

# **Boletim Científico**

Escola Superior do Ministério Público da União

**República Federativa do Brasil**  
**Ministério Público da União**

Procurador-Geral da República  
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

**Conselho Editorial**

**Ministério Público Federal**

GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor  
MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República

**Ministério Público do Trabalho**

REGINA BUTRUS (Vice-Coodenadora) – Procuradora Regional do Trabalho  
JORGE LUIZ SOUTO MAIOR – Professor Doutor

**Ministério Público Militar**

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

**Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 6 – Números 22/23 – janeiro/junho 2007  
Brasília/DF



## **Boletim Científico**

### **Escola Superior do Ministério Público da União**

Uma publicação da ESMPU  
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar  
70200-901 – Brasília/DF  
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185  
Home Page: <www.esmpu.gov.br>  
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2007. Todos os direitos autorais reservados.

#### **Secretaria de Ensino e Pesquisa**

Volker Egon Bohne

#### **Divisão de Apoio Didático**

Adriana Ribeiro F. Tosta

#### **Núcleo de Editoração**

Cecilia S. Fujita dos Reis

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Setor de Revisão

Daniel Mergulhão de Carvalho – Preparação de originais e diagramação

Lara L.Villas Bôas – Revisão de provas

#### **Núcleo de Programação Visual**

Ana Manfrinato Cavalcante

Clara Dantas Farias – Edição eletrônica

#### **Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato Cavalcante

#### **Fotolitos e impressão**

Editora Gráfica Daliana Ltda. – Rua Eliodora, 131 – Vila Darcy Vargas

CEP 32372-230 – Contagem/MG – Tel.: (31) 3393-2353

E-mail: <graficadaliana@uol.com.br>

#### **Tiragem: 3.000 exemplares**

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

---

#### **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília : ESMPU, ano 6, n. 22/23, jan./jun., 2007

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

---

## Editorial

Prossegue o *Boletim Científico* em sua promissora linha editorial, voltada para a complexidade da realidade jurídica contemporânea, na qual dois aspectos parecem tomar corpo: (i) a unidade do fenômeno jurídico; (ii) a necessidade, daí decorrente, da atuação cada vez mais próxima das diversas instituições e carreiras jurídicas.

A unidade do fenômeno jurídico impõe a superação da rigidez dicotômica tradicionalmente estabelecida entre os diversos ramos do direito. Traduzida na divisão interdisciplinar das Seções deste *Boletim*, a apreensão unitária dos problemas permite a compreensão mais ampla das soluções e do cenário em que se inserem.

De outra parte, a realidade contemporânea exige instrumentos que possibilitem o controle social cada vez mais eficiente da atividade privada. A substituição do Estado assistencialista pelo regulamentar aproxima a iniciativa econômica empresarial das instâncias públicas de regulação, de modo a assegurar a participação democrática na definição de prioridades sociais que promovam valores constitucionais e mitiguem a avassaladora força das leis do mercado. Nesse cenário vêm a lume inúmeras instituições, como as agências reguladoras, e projetos de lei, como o que regulamenta as Fundações Públicas de direito privado, que retratam a imprescindibilidade da união de esforços e superação de desconfiças entre as lógicas dos espaços públicos e privados, para além dos confins institucionais das carreiras jurídicas e da advocacia, visando ao aperfeiçoamento das instâncias de decisão e de gestão tanto da coisa pública quanto da empresa privada.

Em tal contexto se insere o *Boletim Científico*, a traduzir a preocupação da ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO com a manutenção de um fórum de debates à altura dos desafios do momento presente. A trajetória exitosa de nossa publicação, nesse momento de agenda tão plural e multifacetada, depende da participação ativa da comunidade jurídica, instada a mandar suas contribuições e a refletir, coletivamente, sobre o formidável espectro de temas jurídicos, cuja compreensão e interpretação tornam-se decisivas para a afirmação de um sentimento ético profundo que permeie o tão esperado desenvolvimento econômico, para que este possa andar de mãos dadas com a distribuição de rendas, a igualdade e a solidariedade constitucionais.

GUSTAVO TEPEDINO

Professor Doutor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro  
Coordenador do Conselho Editorial da  
Escola Superior do Ministério Público da União

# Sumário

## **Seção I – Direitos Humanos**

Direitos humanos e desenvolvimento

*José Elaeres Marques Teixeira* ..... 11

## **Seção II – Interesses Difusos e Coletivos**

A inversão do ônus da prova na CLT e no CDC

*Flávia Pereira Hill* ..... 31

Idoso-vítima e idoso-agente: legitimidade da distinção

*Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior* ..... 57

## **Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais**

Controle das câmeras de segurança pelo povo

*João Bosco Araújo Fontes Júnior e Renata Orsi Bulgueroni* ..... 71

## **Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas**

A legitimidade constitucional das famílias formadas por  
uniões de pessoas do mesmo sexo

*Gustavo Tepedino* ..... 89

Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das  
relações homoafetivas no Brasil

*Luís Roberto Barroso* ..... 117

Representação ao Procurador-Geral da República

*GT dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da PFDC* ..... 165

## **Seção V – Temas Atuais**

Jasper *vs.* the United Kingdom: controvérsia sobre as regras de sigilo e o direito à igualdade de armas no processo, sob a luz da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

*Luiz Fernando Voss Chagas Lessa* ..... 231

# Seção I

Direitos Humanos



# Direitos humanos e desenvolvimento

José Elaeres Marques Teixeira\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Histórico dos direitos humanos. 2.1 Evolução normativa. 2.2 Construção institucional. 2.3 Período pós-guerra fria. 2.4 Período pós-onze de setembro de 2001. 3 Necessidade de uma nova teoria dos direitos humanos. 4 Direito ao desenvolvimento. 4.1 Direito de terceira geração. 4.2 Evolução do direito ao desenvolvimento. 4.3 Globalização e direito ao desenvolvimento. 4.3.1 O modelo liberal-conservador da ajuda. 4.3.2 Cidadania global: um novo modelo de cooperação ao desenvolvimento. 4.4 Desenvolvimento e luta contra a pobreza. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

Os estudos e as avaliações das Nações Unidas acerca do desenvolvimento em países periféricos têm sido elaborados a partir dos direitos humanos. Aliás, a própria aferição do grau de desenvolvimento é feita tendo-se em conta os direitos humanos<sup>1</sup>. Isso decorre do fato de que a ONU pretende promover o desenvolvimento humano por meio do aumento das capacidades inerentes aos detentores desses direitos. Sem sombra de dúvidas, essa posição demonstra a importância que o desenvolvimento tem hoje para que os

---

\* José Elaeres Marques Teixeira é mestre em Direito pela UFSC, Procurador Regional da República e oficia perante o TRF/1ª Região e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

<sup>1</sup> Em relação ao Brasil, foram divulgados pela ONU dois documentos importantes: *Uma leitura das Nações Unidas sobre os desafios e potências do Brasil* (agosto de 2005); *Marco de Assistência das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Undaf) 2007-2011 para o Brasil*.

direitos humanos, em seu conjunto, sejam efetivamente protegidos e respeitados.

Nesse sentido, o presente texto se propõe, em um primeiro momento, a apresentar as várias etapas experimentadas pelos direitos humanos, questionando se a teoria tradicional ainda se presta à realização desses direitos, em um mundo bastante diferente daquele em que foram preparados os principais documentos que os consagraram como direitos universais. Em um segundo momento, pretende-se expor a compreensão atual do direito ao desenvolvimento como direito humano, a evolução que tem experimentado, a sua relação com o fenômeno da globalização e a necessidade de certas medidas que efetivamente convertam o direito ao desenvolvimento em instrumento eficaz de combate à pobreza.

## **2 Histórico dos direitos humanos**

As terríveis experiências vivenciadas com duas guerras mundiais impulsionaram a comunidade internacional a criar um gigantesco corpo normativo e uma estrutura institucional, destinados a assegurar o respeito àqueles direitos tidos como universais, no sentido de que, se pertencem à Humanidade, devem ser respeitados e promovidos por todos, sem exceção. O primeiro passo nessa direção foi dado com a Carta da Organização das Nações Unidas e da Corte Internacional de Justiça<sup>2</sup>, concluída e assinada em São Francisco, Califórnia, EUA, em 26 de julho de 1945, seguida da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução n. 217, na 3ª sessão ordinária da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em Paris, França, no dia 10 de dezembro de 1948.

---

<sup>2</sup> Originariamente, 51 Estados firmaram a Carta. Hoje, 188 Estados são partes na Carta da ONU. O Governo Brasileiro (Getúlio Vargas) aprovou o seu texto por meio do Decreto-Lei n. 7.935, de 4.9.1945.

## 2.1 Evolução normativa

Sob os auspícios da ONU e tendo como documento-referência a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a implementação e o desenvolvimento da legislação internacional de direitos humanos experimentou um processo de aceleração durante a segunda metade do século XX. Especialmente no período entre 1945 e final da década de 1960, que foram anos socialmente intensos, com o surgimento de importantes movimentos reivindicatórios, como o movimento *black power*, em que os negros nos EUA lutaram pela abolição da segregação racial, os direitos humanos básicos ganharam força e internacionalização definitiva. Nesse período, conhecido como criação normativa<sup>3</sup>, surgiram a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), as Convenções de Genebra (1949), a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (1951), a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (1966) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Em âmbito regional, apareceram a Declaração Americana de Direitos e Deveres dos Homens (1948) e a Convenção Européia sobre os Direitos Humanos (1950). Ainda nessa etapa normativa, a OIT tornou-se uma agência especializada das Nações Unidas (1946), continuando na sua defesa dos direitos dos trabalhadores, e a Assembléia-Geral da ONU elaborou a Declaração sobre os Direitos das Crianças (1959).

## 2.2 Construção institucional

Já com um quadro normativo bastante denso, no final da década de 1960, os direitos humanos ingressaram em uma nova etapa, de construção institucional<sup>4</sup>, a qual se estendeu até 1989, quando ocor-

---

<sup>3</sup> LÓPEZ, 2006a, p. 2.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 4.

reiu a queda do Muro de Berlim. Nesse período, surgiram órgãos e mecanismos de aplicação, controle, prevenção, proteção e implementação dos direitos humanos.

