (grifei) Tenho por fundamental, ainda, na resolucao do presente litigio, o reconhecimento de que assiste a todos sem qualquer exclusao o direito a busca da felicidade verdadeiro postulado constitucional implicito que se qualifica como expressao de uma ideia forca que deriva do principio da essencial dignidade da pessoa humana. Ja enfatizei, em anteriores decisoes, que o reconhecimento da uniao homoafetiva como entidade familiar encontra suporte legitimador em principios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminacao, 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 principio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso Pais e que traduz,

de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nos, a ordem republicana e democratica consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudencia desta Suprema Corte, cujas decisoes, no ponto, refletem, com precisao, o proprio magisterio da doutrina (JOSE AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Etica, Familia e o Novo Codigo Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituicao Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentacao da Metafisica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Principio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudencia", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, "Questoes do Direito Civil Brasileiro Contemporaneo", 2008, Renovar, v.g.). Reconheco que o direito a busca da felicidade - que se mostra gravemente comprometido quando o Congresso Nacional influenciado por correntes majoritarias omite se na formulacao de medidas destinadas a assegurar a grupos minoritarios a fruicao de direitos fundamentais representa derivacao do principio da dignidade da pessoa humana qualificando se como um dos mais significativos postulados constitucionais implicitos cujas raizes mergulham historicamente na propria Declaracao de Independencia dos Estados Unidos da America, de 04 de julho de 1776. O texto dessa Declaracao, fortemente influenciado pelas ideias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissao designada pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da America, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores - como RAY RAPHAEL ("Mitos sobre a Fundacao dos Estados Unidos: a verdadeira historia da independencia norte-americana", p.125, traduzido por Maria Beatriz de Medina Civilizacao Brasileira 2006) mencionem o fato de que "Jefferson estava em condicoes de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido a Declaracao de Direitos da Virginia (grifei) Nao e por outra razao que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("A Declaracao de Independencia dos Estados Unidos", p. 32/35, traducao de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se a Declaracao de Independencia dos Estados Unidos da America como tipica manifestacao 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 aspiracao que e essencialmente a felicidade ou o bem estar O homem e motivado pelo interesse proprio (sua busca da felicidade) e a sociedade/governo e uma construcao social destinada a proteger cada individuo permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benefica (grifei) A forca normativa de que se acham impregnados os principios constitucionais e a intervencao decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdicao constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compoem o marco doutrinario que confere suporte teorico ao neoconstitucionalismo em ordem a permitir numa perspectiva de implementacao concretizadora a plena realizacao em sua dimensao global do proprio texto normativo da Constituicao 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 Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação a orientação sexual e identidade de gênero fez consignar em seu texto o Princípio n 24 cujo teor assim dispõe

"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 discriminacoes dentre outros Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituicao - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusao e nao a exclusao dos estigmatizados a emancipacao dos grupos vulneraveis e nao a perenizacao do preconceito e da desigualdade. (...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da uniao estavel entre homem e mulher mas nada disse sobre a uniao civil dos homossexuais Esta ausencia de referencia nao significa, porem, silencio eloqUente da Constituicao. O fato de que o texto omitiu qualquer alusao a uniao entre pessoas do mesmo sexo nao implica, necessariamente, que a Constituicao nao assegure o seu reconhecimento. Nao bastasse, o elemento teleologico da interpretacao constitucional tambem nao e compativel com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituicao, segundo a qual do referido preceito decorreria, `acontrario sensu o banimento constitucional da uniao entre pessoas do mesmo sexo Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afa de proteger os companheiros das unioes nao matrimonializadas coroando um processo historico que teve inicio na jurisprudencia civil e que se voltava a inclusao social e a superacao do preconceito Por isso e um contra senso interpretar este dispositivo constitucional que se destina a inclusao como uma clausula de exclusao social que tenha como efeito discriminar os homossexuais (grifei) Cabe registrar, finalmente, que os precedentes a que me referi no inicio desta decisao (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) refletem, com absoluta fidelidade a funcao contramajoritaria que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no ambito do Estado democratico de direito em ordem a conferir efetiva protecao as minorias. Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantissimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdicao das liberdades o de orgao investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissoes que, imputaveis aos grupos majoritarios, tornem-se lesivas, em face da inercia do Estado aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito da discriminacao e da exclusao juridica Esse particular aspecto da questao poe em relevo a funcao contramajoritaria do Poder Judiciario no Estado Democratico de Direito considerada a circunstancia de que as pessoas que mantem relacoes homoafetivas representam parcela minoritaria () da populacao como esclarecem dados que a Fundacao IBGE coligiu no Censo/2010 e que registram a existencia declarada em nosso pais 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 qualificacao da uniao estavel homoafetiva como entidade familiar a necessidade de adequacao do ordenamento nacional a essa realidade emergente das praticas e costumes sociais Tal situacao 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 política e que por efeito de tal condição tornam-se objeto de intolerância de perseguição de discriminação e de injusta exclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimidade material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte quando grupos majoritários por exemplo atuando no âmbito do Congresso Nacional ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício por organizações minoritárias 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 democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados pois ninguém se sobrepuja nem mesmo os grupos majoritários aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralista, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação 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 necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País. 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 5 Regiao que merece ser mantido por seus propios fundamentos. Sendo assim, e tendo em consideracao as razoes expostas, conheco do presente recurso extraordinario, para negar-lhe provimento. Publique-se.

Brasilia, 1º de julho de 2011.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator