

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Representação ao Procurador-Geral da República

GT dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da PFDC*

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza

O GRUPO DE TRABALHO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO, por seus integrantes Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão; Daniel Sarmiento, Luiza Cristina Frischeisen e Paulo Gilberto Cogo Leivas, Procuradores Regionais da República; Sergio Gardenghi Suiama, Procurador Regional dos Direitos do Cidadão de São Paulo; Renato de Freitas Souza Machado, Caroline Maciel da Costa e Rafaela Alberici, Procuradores da República; a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS – ABGLT, associação civil sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o número X, com sede na Avenida Marechal Floriano Peixoto, 366 – conjunto 43 – Curitiba-PR, neste ato representada por seu Presidente A.L.M.R.; a ASSOCIAÇÃO DA PARADA DO ORGULHO DOS GAYS, LÉSBICAS, BISEXUAIS E TRANSGÊNEROS DE SÃO PAULO, associação civil sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o número X, sediada na Rua Pedro Américo, 32 – 13º andar – São Paulo-SP, neste ato represen-

* O GT dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão foi instituído pela Portaria n. 008/2005-PFDC/MPF, de 18.10.2005, “para o fim de debater e propor as metas e procedimentos para atuação coordenada dos Procuradores dos Direitos do Cidadão em todo o País, acerca da discriminação de gênero e orientação sexual, tráfico interno e externo de pessoas para fins de exploração sexual, entre outras questões”.

tada por seu Presidente N.M.P.; Identidade – GRUPO DE AÇÃO PELA CIDADANIA HOMOSSEXUAL, associação civil sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o número X, sediada na Avenida Anchieta, 549 – apto. 73 – Campinas-SP, neste ato representada por seu advogado e coordenador P.T.M.; e CORSA – CIDADANIA, ORGULHO, RESPEITO, SOLIDARIEDADE E AMOR, associação civil sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o número X, sediada na Rua Major Quedinho, 110 – sala 172 – São Paulo-SP, neste ato representada por E.A.M., vêm oferecer a presente

Representação

visando o ajuizamento por V. Exa. de ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (art. 102, § 1º, CF e Lei n. 9.882/1999), que objective pleitear junto ao STF a declaração de que: (a) é obrigatório o reconhecimento no Brasil da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A seguir, serão expostos os fundamentos da Representação, que está instruída com os anexos pareceres, elaborados em caráter *pro bono* pelo Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino (doc. 01), e pelo Professor Titular de Direito Constitucional da mesma universidade Luís Roberto Barroso (doc. 02).

Dos fatos

A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil. Embora as parcerias amo-

rosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da Humanidade¹, é certo que, com a liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas² e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros³.

Em sintonia com essa realidade, inúmeros países no mundo todo vêm estabelecendo formas diversas para reconhecimento e proteção dessas relações afetivas⁴, ora estendendo a elas institutos antes voltados exclusivamente para os casais heterossexuais – como o próprio casamento –, ora criando novos instrumentos. A premissa dessas iniciativas é a idéia de que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica não só privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa menosprezo à sua própria identidade e dignidade⁵.

Com efeito, com a superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que a conce-

¹ Veja-se, a propósito, ESKRIDGE JR., William N. *The case for same-sex marriage*. New York: The Free Press, 1996, p. 15-50.

² Cf. CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução Klaus Brandini Gerhart. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 238-256; e BOURDIEU, Pierre. Algumas questões sobre o movimento gay e lésbico. In: _____. *A dominação masculina*. Tradução Maria Helena Kühner. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 143-149.

³ Cf. BOZON, Michel. *Sociologia da sexualidade*. Tradução Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 53-55.

⁴ O tratamento das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Direito Comparado será explorado mais detidamente em outro item.

⁵ Cf. NUSSBAUM, Martha C. *Sex and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 201.

bia como “pecado”⁶ – cuja adoção pelo Estado seria francamente incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5º, inciso VI, e art. 19, inciso I) – ou a que a tratava como “doença”⁷ – hoje absolutamente superada no âmbito da Medicina⁸ e da Psicologia⁹ –, não subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhe-

⁶ Sobre a visão da homossexualidade como pecado, veja-se RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32-38. Destaque-se, contudo, que está muito longe de ser pacífica, no campo religioso, a rejeição à homossexualidade ou mesmo às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo no Cristianismo, há várias denominações que aceitam as práticas homossexuais e até abençoam e celebram as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Confira-se, a propósito, a defesa em termos religiosos das uniões homossexuais feita pelo Bispo John Shelby Spong em *Living in sin? A bishop rethinks sexuality* (New York: Harper Collins, 1989).

⁷ É clássica a abordagem de Michel Foucault sobre a medicalização das práticas homossexuais. Veja-se FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 51-72.

⁸ A Organização Mundial da Saúde retirou o “homossexualismo” (*sic*) do seu catálogo oficial de doenças em 1985. E, desde 1995, ao tratar da condição do homossexual, ela aboliu nos seus documentos o uso do sufixo “ismo” – que denota condição patológica – substituindo-o pelo sufixo “dade” – que designa o modo de ser da pessoa. Cf. BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

⁹ No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução n. 1/1999, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual”, da qual vale destacar o seguinte trecho:

“Considerando que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade;

Considerando que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão;

Considerando que há, na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida socioculturalmente;

Considerando que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações;

RESOLVE:

cimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as conseqüências jurídicas disso decorrentes.

A tese que será sustentada ao longo da presente Representação é a de que se deve extrair diretamente da Constituição de 1988, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher.

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

Contudo, a ausência dessa regulamentação legal vem comprometendo, na prática, a possibilidade de exercício de direitos funda-

Art. 1º Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão, notadamente aqueles que disciplinam a não-discriminação e a promoção do bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Art. 4º Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica”.

mentais por pessoas homossexuais, que se vêem impedidas de obter o reconhecimento oficial das suas uniões afetivas e de ter acesso a uma miríade de direitos que decorrem de tal reconhecimento, e que são concedidos sem maiores dificuldades aos casais heterossexuais que vivem em união estável.

Isso porque, embora já existam no país algumas normas tutelando, para finalidades específicas e pontuais, a união entre pessoas do mesmo sexo – como, no plano federal, a Instrução Normativa INSS/DC n. 25, de 7 de junho de 2000, que estendeu os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual¹⁰, e, no plano estadual, o Provimento n. 06/2004 da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que previu a possibilidade de registro público da união homoafetiva¹¹ – ainda não há em nossa ordem infraconstitucional qualquer regra geral conferindo a essas relações o tratamento de entidade familiar.

Pelo contrário, o Código Civil, ao disciplinar a união estável, circunscreveu-a às relações existentes entre homem e mulher, mantendo, nesse particular, a orientação legislativa anterior, estampada nas Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996. Confirma-se, a propósito, a definição legal do art. 1.723 do referido Código:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹⁰ Dita Portaria, publicada no *DOU* de 8 jun. 2000, foi expedida pelo INSS em cumprimento à decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal no Estado do Rio Grande do Sul. Porém, trata-se de um ato normativo ainda precário, uma vez que editado apenas em cumprimento de decisão que ainda não transitou em julgado.

¹¹ Publicado no *DJ* do Rio Grande do Sul em 3 mar. 2004.

É certo que tramita no Congresso Nacional, desde 1995, o Projeto de Lei n. 1.151, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que visa disciplinar a “união entre pessoas do mesmo sexo”, e que foi alterado por um Substitutivo apresentado por Roberto Jefferson, em 1996¹². Porém, são escassas as esperanças de aprovação do citado projeto em curto ou médio prazo, tendo em vista a renhida oposição oferecida por segmentos conservadores do Congresso Nacional¹³.

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das majorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é exatamente a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das majorias.

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

¹² Esses projetos foram comentados e debatidos por Ana Carla Harmatiuk Matos em *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais* (Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 126-145).

¹³ Seria cômica, não fosse trágica, a argumentação utilizada pelos opositores do projeto durante os debates travados no Congresso Nacional, quando a intolerância e a homofobia de certos segmentos da sociedade, devidamente representados no Legislativo, revelaram-se em toda a sua cruzeza. Veja-se, a propósito, TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da Colônia à atualidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 158-159.

De outro turno, a situação acima descrita evidencia a lesão a preceitos fundamentais da Constituição – notadamente aos princípios da igualdade, da proibição de discriminações odiosas, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

Daí por que esperam os Requerentes que V. Exa. ajuíze a competente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, considerando que inexistente qualquer outro meio processual hábil para sanar a lesão ora referida em relação a todos os homossexuais no território nacional.

Nos próximos itens, serão desenvolvidos os argumentos que lastreiam a presente Representação.

Do cabimento da ADPF

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei n. 9.882/1999, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

A doutrina, de modo geral, reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF¹⁴: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante. Apesar dessa

¹⁴ Vide, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (*Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001) e Luís Roberto Barroso (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249).

diferença, em ambas as modalidades o elenco dos legitimados ativos é o mesmo – o do art. 103 da Constituição – e as decisões proferidas revestem-se de eficácia *erga omnes* e de efeitos vinculantes.

No caso presente, pretendem os Requerentes que seja ajuizada uma ADPF abstrata, cujo fundamento legal é o art. 1º da Lei n. 9.882/1999, que reza:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Para o cabimento da ADPF autônoma, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos e (c) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar essa lesão ou ameaça.

Esses três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Da lesão a preceito fundamental

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

Nem a Constituição Federal, nem a Lei n. 9.868/1999 definiram o que se entende por “preceito fundamental”. Contudo, há

consenso doutrinário sobre o fato de que estão englobados nessa categoria as normas mais relevantes da Constituição, que estruturaram o seu sistema e condensam os seus valores mais importantes¹⁵.

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

(b) Atos do Poder Público

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

No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve tanto atos comissivos como omissivos, relacionados ao não-reconhecimento público da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e à conseqüente denegação aos seus partícipes de uma pletera de direitos que decorreriam desse *status* – e.g., direito a alimentos, direito a sucessão do parceiro falecido, direito a percepção de benefícios previdenciários nos regimes do INSS e estatutário, direito a fazer declaração conjunta de Imposto de Renda, direito de sub-rogar-se no contrato de locação residencial do companheiro falecido, ou de prosseguir no contrato no caso de dissolução da união, direito à residência no país, pelo

¹⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128-149.

estrangeiro ou estrangeira que mantenha parceria homossexual com brasileiro ou brasileira, direito à visitação íntima em presídios, direito à obtenção de licença para tratamento de pessoa da família, ou de licença em caso de morte, do companheiro ou companheira, entre tantos outros.

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

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

É verdade que não há lei regulando a união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. No entanto, o caso não é de inconstitucionalidade por omissão, já que essa só se caracteriza quando há mora na edição de norma que seja indispensável para viabilização da incidência de preceitos constitucionais carecedores de aplicabilidade imediata¹⁶.

Na hipótese, não é isso que ocorre, pois é perfeitamente possível a aplicação direta dos princípios constitucionais citados no item anterior, visando ao imediato reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante da inexistência de lei. Aliás, como será demonstrado no item dedicado à evolução jurispruden-

¹⁶ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 218-222.

cial, esse entendimento já vem sendo seguido em diversas decisões judiciais.

Porém, mesmo que não se concorde com essa afirmação, não haveria obstáculo para o uso da ADPF. Isso porque entende o STF que cabe a argüição em casos de inconstitucionalidade por omissão, quando a mera notificação das autoridades em mora não seja suficiente para sanar a lesão ao preceito fundamental.

Essa foi a orientação adotada no julgamento da ADPF n. 4, na qual se decidiu no sentido do cabimento da argüição proposta contra medida provisória que fixara o salário mínimo em desacordo com o disposto no art. 7º, inciso IV, do texto magno – hipótese típica de inconstitucionalidade por omissão parcial – com base no entendimento de que a mera notificação do Congresso Nacional não seria eficaz, naquele caso, para sanar a lesividade¹⁷.

Ora, é evidente que a simples notificação do Congresso Nacional não constituiria mecanismo eficaz para sanar a lesão aos preceitos fundamentais violados no presente caso, pois ela não teria o condão de possibilitar que os casais homossexuais tivessem as suas uniões imediatamente reconhecidas e obtivessem acesso a uma série de direitos que hoje lhes são denegados.

(c) Da inexistência de outro meio para sanar a lesividade

O art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/1999 instituiu o chamado “princípio da subsidiariedade” da ADPF. Eis o seu texto:

§ 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

¹⁷ Julgamento ocorrido em 17.4.2002, noticiado no *Informativo STF* n. 264.

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

No caso, esse requisito está plenamente satisfeito. Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade não poderia ser manejada, pois não se objetiva impugnar a constitucionalidade total ou parcial de qualquer preceito legal.

A situação também não é, como salientado acima, de inconstitucionalidade por omissão, e, mesmo que fosse, a respectiva ação direta não seria meio eficaz para sanar a lesão, uma vez que, nesse instrumento de jurisdição constitucional, o provimento judicial se esgota na mera notificação do Congresso Nacional. E a ação declaratória de constitucionalidade não tem qualquer pertinência em relação ao caso.

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

Por tais razões, a ADPF é cabível no caso, na linha, aliás, de manifestação exarada em *obter dictum* pelo ministro Celso Mello, na decisão em que extinguiu a ADI n. 3.300¹⁸.

¹⁸ A decisão, divulgada no *Informativo STF* n. 414, tem a seguinte ementa:

“União civil de pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões como entidades familiares. Doutrina. Alegada inconstitucionalidade do

Os preceitos fundamentais violados: a ofensa à proibição de discriminação e o princípio da igualdade (arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da CR)

O princípio da igualdade proclama que todas as pessoas devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração¹⁹. E tratar a todos com o mesmo respeito e consideração significa reconhecer que todas as pessoas possuem o mesmo direito de formular e de perseguir autonomamente os seus planos de vida, e de buscar a própria realização existencial, desde que isso não implique a violação de direitos de terceiros.

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

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

art. 1º da Lei n. 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do art. 1.723 do Código Civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (CF, art. 226, par. 3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis afetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar. Matéria a ser veiculada em sede de ADPF”.

¹⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 205-213.

Nem é preciso ressaltar que a possibilidade legal oferecida pelo ordenamento infraconstitucional, para que o homossexual constitua entidade familiar com pessoa do sexo oposto, não é suficiente para satisfação do princípio da igualdade. Em razão da sua condição homossexual – que não resulta de uma mera “opção”, mas está condicionada por fatores tidos como imutáveis²⁰ –, essa faculdade de constituir, sob o pálio legal, relações afetivas estáveis com pessoas do sexo oposto não terá qualquer valor para a pessoa homossexual, pois estará em absoluto desacordo com as suas necessidades e inclinações psíquicas e espirituais mais profundas²¹.

Nesse particular, não há qualquer diferença entre negar ao *gay* ou à lésbica a possibilidade de constituir família com pessoa do mesmo sexo, e vedar que o homem ou mulher heterossexual façam o mesmo, mas com indivíduos do sexo oposto. Em ambos os casos, trata-se de impedir a constituição legal do único tipo de entidade familiar que faria sentido para cada uma dessas pessoas, em razão da sua própria identidade²².

Na verdade, sob a aparente neutralidade da legislação infraconstitucional brasileira, que apenas protegeu juridicamente as relações estáveis heterossexuais, esconde-se o mais insidioso preconceito contra os homossexuais. Mas essa postura está em franca desarmonia com o projeto do constituinte de 1988, que pretendeu

²⁰ Não há consenso sobre as causas da homossexualidade, pois há correntes que enfatizam a preponderância de fatores genéticos na definição da sexualidade humana, enquanto outras sublinham a prevalência da influência do ambiente, sobretudo durante a primeira infância. Contudo, existe, pelo menos entre os pesquisadores sérios, firme consenso no sentido de que a homossexualidade não é uma mera “escolha” do indivíduo, mas uma característica componente da própria identidade de cada pessoa.

²¹ Cf. KAPLAN, Morris B. *Sexual justice: democratic citizenship and the politics of desire*. New York: Routledge, 1997, p. 207-238.

²² Cf. ESKRIDGE JR., William N. *Equality practice: civil unions and the future of gay rights*. Routledge: New York, 2002, p. 127-158.

fundar uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, como consta no Preâmbulo da Carta.

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

Sobre essa questão, José Afonso da Silva salientou que a abrangência da vedação constitucional às outras formas de discriminação é suficiente para englobar aquelas fundadas na orientação sexual, já que esse é também um fator que tem servido de base para desigualdades e preconceitos²³.

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

[...] a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferen-

²³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.

ciação. Os tratamentos diferentes, neste contexto, têm a sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo²⁴.

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

Com efeito, o Brasil é signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, que foi promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto n. 592, de 7 de julho de 1992. Esse tratado internacional consagra o direito à igualdade nos seus arts. 2º, § 1º, e 26, ao proibir as discriminações “por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

Apesar de inexistir no referido texto qualquer alusão expressa à discriminação fundada em orientação sexual, a Comissão de Direitos Humanos da ONU manifestou-se sobre o tema no caso *Nicholas Toonen vs. Austrália*²⁵, analisado em 1994, no sentido de que esse tipo de desequiparação é também vedado. Para a Comissão “a referência a ‘sexo’ nos artigos 2º, § 1º, e 26, deve ser considerada como incluindo também a orientação sexual”. Esse foi um dos argumentos da Comissão para apontar a violação de direitos

²⁴ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 133.

²⁵ U.N. Doc. CCPR/c/50/D/488/1992. Os trechos mais importantes dessa decisão estão reproduzidos em ESKRIDGE, William N.; HUNTER, Nan D. *Sexuality, gender and the law*. Westbury: The Foundation Press, 1997, p. 751-754.

humanos cometida pela Austrália, porque um dos seus estados – o Estado da Tasmânia – criminalizara as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Ora, mesmo que se entenda, como o STF, que os tratados sobre direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45 não têm o *status* de norma constitucional, não há dúvida de que, no mínimo, deve o intérprete nacional buscar a harmonia entre a legislação interna sobre a matéria e a normativa internacional, visando adequar o nosso ordenamento aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro²⁶. Daí por que a vedação, pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos, das discriminações motivadas por orientação sexual representa mais uma razão para que se conclua que a Constituição de 1988 também proíbe as mesmas práticas.

Aliás, o entendimento de que o princípio da igualdade é incompatível com tratamentos discriminatórios baseados na orientação sexual é também seguido pela Corte Européia de Direitos Humanos, muito embora o texto da Convenção Européia não proíba expressamente esse tipo de discriminação.

Dentre os inúmeros casos já decididos pela citada Corte Européia²⁷ nessa linha, podem-se destacar *Smith e Grady vs. Reino Unido* (n. 33985/96 e 33986/96), *Lustrig-Prean e Beckett vs. Reino Unido* (n. 31417/96 e 32377/96) e *Beck, Copp e Bazeler vs. Reino Unido* (48535/99, 48536/99 e 48537/99) – todos no sentido da ofensa à isonomia na exclusão de homossexuais das Forças Armadas; *L. e V. vs. Áustria* (39392/98 e 39829/98), *S. L. vs. Áustria* (45330/99)

²⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94-99; e LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 42-43.

²⁷ A íntegra de todas as decisões abaixo citadas pode ser obtida no sítio da Corte Européia de Direitos Humanos: <<http://www.echr.coe.int/echr>>.

e *Wolfmeyer vs. Áustria* (5263/03) – apontando a violação da igualdade na criminalização das práticas homossexuais entre adultos e adolescentes entre 14 e 18 anos, mas não a das relações sexuais heterossexuais envolvendo adultos e adolescentes da mesma idade; *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (33290/96) – que reconheceu a ocorrência de discriminação ilegítima em decisão judicial que negara a guarda de menor ao seu pai, por se tratar de homossexual que vivia em união com outro homem; e *B.B. vs. Reino Unido* (53760/00) – que apontou ofensa à isonomia no estabelecimento de idades diferentes para o consentimento válido em relações sexuais, maior para as homossexuais do que para as heterossexuais.

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

Cumprido, porém, aprofundar o exame da ofensa ao princípio da igualdade. Afinal, é certo que nem toda desigualdade promovida pela ordem jurídica é ilegítima. Como estabelece a conhecida máxima aristotélica, a igualdade consiste em tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade. Portanto, para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade de alguma medida discriminatória, é necessário analisar se existe algum fundamento legítimo, razoável e suficiente para justificar a diferença de tratamento promovida pelo legislador infraconstitucional²⁸.

²⁸ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 28-31.

Sem embargo, nesse ponto, há que se ter em mente a advertência de Robert Alexy, no sentido de que o ônus argumentativo pesa sobre quem sustente a validade das medidas discriminatórias e não sobre os que preconizam o tratamento igual. Como ressaltou o jurista alemão,

se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual [...] Como se tem observado reiteradamente, a máxima general de igualdade estabelece assim a carga de argumentação para os tratamentos desiguais²⁹.

E quais seriam as razões existentes para justificar a impossibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo? Além do argumento atinente à redação do art. 226, § 3º, do texto magno, que será analisado e refutado em outro item, é possível listar alguns outros que vêm sendo empregados pelos opositores da legalização das uniões entre casais do mesmo sexo: essas uniões seriam “pecaminosas”, contrariando a lei divina e o direito natural³⁰; elas atentariam contra a “natureza das coisas”³¹; elas não mereceriam proteção legal porque não dão ensejo à procriação³²;

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 395-396.

³⁰ Esse é o argumento da Congregação para a Doutrina da Fé, do Vaticano. Veja-se, a propósito, o documento intitulado *Considerations regarding proposals to give legal recognition to unions between homosexual persons* (disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_en.html>. Acesso em: 23 abr. 2006).

³¹ Nessa linha, veja-se HART, Jeffrey. **Adam and Eve, not Adam and Henry**. In: BAIRD, Robert M.; ROSENBAUM, Stuart E. (Ed.). *Same sex marriage: the moral and legal debate*. 2nd ed. Amherst, Mass.: Prometheus Books, 2004, p. 115-116.

³² Esse foi o principal argumento empregado pelo Estado de Massachusetts para negar a extensão do casamento às pessoas do mesmo sexo. O argumento foi rechaçado pela Suprema Corte daquele Estado no julgamento do caso *Goodridge vs. Department*

elas estimulariam comportamentos sexuais desviantes, enfraquecendo a família e o casamento³³; e elas não estariam em consonância com os valores predominantes na sociedade.

Mas nenhum desses argumentos pode ser aceito na ordem constitucional brasileira.

O argumento do “pecado”, como já se ressaltou antes, é francamente incompatível com os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado (CF, art. 5º, VI, e art. 19, I). O Estado laico não pode basear os seus atos em concepções religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, pois, do contrário, estaria desrespeitando todos aqueles que não a professam, sobretudo quando estiverem em jogo os seus próprios direitos fundamentais³⁴.

Em uma democracia constitucional caracterizada pelo pluralismo, o fundamento de legitimidade das normas jurídicas não pode repousar sobre concepções religiosas ou metafísicas, porque essas não são compartilhadas por todos e não podem ser heteronamamente impostas. A legitimidade da ação do Estado, sobretudo quando estiverem em jogo os princípios fundamentais de justiça da comunidade política, depende da existência de razões públicas que a justifiquem, que possam ser racionalmente aceitas por todos os seus destinatários, independentemente das respectivas crenças religiosas ou concepções metafísicas³⁵.

of Public Health, julgado em 17 de maio de 2004, no qual se reconheceu o direito dos parceiros homossexuais a se casarem naquele Estado.

³³ Nesse sentido, veja-se POSNER, Richard A. *Sex and reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

³⁴ Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 346-361.

³⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 17-112; e RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 204-242.

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

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

Mas, ainda que assim não fosse, não seria legítimo cercar a igual liberdade de cada um de perseguir a própria felicidade, escolhendo o seu parceiro ou parceira familiar, com base em argumentos dessa ordem. Afinal, o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana significa, no mínimo, a proteção de uma esfera de autonomia moral do indivíduo para decidir sobre como conduzir a sua própria vida³⁶, desde que isso não lese direitos de terceiros, e essa autonomia não é limitada por qualquer dever de “mimetização da Natureza”.

Na verdade, o argumento relativo à “natureza das coisas” deve ser empregado para legitimar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, e não o contrário. De acordo com Karl Larenz, a argumentação correlacionada à natureza das coisas objetiva estabelecer uma concordância recíproca entre as esferas do ser e do dever ser³⁷. Ora, no plano da realidade, existe um sem-número de casais homossexuais que formaram uniões afetivas estáveis e duradouras, mas, não obstante, a ordem jurídica infraconstitucional não as reconhece.

³⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 219.

³⁷ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 150.

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

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

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

Com efeito, a própria premissa em que se assenta a primeira parte do argumento – de que a homossexualidade é um “desvio” que deve ser evitado – é francamente incompatível com o princípio da isonomia e parte de uma pré-compreensão preconceituosa e intolerante, que não encontra qualquer fundamento na Constituição de 1988. A homossexualidade é uma condição do indivíduo, não sendo, a rigor, positiva ou negativa, da mesma forma que outras características humanas, como a cor da pele.

Além disso, a idéia de que a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo possa estimular a conversão de pessoas heterossexuais à homossexualidade soa absolutamente implausível.

Na verdade, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado estará tão-somente respeitando e conferindo a devida proteção legal às escolhas afetivas feitas por pessoas que não

teriam como se realizar existencialmente mediante a constituição de família com indivíduos do sexo oposto.

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

Em relação à família, há que se ter em mente que o seu modelo tradicional, patriarcal e hierarquizado, atravessa hoje uma crise profunda, causada por vários fatores, com destaque para a progressiva emancipação da mulher³⁸. Aquele vetusto modelo familiar, com papéis rigidamente definidos – o homem chefe de família e “provedor”; a mulher submissa e circunscrita à esfera doméstica; os filhos obedientes e sem voz –, não é objeto de proteção constitucional, pois nesse ponto, como em tantos outros, quis o constituinte introduzir modificações visando compatibilizar os tradicionais institutos jurídicos com os valores democráticos e igualitários subjacentes à Carta de 1988.

Hoje, afirma-se que a família não é protegida pela Constituição como um fim em si, mas antes como um meio, que é tutelado na medida em que permite que cada um dos seus integrantes se realize como pessoa, num ambiente de comunhão, suporte mútuo e afetividade³⁹. De acordo com Gustavo Tepedino,

A partir da Constituição da República de 1988, as inúmeras alterações impostas ao direito de família não podem ser examinadas de forma isolada ou casuística, senão no quadro de princípios consti-

³⁸ Cf. GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992; DEL PRIORE, Maria. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 231 ss.

³⁹ Cf. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 347-366; DIAS, Maria Berenice. *A união homossexual: o preconceito e a Justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59-70; FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-40.

tucionais que desenharam novo conceito de unidade familiar, em torno do qual se estrutura todo o sistema das relações existenciais. A unidade familiar, antes vinculada ao casamento – a partir do qual, no qual e para o qual se desenvolvia –, adquire contornos funcionais, associada à idéia de formação comunitária apta ao desenvolvimento dos seus integrantes. O centro da tutela constitucional se desloca, em conseqüência, da exclusividade do casamento para a pluralidade das entidades que, fundadas ou não no vínculo conjugal, livre e responsabilmente constituídas, contenham os pressupostos para a tutela da dignidade da pessoa humana⁴⁰.

Em outras palavras, não há dúvida de que a ordem constitucional tutela a família, mas isso não significa que ela a tenha posto numa redoma jurídica, para abrigá-la diante das tendências liberais e igualitárias que ganham corpo na sociedade contemporânea, entre as quais se insere o movimento de afirmação dos direitos dos homossexuais. Pelo contrário, a Constituição de 1988 instituiu um novo paradigma para a família, assentado no afeto e na igualdade.

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

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

⁴⁰ Gustavo Tepedino, em parecer anexado à Representação encaminhada ao Procurador-Geral da República, p. 4 (N. do E.: esse parecer encontra-se publicado nesta edição do *Boletim Científico* sob o título “A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo”).

Aliás, a Corte Constitucional alemã manifestou-se exatamente sobre essa questão, quando apreciou a arguição de inconstitucionalidade de uma lei que instituía naquele país a parceria civil registrada entre homossexuais⁴¹, afirmando que tal lei não infringira nem a liberdade de casar, nem a garantia institucional do casamento, asseguradas no art. 6.1 da Lei Fundamental de Bonn. Isso porque, nas palavras do Tribunal, após a criação da nova parceria tanto “o caminho para o casamento permanece aberto para todas as pessoas que tenham a capacidade de casar”, como “todas as regras que dão ao casamento o seu arcabouço legal e atribuem à instituição as suas conseqüências legais continuam a existir”.

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

Em primeiro lugar, porque é no mínimo muito duvidosa a afirmação de que a sociedade hoje se posiciona majoritariamente contra o reconhecimento dos relacionamentos estáveis homossexuais. Não há dados estatísticos incontrovertidos, mas, em que pese à persistência do preconceito e da homofobia no país, parece certo que a visão social sobre o tema da homossexualidade vem se liberalizando progressivamente nos últimos tempos. Prova eloqüente disso é o fato de que as maiores e mais concorridas manifestações públicas que têm ocorrido no Brasil nos últimos anos são as paradas, passeatas e manifestações do movimento *gay*, que mobilizam centenas de milhares de pessoas em diversas capitais do país.

Mas, ainda que assim não fosse, o papel do Direito – e especialmente o do Direito Constitucional – não é o de referendar

⁴¹ BverfGE 1/01 (2002). Os trechos principais da decisão estão reproduzidos em inglês em GEWIRTZ, Paul (Ed.). *Global constitutionalism: nationhood, same-sex marriage*. New Haven: Yale Law School, 2005, p. 30-39.

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

É nesse sentido que se afirma que a moralidade que o Direito visa garantir e promover no Estado Democrático de Direito não é a moralidade positiva – que toma os valores majoritariamente vigentes como um dado inalterável, por mais opressivos que sejam –, mas a moralidade crítica⁴². É a moral que não se contenta em chancelar e perpetuar todas as concepções e tradições prevalecentes numa determinada sociedade, mas propõe-se à tarefa de refletir criticamente sobre elas, a partir de uma perspectiva que se baseia no reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas⁴³. Conforme salientou Luís Roberto Barroso,

O que cabe discutir aqui – e rejeitar – é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário⁴⁴.

Por isso, a subsistência de uma visão social preconceituosa a propósito das relações homossexuais não pode servir de funda-

⁴² Cf. DWORKIN, Ronald. Liberty and moralism. In: _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 240-258.

⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas*. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 30 set. 2006.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil* (parecer anexo à Representação entregue ao Procurador-Geral da República), p. 20 (N. do E.: esse texto encontra-se publicado nesta edição do Boletim Científico).

mento, no plano da argumentação constitucional, para o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

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

Pelo contrário, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 1988 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos, que são hoje amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica⁴⁵.

A ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana

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

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

Com efeito, alguns dos direitos que são denegados aos parceiros em relações homoafetivas são ligados às condições básicas

⁴⁵ Cf. MATOS, *União entre pessoas do mesmo sexo*, cit., p. 59-62.

de existência⁴⁶, como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários, no regime geral do INSS⁴⁷ ou no regime estatutário dos servidores públicos.

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

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

Trata-se de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana

⁴⁶ A garantia das condições materiais básicas de vida – mínimo existencial – é um dos aspectos essenciais do princípio da dignidade da pessoa humana. Confira-se, a propósito: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 90-98; e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191-200.

⁴⁷ Recorde-se que o direito às pensões previdenciárias dos parceiros homossexuais só está sendo respeitado pelo INSS em cumprimento de decisão judicial que ainda não transitou em julgado, revestindo-se, portanto, de precariedade.

⁴⁸ Cf. TAYLOR, Charles. La política del reconocimiento. In: GUTMANN, Amy (Org.). *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 46-47; e MARTINES, Gregório Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 75-76.

necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem esse reconhecimento, ela perde a auto-estima⁴⁹, que já foi definida por John Rawls como “o mais importante bem primário” existente na sociedade⁵⁰.

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

A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a conseqüência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características⁵¹.

Por isso, quando se quer proteger e emancipar os grupos que são vítimas de preconceito, torna-se necessário travar o combate em dois *fronts*: no campo da distribuição e no campo do reconhecimento⁵². No campo da distribuição, trata-se de corrigir as desi-

⁴⁹ Cf. GUTMANN, Amy. *Identity in democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 42.

⁵⁰ RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 440.

⁵¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 217-218.

⁵² Cf. FRASER, Nancy. Da distribuição ao reconhecimento? Dilemas na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé de (Org.). *A democracia hoje*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 245-282.

gualdades decorrentes de uma partilha não eqüitativa dos recursos existentes na sociedade. E, no campo do reconhecimento, cuida-se de lutar contra injustiças culturais, que rebaixam e estigmatizam os integrantes de determinados grupos.

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

Gays e lésbicas sofrem de heterossexismo: a construção autoritativa de normas que privilegiam heterossexuais. Ao lado disto está a homofobia, desvalorização cultural da homossexualidade. Ao terem a sua sexualidade desacreditada, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestaçã, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas negações fundamentais de reconhecimento. Gays e lésbicas também sofrem injustiças econômicas sérias; podem ser sumariamente despedidos de trabalho assalariado e têm os benefícios de previdência social baseados na família negados. Mas longe de estarem arraigados na estrutura econômica, esses danos derivam de uma estrutura cultural-valorativa injusta⁵³.

Ora, quando o Estado se nega a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que caracteriza o homos-

⁵³ FRASER, Da distribuição..., cit., p. 257-258.

sexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Note-se que, no caso presente, nem mesmo se pretende a adoção de qualquer medida de discriminação positiva em favor dos homossexuais. Pelo contrário, tenciona-se tão-somente refutar uma prática do Estado, cujo efeito é o de reforçar as injustiças culturais contra os membros desse grupo, ao denegar a eles a possibilidade real de exercício de um direito básico, que deveria ser garantido de forma universal e igualitária: o de constituir família.

Na verdade, o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo viola um aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com a máxima kantiana de não-instrumentalização da pessoa⁵⁴. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana a exigência de que cada indivíduo seja sempre tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e nunca como um meio⁵⁵. Mas quando o Estado se nega a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele instrumentaliza os homossexuais, sacrificando os seus direitos e a sua autodeterminação em nome de uma concepção moral tradicional e não-pluralista⁵⁶.

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

⁵⁴ KANT, Emmanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135 ss. (Os Pensadores: Kant – II).

⁵⁵ Cf. SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, cit., p. 90.

⁵⁶ Cf. Barroso, *Diferentes, mas iguais...*, cit.

A ofensa ao direito à liberdade

Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e a proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique violação de direitos de terceiros⁵⁷.

Desde o advento do *Welfare State*, tem-se reconhecido no campo constitucional que a maior ênfase na proteção da liberdade deve recair sobre os aspectos existenciais da vida humana, e não sobre as decisões de conteúdo predominantemente patrimonial⁵⁸. Com efeito, se, por um lado, assistiu-se a uma relativização das liberdades econômicas – direito de propriedade, livre iniciativa etc. –, em nome de interesses da coletividade, por outro, reforçou-se a proteção da liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que tocam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

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

⁵⁷ O jusfilósofo e constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino referiu-se, nesse sentido, ao princípio da autonomia da pessoa, segundo o qual, “sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução” (*Ética y derechos humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 204-205).

⁵⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141-182.

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

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

inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimentos preconcebidos, as mais das vezes arraigados a preconceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica⁵⁹.

É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade. Ao não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no “armário”. Essa negativa, como salientou Luís Roberto Barroso, embaraça “o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos”⁶⁰.

⁵⁹ TEPEDINO, Parecer citado, p. 9.

⁶⁰ Ibidem, p. 23.

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

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

A violação ao princípio da proteção à segurança jurídica

A segurança jurídica é um valor fundamental no Estado de Direito, na medida em que é a sua garantia que possibilita que as pessoas e empresas planejem as próprias atividades e tenham estabilidade e tranqüilidade na fruição dos seus direitos⁶¹.

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

⁶¹ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

que se pode falar na existência de um princípio constitucional de proteção à segurança jurídica⁶².

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

Com efeito, a insegurança jurídica se instala não apenas quando os Poderes Legislativo ou Executivo inovam no ordenamento legal de forma abrupta, atingindo situações consolidadas no passado, ou quando eles, pela sua ação ou omissão, frustram a legítima confiança dos cidadãos. A exigência de segurança jurídica envolve igualmente a função jurisdicional, uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranqüilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a união entre pessoas do mesmo sexo, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes⁶³.

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

⁶² Em decisões do STF a segurança jurídica vem sendo caracterizada como subprincípio constitucional, decorrente do princípio do Estado de Direito. Veja-se, e.g., o Mandado de Segurança n. 24.580/DF, julgado em 22.4.2004, rel. min. Gilmar Mendes: “Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”.

⁶³ Cf. BARROSO, Diferentes, mas iguais..., cit., p. 28.

Em relação aos parceiros, é natural, como salientou Luís Roberto Barroso, que eles “queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros”⁶⁴, o que não ocorre no contexto atual, pelo silêncio do legislador ordinário e a indeterminação da jurisprudência pertinente.

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

Essas e outras situações evidenciam que, para proteger a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões entre pessoas do mesmo sexo como de terceiros, é essencial a definição do regime jurídico a que se submetem essas parcerias. Assim, diante da inércia do legislador e da identidade entre as respectivas hipóteses, o caminho para superação dessa insegurança só pode ser a extensão do regime legal da união estável para as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, por meio de decisão judicial do STF, revestida de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

A interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição

Um obstáculo que se invoca contra a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, que dispõe:

⁶⁴ BARROSO, Diferentes, mas iguais..., cit., p. 28.

§ 3º Para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Os adversários da referida união alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do seu reconhecimento no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Porém, o raciocínio não procede, como será a seguir demonstrado.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontoado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais.

A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. De acordo com o magistério de Klaus Stern,

a idéia de unidade da Constituição parte da premissa de que a Constituição não é um conglomerado de normas justapostas umas sobre as outras, mas está sustentada por uma concepção, por uma idéia que pretende ser um todo unitário da ordem da vida da comunidade e do Estado⁶⁵.

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. Esses princípios, que são portadores de um elevado significado axiológico, não ostentam formalmente

⁶⁵ STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Tradução Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 292.

uma hierarquia superior, mas possuem uma importância maior na ordem constitucional, na medida em que têm um raio de incidência mais amplo, e atuam como vetores interpretativos na aplicação de todas as demais normas⁶⁶.

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

Esses 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.

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

Porém, essa ausência de referência não significa silêncio eloqüente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

⁶⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Renovar, 1996, p. 141-150.

Nesse sentido, confira-se o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes, ao criticar a tese oposta à que ora se sustenta:

O raciocínio implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da “norma geral exclusiva” segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes e de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento *a contrario sensu*, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento *a simili* ou analógico⁶⁷.

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

Os princípios fundamentais acima referidos impõem a terceira escolha.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 01:89-112, 2000, p. 105. Desenvolvendo a mesma argumentação, veja-se ainda PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56-57.

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

Se houvesse expressa determinação constitucional excluindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo do rol das entidades familiares, seria o caso de capitular no debate hermenêutico e recorrer ao constituinte derivado. Teríamos aqui não uma norma constitucional inconstitucional, como já foi sustentado alhures⁶⁸, mas sim uma regra destoante num regime constitucional tão humanista, cuja superação, entretanto, demandaria alteração no texto constitucional por via de emenda.

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

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

Afinal, os direitos fundamentais envolvem, por definição, limites impostos às maiorias em proveito da dignidade da pessoa humana de cada indivíduo. Na conhecida expressão de Ronald Dworkin⁶⁹, esses direitos são trunfos, que prevalecem diante das preferências comunitárias ou de cálculos utilitaristas, e que, por-

⁶⁸ DIAS, *União homossexual*, cit., p. 83-84.

⁶⁹ DWORKIN, *Taking rights seriously*, cit., p. 80-130. Veja-se também VIEIRA, Oscar

tanto, devem estar ao abrigo do comércio político, protegidos do arbítrio ou do descaso do legislador pela Constituição.

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

A interpretação analógica justifica-se aqui, porque as razões para a atribuição do caráter familiar à união estável não se prendem à diversidade do sexo dos companheiros – elemento meramente accidental –, mas ao afeto que os une, à estabilidade dos laços e ao desígnio comum de constituição da família. Esses fatores são francamente indiferentes em relação à identidade ou diversidade do sexo dos parceiros, podendo apresentar-se tanto nas uniões heterossexuais como nas homossexuais.

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

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não-matrimonializadas, coroadando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito⁷⁰. Por isso, é um contra-senso interpretar esse dispositivo constitucional, que se destina à *inclusão*, como uma

Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47-50.

⁷⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. *Temas de direito civil*, cit.

cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais⁷¹.

Assentada essa premissa, cumpre destacar que a ausência de legislação infraconstitucional que expressamente tutele a união entre pessoas do mesmo sexo não representa obstáculo para o imediato reconhecimento judicial dessas entidades familiares. Deveras, se a premissa de que se parte é a de que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica impõem o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, cabe então invocar não só o postulado hermenêutico da efetividade ou força normativa da Constituição⁷², como também a cláusula mais específica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), para afirmar a desnecessidade de mediação legislativa no caso.

Aliás, como será visto no próximo item, esse caminho já está sendo trilhado por alguns setores na vanguarda da jurisprudência nacional, notadamente no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nesse quadro de ausência de regulamentação infraconstitucional, a união entre pessoas do mesmo sexo deve ser regida pelas

⁷¹ Nesse sentido, a observação precisa de Luís Roberto Barroso, ao criticar a exegese de que o art. 226, § 3º, da CF conteria vedação à união entre pessoas do mesmo sexo: “Extrair deste preceito tal conseqüência seria desvirtuar a sua natureza: de norma de inclusão. De fato, ela foi historicamente introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram” (Diferentes, mas iguais..., cit., p. 34).

⁷² Cf. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 218-244; e HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: _____. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 55-78.

regras que versam sobre a união estável heterossexual, previstas nos arts. 1.723 e seguintes do Código Civil, aplicadas analogicamente⁷³.

A evolução da jurisprudência nacional

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

Nesse sentido, cumpre ressaltar a precursora decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo envolvendo os bens deixados pelo artista plástico Jorge Guinle Filho, que faleceu depois de ter convivido por 17 anos com parceiro do mesmo sexo. A 5ª Câmara Cível daquele Tribunal, em acórdão relatado pelo desembargador Narciso Teixeira Pinto, decidiu por unanimidade, ainda no ano de 1989:

Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão de bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para a formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha⁷⁴.

Com o passar do tempo, essa orientação foi se afirmando na jurisprudência, que passou a tratar das relações entre os parceiros homossexuais como questão inserida no âmbito do Direito das Obrigações. Esse entendimento foi esposado pelo Superior Tribunal de Justiça em 1998, em decisão proferida por unanimidade pela

⁷³ Também defendendo a aplicação analógica das regras sobre a união estável heterossexual à união entre pessoas do mesmo sexo, veja-se FACHIN, *Direito de família*, cit., p. 124-126.

⁷⁴ Apelação Cível n. 731/89, julgada em 8.8.1989.

sua 4ª Turma e relatada pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, que registrou em seu voto:

A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1.363 do Código Civil: mútua combinação de esforços para lograr fim comum⁷⁵.

Todavia, essa solução, que é hoje a predominante no âmbito da jurisprudência nacional⁷⁶, apesar de representar um notável avanço em relação ao passado, em que se negava qualquer efeito jurídico às uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda está longe de ser plenamente satisfatória.

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

⁷⁵ Recurso Especial n. 148.897-MG, julgado em 10.2.1998.

⁷⁶ No Superior Tribunal de Justiça, vejam-se as decisões proferidas no Recurso Especial n. 323370/RS, da 4ª Turma, rel. ministro Barros Monteiro, julgado em 14.12.2004, e Recurso Especial n. 502995/RN, da mesma 4ª Turma, rel. ministro Fernando Gonçalves, julgado em 26.4.2006, nas quais se afirmou a competência de varas cíveis, e não de varas de família, para julgamento de ações que envolviam a dissolução de parcerias homossexuais, sob o fundamento de que se trata de sociedade de fato e não de união estável.

riam, caso fosse atribuída a tais relações uma natureza análoga à da união estável⁷⁷.

Contudo, já se encontram na jurisprudência decisões mais avançadas nessa matéria, valendo destacar as que vêm sendo proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que já se pronunciou sobre a competência das varas de família para julgamento das ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo⁷⁸, sobre a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual⁷⁹ e também sobre a possibilidade de reconhecimento dessas entidades familiares. Nessa última questão, é paradigmática a decisão proferida pela 7ª Câmara Cível daquele Tribunal na Apelação Cível n. 7000138892, relatada pelo desem-

⁷⁷ Cf. MATOS, *União entre pessoas do mesmo sexo*, cit., p. 71-83; e TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 44.

⁷⁸ Veja-se, e.g., Agravo de Instrumento n. 599075496, 8ª Câmara Cível, rel. desembargador Moreira Mussi, julgado em 17.6.1999; Agravo de Instrumento n. 598362655, 6ª Câmara Cível, rel. desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 15.9.1999; e Conflito de Competência n. 70000992156, 8ª Câmara Cível, rel. desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 29.6.2000.

⁷⁹ Apelação Cível n. 70013801592, 7ª Câmara Cível, rel. desembargador Luiz Felipe Brasil dos Santos, julgada por unanimidade em 5.4.2006. Pelo seu caráter inovador, vale a pena transcrever a ementa da decisão:

“*Apelação Cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas do mesmo sexo. Possibilidade.*”

Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes”.

bargador José Carlos Teixeira Giorgis e julgada em 14 de março de 2001, que teve a seguinte ementa:

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma.

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

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

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

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

Por outro lado, no campo previdenciário, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1^a⁸⁰, 2^a⁸¹, 4^a⁸² e 5^a⁸³ Regiões e do

⁸⁰ Agravo de Instrumento n. 2003.01.00.000697-0/MG, 2^a Turma, rel. desembargador federal Tourinho Neto, julgado em 29.4.2003.

⁸¹ Apelação Cível n. 2002.51.01.000777-0, 3^a Turma, rel. desembargadora federal Tânia Heine, publicado no *DJ* de 21 jul. 2003, p. 74.

⁸² Apelação Cível n. 2000.04.01.073643-8, 6^a Turma, rel. desembargador Nylson Paim de Abreu, julgada em 21.11.2000; Apelação Cível n. 2001.04.01.027372-8/RS, rel. desembargador federal Edgar Lippman Jr., julgada em 17.10.2002; Apelação Cível n. 2001.72.00.006119-0/SC, 3^a Turma, rel. desembargador federal Luiz Carlos de Castro Lugon, julgada em 21.9.2004; Apelação Cível n. 2001.70.00.02992-0-0/PR, 5^a Turma, rel. desembargador federal Néfi Cordeiro, julgada em 15.12.2004; e Apelação Cível n. 2000.71.000.009347-0/RS, 6^a Turma, rel. desembargador federal João Batista Pinto Silveira, julgada em 27.7.2005. No último caso citado,

próprio STJ⁸⁴ reconhecendo o direito do homossexual ao recebimento de pensão do INSS ou estatutária, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

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

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

tratava-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, dotada de efeitos nacionais, que postulava a condenação do INSS a conceder aos parceiros homossexuais direitos previdenciários em igualdade de condições em relação aos casais heterossexuais. Na ementa do acórdão que acolheu o pedido, ficou registrado: “11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da Constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n. 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão”.

⁸³ Apelação Cível n. 2003.05.00.029875-2, 3ª Turma, rel. desembargador federal Geraldo Apoliano, julgada em 14.5.2004; Apelação Cível n. 2002.84.00.002275-4, 3ª Turma, rel. desembargador federal Geraldo Apoliano, julgada em 17.6.2004; e Apelação Cível n. 2000.81.00.017834-9, rel. desembargador federal José Batista de Almeida Filho, julgada em 13.12.2005.

⁸⁴ Recurso Especial n. 395.904/RS, 6ª Turma, rel. ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13.12.2005.

A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido. Dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso [...].

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do art. 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se o preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folhas 351 a 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do art. 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V do art. 201. Ora, diante deste quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar a queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação do Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou a companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria⁸⁵.

A segunda decisão mencionada, da lavra do ministro Celso Mello, foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade

⁸⁵ Petição n. 1.984-9/RS, apreciada em 10.2.2003.

n. 3.300, ajuizada conjuntamente pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, em que se impugnava a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.278/1996, que definira a união estável como vínculo familiar entre homem e mulher, excluindo as uniões homoafetivas. O ministro, na condição de relator, julgou extinto o processo, tendo em vista o fato de que a norma questionada fora revogada pelo novo Código Civil. No entanto, S. Exa. não deixou de tecer relevantíssimas considerações sobre o tema de fundo:

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental – cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, do outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas

questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas⁸⁶.

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

Ao longo dos tempos, o TSE tem entendido que o concubinato, assim como a união estável, enseja a inelegibilidade prevista no referido dispositivo constitucional [...].

Essas construções jurisprudenciais sempre objetivaram a não-perpetuação de um mesmo grupo no poder, as chamadas oligarquias, tão presentes em nossa história política [...].

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

Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e

⁸⁶ Decisão de 3.2.2006, reproduzida no *Informativo STF* n. 414 e disponível em <<http://www.stf.gov.br>>.

de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal⁸⁷.

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

Breves notas sobre o direito comparado

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

De fato, há atualmente casamento entre pessoas do mesmo sexo na Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, na África do Sul e nos Estados norte-americanos de Massachusetts e New Jersey. Por outro lado, essas uniões são reconhecidas sem o *status* do casamento, e com denominações variadas, na França, Portugal, Alemanha, Reino Unido, Suíça, Islândia, Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia, Hungria, República Tcheca, Croácia, Slovênia, Latvia, Andorra, Luxemburgo, Mônaco, em algumas regiões da Itália, em Israel, África do Sul, Guadalupe, Martinica, Antilhas Holandesas, Guiana Francesa, Nova Zelândia, Nova Caledônia, nas províncias argentinas de Buenos Aires e Rio Negro, e nos Estados norte-americanos da Califórnia, Vermont, Connecticut, Havaí, Maine e no Distrito de Colúmbia (Washington DC).

Na maioria dos casos, essa proteção aos casais homossexuais decorreu de atos legislativos. Nesse particular, a iniciativa pioneira

⁸⁷ Recurso Especial n. 24.564/PA. Decisão proferida em 1º. 10.2004.

foi da Dinamarca, que instituiu em 1989 a parceria registrada para casais do mesmo sexo⁸⁸, tendo sido seguida por outros países nórdicos ao longo da década de 1990.

Contudo, há também diversos exemplos em que, diante da inércia ou do desrespeito dos direitos dos homossexuais pelas instâncias políticas, a iniciativa foi deflagrada pelo Poder Judiciário, por meio do exercício da jurisdição constitucional. É o que ocorreu, por exemplo, no Canadá, na Hungria, em Israel, na África do Sul e nos Estados norte-americanos do Havaí, Alaska, Vermont, Massachusetts e New Jersey. A seguir, examinaremos rapidamente essas experiências, pois são elas as mais relevantes para o caso presente, em que se objetiva exatamente uma intervenção jurisdicional visando ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

No Canadá⁸⁹, a jurisprudência da Suprema Corte reconheceu, no julgamento do caso *M. vs. H.*⁹⁰, que a norma que permitia a concessão de alimentos a parceiros em uniões estáveis entre pessoas de sexo oposto, mas não estendia a possibilidade a companheiros do mesmo sexo, era inconstitucional, por violar o direito à igualdade.

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

⁸⁸ Veja-se LUND-ANDERSEN, Ingrid. *The Danish Partnership Act*. In: BOELE-WOELKI, Karina; FUCHS, Angelika. *Legal recognition of same-sex couples in Europe*. Antverpia: Intersentia, 2003, p. 13-40.

⁸⁹ Uma descrição detalhada da jurisprudência canadense sobre uniões de pessoa do mesmo sexo pode ser encontrada em GUTIERREZ, Deborah. *Gay marriage in Canada: strategies of the Gay Liberation Movement and the implications it will have on the United States*. *New England Journal of International and Comparative Law*, 10:175-228, 2004.

⁹⁰ (1996) 142 D.L.R. 4th 1,6.

O mais conhecido e importante desses precedentes foi o caso *Halpern vs. Attorney General of Canadá*⁹¹, julgado em 2003 pela Corte de Apelações de Ontário. Nesse julgamento, depois de reconhecer a importância do casamento para os cônjuges, não apenas pelos benefícios que envolve, mas por representar “uma expressão de reconhecimento público da sociedade das expressões de amor e compromisso entre indivíduos, conferindo a elas respeito e legitimidade”, o Tribunal canadense afirmou que a exclusão das uniões homossexuais do âmbito da instituição representaria discriminação motivada por orientação sexual, constitucionalmente vedada.

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

A resposta da Corte, proferida em *Reference re Same-Sex Marriage*⁹² foi afirmativa. Segundo o Tribunal, o projeto de lei em questão não apenas não violava a Constituição, como antes derivava diretamente do direito à igualdade previsto na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que integra o bloco de constitucionalidade daquele país⁹³.

⁹¹ (2003) O.J. n. 2268. Também foram proferidas decisões no mesmo sentido pelas Cortes de Apelação das províncias de Quebec e Colúmbia.

⁹² (2004) 3 S.C.R. 698.

⁹³ Saliente-se, contudo, que a Corte, invocando razões de discricionariedade política, recusou-se a responder a uma das questões da consulta, sobre se o regime anterior, que limitava o casamento às pessoas de sexo oposto, era realmente incompatível com a Constituição.

Já na Hungria, a instituição de união entre pessoas do mesmo sexo decorreu de uma decisão do seu Tribunal Constitucional. A Corte Húngara – certamente o mais respeitado tribunal constitucional da Europa Oriental – rejeitou, em 1995, a alegação de que haveria violação aos princípios da igualdade e dignidade humana na não-extensão do casamento aos casais homossexuais. Todavia, em relação à união estável, ela afirmou que “uma união de vida duradoura entre duas pessoas encerra valores que devem ser legalmente reconhecidos com base na igual dignidade das pessoas afetadas, sendo irrelevante o sexo dos companheiros”⁹⁴.

Com base nesse entendimento, a Corte Constitucional da Hungria reconheceu a inconstitucionalidade da não-extensão da união estável aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Na sua decisão, ela estabeleceu algumas possibilidades pelas quais o legislador poderia alterar as normas vigentes, para torná-las compatíveis com a Constituição, o que ele veio a fazer em 1996.

Também em Israel, o Poder Judiciário desempenhou um papel essencial no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, que é hoje aceita pela *common law* do país. A decisão seminal na matéria foi o caso *El-Al Israel Airlines vs. Danilowitz*⁹⁵, julgado em 1994, no qual a Suprema Corte decidiu que constituía discriminação vedada a prática de uma companhia aérea que concedia determinados benefícios aos parceiros do sexo oposto dos seus funcionários, mas não a estendia aos companheiros do mesmo sexo.

Na decisão, redigida pelo Presidente da Corte Aharon Barak, foi formulada e respondida a questão essencial da controvérsia sobre as uniões homossexuais: “A parceria entre pessoas do mesmo sexo

⁹⁴ Decisão 14/1995. Os trechos mais importantes da decisão estão reproduzidos em inglês em GEWIRTZ, *Global constitutionalism*, cit., p. 62-66.

⁹⁵ High Court of Justice 721/94, 48 Piskey-Din 749. Uma versão em inglês da decisão pode ser consultada em <www.tau.ac.il/law/aeyalgross/legal_materials.htm>.

difere em termos de parceria, fraternidade e administração da célula social em relação à parceria entre pessoas de sexo diferente?”. E a resposta do *Chief Justice* foi taxativa: “A diferença estabelecida entre as parcerias de pessoas de sexo diferente e pessoas do mesmo sexo é uma explícita e descarada discriminação”.

Nos Estados Unidos, por sua vez, os avanços que ocorreram nessa matéria deram-se sobretudo no plano do constitucionalismo estadual. Até porque, até o julgamento do caso *Laurence vs. Texas*⁹⁶, em 2003, a Suprema Corte entendia que nem mesmo a criminalização das práticas homossexuais violava a Constituição⁹⁷.

A primeira decisão importante foi a proferida pela Suprema Corte do Estado do Havaí, no ano de 1996, em *Nina Baehr and Genora Dancel et al. vs. John C. Lewin*⁹⁸. Nesse julgamento, a partir da constatação de que o direito ao casamento é um direito fundamental, considerou-se que a sua não-extensão aos homossexuais que pretendessem casar-se com pessoas do mesmo sexo importava violação ao princípio da igualdade, tal como plasmado pela Constituição estadual.

Não obstante, tal decisão provocou uma forte reação contrária, que levou à aprovação de uma emenda à Constituição do Havaí, em 1998, que permitiu expressamente ao legislador que excluísse, do âmbito do casamento, as uniões entre pessoas do mesmo sexo. O legislador de fato extinguiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas adotou solução compromissória, instituindo a figura dos

⁹⁶ 539 U.S. 558, 123 S Ct. 2472 (2003). Uma versão em português desse importantíssimo julgado foi publicada em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, p. 601-628, jan./jun. 2004.

⁹⁷ Essa odiosa orientação fora adotada em 1986 pela Suprema Corte no julgamento do caso *Bowers vs. Hardwick* (478 U.S. 186 [1986]).

⁹⁸ 74 Haw. 530. As partes mais relevantes da decisão estão reproduzidas em ESKRIDGE JR.; HUNTER, *Sexuality, gender and the law*, cit., p. 807-812.

“beneficiários recíprocos” (*reciprocal beneficiaries*), que confere uma série de direitos e obrigações para os parceiros do mesmo sexo⁹⁹.

Também no Alaska, a Suprema Corte estadual reconheceu a inconstitucionalidade da não-extensão do direito ao casamento aos casais formados por pessoas do mesmo sexo¹⁰⁰. Contudo, a conquista não durou muito tempo, pois a população daquele estado aprovou, em plebiscito, emenda à Constituição estadual que definiu o casamento como união entre homem e mulher, visando reverter aquele precedente.

Já no Estado de Vermont, a Suprema Corte Estadual decidiu em 1999 o caso *Baker vs. State*¹⁰¹, reconhecendo a ocorrência de discriminação atentatória contra a Constituição estadual na negação do direito ao casamento aos casais homossexuais. Nas palavras da Corte, “a Constituição de Vermont determina que toda a miríade de direitos, privilégios e benefícios que decorrem do casamento civil devem ser colocados à disposição de todos os cidadãos, sem qualquer discriminação baseada na orientação sexual”.

Na citada decisão, o Tribunal abriu duas alternativas para o legislador corrigir a inconstitucionalidade, dizendo que ele poderia estender o casamento às pessoas do mesmo sexo, ou criar algum novo instituto, que conferisse aos parceiros os mesmos benefícios e responsabilidades inerentes ao casamento. Essa segunda alternativa foi preferida pelo legislativo estadual, que aprovou no ano de 2000 uma nova lei, instituindo a figura da união civil para pessoas do mesmo sexo¹⁰².

⁹⁹ Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION, Section of Family Law. A White Paper: an analysis of the law regarding same-sex marriage, civil unions and domestic partnerships. *Family Law Quarterly*, v. 38, 2004, p. 398.

¹⁰⁰ Caso *Brause vs. Bureau of Vital Statistics*, julgado em fevereiro de 1997.

¹⁰¹ 744 A.2d 865 (Vt 1999).

¹⁰² Os processos judicial e político foram extensamente examinados por William N. Eskridge Jr. em *Equality practice*, cit., p. 43-82.

Em Massachusetts, por sua vez, a Suprema Corte Estadual decidiu em 2003, no caso *Goodridge vs. Department of Public Health*¹⁰³, que a não-extensão do casamento às pessoas do mesmo sexo violaria as cláusulas da igualdade e do devido processo legal da Constituição daquele estado. Isso porque considerou que, em razão da importância do casamento, ele deveria ser considerado uma liberdade fundamental, e que as razões invocadas pelo Estado para não estendê-lo aos homossexuais não seriam suficientes para justificar a discriminação albergada pela legislação estadual. Os efeitos da decisão foram suspensos por 180 dias, para dar tempo ao legislador para adequar a lei a essa nova orientação.

Durante esse prazo, o Senado de Massachusetts formulou uma consulta à Suprema Corte do estado, indagando se seria possível cumprir a decisão criando a união civil para os homossexuais, que lhes atribuísse direitos e responsabilidades equivalentes aos envolvidos no casamento. A resposta da Suprema Corte, formulada em *In re Opinion of the Justices to the Senate*¹⁰⁴, foi negativa. Nas suas palavras,

A proibição absoluta do uso da palavra “casamento” pelos “cônjuges” do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões “casamento civil” e “união civil” não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, de um *status* de segunda classe [...]. A Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodridge, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja.

¹⁰³ 440 Mass. 309 (2003). Os trechos mais relevantes da decisão estão reproduzidos em SULLIVAN, Andrew. *Same-sex marriage pro e com: a reader*. New York: Vintage Books, 2004, p. 112-118.

¹⁰⁴ 430 Mass. 1205.

E a decisão mais recente nos Estados Unidos reconhecendo o direito equivalente ao casamento para casais formados por pessoas do mesmo sexo foi proferida pela Suprema Corte do Estado de New Jersey em outubro de 2006, no caso *Mark Davis and Dennis Winslow et al. vs. Gwendolyn L. Harris et al.*

Nessa decisão, fundamentando-se na cláusula da igualdade consagrada na Constituição estadual, a Corte de New Jersey afirmou que

negar a casais comprometidos formados por pessoas do mesmo sexo os benefícios financeiros e sociais e os privilégios concedidos aos casais heterossexuais casados não guarda qualquer relação substancial com algum objetivo governamental legítimo.

Em razão disso, ela decidiu que os casais de pessoas do mesmo sexo devem ter exatamente os mesmos direitos e benefícios que os casais heterossexuais casados, mas ressaltou que o nome a ser atribuído a essa parceira – se casamento ou não – poderia ser decidido pelo legislador, no âmbito do processo democrático.

Finalmente, cabe examinar o caso da África do Sul, cuja Constituição expressamente proíbe as discriminações fundadas em orientação sexual no seu art. 9.3. Vale destacar que a Corte Constitucional daquele país tem se notabilizado pelo seu ativismo em matéria de defesa dos direitos dos homossexuais, tendo proferido uma série de decisões históricas nessa matéria, como o *Home Affairs*¹⁰⁵, em que equiparou, para os fins da lei de imigração, os estrangeiros casados com sul-africanos aos que mantêm com eles relações homoafetivas; o *Satchwell*¹⁰⁶, em que determinou a exten-

¹⁰⁵ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others vs. Ministry of Home Affairs and Others*. 2000 (2) SA 1 (CC).

¹⁰⁶ *Satchell vs. President of the Republic of South Africa and Another*. 2002 (6) SA 1 (CC).

são aos parceiros do mesmo sexo das pensões concedidas aos cônjuges heterossexuais; o *Du Toit*¹⁰⁷, em que reconheceu o direito de casais homossexuais de realizarem adoções conjuntas; e o *J.*¹⁰⁸, em que equiparou à situação legal do marido a parceira homossexual de mulher que fora inseminada artificialmente.

A Corte enfrentou a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo no caso *Minister of Home Affairs and Another vs. Marie Adriaana Fourie and Another*¹⁰⁹, quando decidiu que tanto a *common law* sul-africana como a legislação em vigor no país violavam a Constituição, por não abrigarem essa possibilidade. Na sua alentada decisão, o Tribunal afirmou:

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

[...] Pode ser, como sugere a literatura, que muitos casais do mesmo sexo fossem abjurar a imitação ou a sua subordinação às normas heterossexuais [...]. Porém, o que está em jogo não é a decisão a ser tomada, mas a escolha disponível. Se os casais heterossexuais

¹⁰⁷ *Du Toit and Another vs. Minister of Welfare and Population Development and Others*. 2003 (2) SA 198 (CC).

¹⁰⁸ *J. and Another vs. Director General of Department of Home Affairs and Others*. 2003 (5) SA 621 (CC).

¹⁰⁹ Caso CCT 60/04, julgado em 1º.12.2005.

têm a opção de decidir se vão casar ou não, então também os casais do mesmo sexo devem ter esta escolha [...]. Daí por que, considerando a centralidade atribuída ao casamento e as suas conseqüências na nossa cultura, negar aos casais do mesmo sexo a escolha a este respeito é negar o seu direito à autodefinição da maneira mais profunda.

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

Conclusões

Compendiando o que foi exposto ao longo desta Representação, pode-se dizer que:

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

b) esse não-reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica;

c) é cabível no caso a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos, que não reconhecem

essa união, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade;

d) não se trata de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que os preceitos constitucionais de onde se extrai o direito ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo são de aplicabilidade imediata, não carecendo de regulamentação para produção dos respectivos efeitos;

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

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

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

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

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

j) a jurisprudência nacional vem progredindo no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Porém, embora haja decisões vanguardistas reconhecendo a natureza familiar dessa entidade, o posicionamento hoje dominante é o de que se trata de união de fato, regida pelo Direito Obrigacional;

k) no Direito Comparado há uma tendência crescente ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, sob formas e fórmulas diferentes. Esse reconhecimento ocorreu em vários países por meio da intervenção da jurisdição constitucional.

Da medida cautelar

Entendem os Requerentes que deve ser formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o pedido de concessão de medida cautelar, uma vez que respectivos pressupostos – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* – encontram-se devidamente configurados.

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

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

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

Dentre os danos extrapatrimoniais, vale citar os abalos à autoestima dos homossexuais, decorrentes da desvalorização pública das suas relações afetivas, e o estímulo ao preconceito e à homofobia que essa postura estatal ocasiona.

Por outro lado, é mister salientar que a jurisdição constitucional concentrada tornou-se a única forma de evitar esses danos,

uma vez que, afora o posicionamento vanguardista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a jurisprudência nacional vem se manifestando majoritariamente contra a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-a à sociedade de fato.

Assim, esperam os Requerentes seja postulada ao STF a concessão de medida cautelar que objetive assegurar, até o julgamento do mérito da ação, (a) a obrigatoriedade do reconhecimento de toda união entre pessoas do mesmo sexo que satisfaça os mesmos requisitos exigidos para a caracterização da união estável, bem como (b) a equiparação dos companheiros dessa união aos companheiros da união estável, no que tange aos respectivos direitos e deveres.

Do pedido

Em face do exposto, esperam os Requerentes que V. Exa. ajuíze Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido de que a Corte profira decisão dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para:

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

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

Pede deferimento.

Brasília, 5 de dezembro de 2006.

GT dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da PFDC