No âmbito da ONU, foram criados o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê para a Prevenção do Racismo, o Comitê contra a Tortura e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Foram estabelecidos também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão Européia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Para a prevenção e proteção dos direitos humanos, criaram-se mecanismos internacionais convencionais e não-convencionais. Os mecanismos convencionais são aqueles previstos em tratados, podendo ser classificados como contenciosos, não-contenciosos e quase-contenciosos. Os mecanismos não-convencionais são os que decorrem de instrumentos jurídicos distintos. Atualmente, existem três principais mecanismos não-convencionais: o informe periódico de 1959, o procedimento público 1235 e o procedimento confidencial 1503<sup>5</sup>.

Os movimentos sociais que haviam emergido nas décadas anteriores tomaram corpo, assumindo a feição de organizações não-governamentais de proteção e promoção dos direitos humanos. As denúncias contra o *apartheid*, existente principalmente em países recentemente descolonizados, e as conseqüentes lutas contra a segregação racial foram uma das primeiras atividades dessas organizações. Países como Israel e África do Sul, que exerciam o *apartheid*, foram alvo da ação daqueles que se ocuparam da defesa dos direitos humanos. Como resultado, surgiram a Convenção sobre a Repressão e Castigo do *Apartheid* (1973) e a Convenção sobre o

---

<sup>5</sup> LÓPEZ, 2006b, p. 11.

*Apartheid* nos Esportes (1985), ficando assim a África do Sul isolada por muitos anos.

Ainda nesse período surgiu um movimento por uma nova ordem econômica internacional, patrocinado pelos países recém-descolonizados e mais pobres. Esse movimento deu origem ao enfrentamento político entre países do Norte e do Sul que até hoje ocorre no âmbito das organizações internacionais. A sua maior vitória foi a promulgação, pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, da Declaração sobre o Direito Humano ao Desenvolvimento, em 1986.

Embora essa fase dos direitos humanos tenha sido designada como etapa de construção institucional, o processo de criação normativa não parou. Com efeito, além dos documentos já referidos, produziram-se a Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção contra a Tortura (1984) e a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981).

### 2.3 Período pós-Guerra Fria

Com a queda do Muro de Berlim, em 1989, teve fim a Guerra Fria. A partir desse momento, os direitos humanos converteram-se no principal tema das grandes conferências e reuniões de âmbito mundial. Os direitos humanos experimentam, então, uma terceira etapa<sup>6</sup>.

Apesar dos registros de sérias violações em Ruanda e Iugoslávia e de as Nações Unidas terem perdido o seu prestígio, porque os EUA passaram a submetê-la aos seus critérios econômicos e políticos, esse foi um período fértil de debates e produção de documentos. Assim é que, em 1989, foi realizada a Convenção sobre

---

<sup>6</sup> LÓPEZ, 2006a, p. 7.

os Direitos da Criança; em 1992, ocorreu a Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, Brasil, quando se proclamou a necessidade do desenvolvimento sustentável e do respeito ao meio ambiente; nesse mesmo ano, surgiu a Declaração sobre os Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas e Lingüísticas; em 1993, foi realizada a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena, Áustria, oportunidade em que o direito ao desenvolvimento foi proclamado como universal e inalienável; em 1994, ocorreu a Convenção Marco para a Proteção das Minorais do Conselho da Europa, entre outros textos.

Essa fase é caracterizada também pelo surgimento dos movimentos antiglobalização, críticos dos modelos econômicos e comerciais patrocinados por organizações como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), as quais estariam impedindo uma distribuição mais justa dos recursos do planeta. O principal ponto de referência desses movimentos foi o Fórum Social Mundial de Porto Alegre, Brasil, ocorrido em três anos sucessivos (2001 a 2003).

## 2.4 Período pós-onze de setembro de 2001

Os terríveis atentados de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas de Nova York e ao edifício do Pentágono em Washington, EUA, proporcionaram o surgimento de uma nova fase dos direitos humanos<sup>7</sup>, infelizmente de retrocesso, e que se estende até os dias de hoje. Desde aquele fatídico dia, a luta contra o terrorismo internacional tem relegado a segundo plano os direitos humanos. O princípio da segurança converteu-se no principal eixo em torno do qual passaram a girar os direitos humanos.

---

<sup>7</sup> LÓPEZ, 2006a, p. 12.

O momento vivido hoje, definitivamente, é muito delicado para os direitos humanos, porque também os organismos internacionais foram afetados, perdendo a sua autonomia. O exemplo mais claro é o da ONU, que se viu relegada na questão da Guerra do Iraque. A decisão pela guerra não partiu da ONU, mas, unilateralmente, dos EUA e dos países aliados, o que mostra a perda da sua influência na definição da política internacional.

### **3 Necessidade de uma nova teoria dos direitos humanos**

Nessa nova configuração mundial, em que os direitos humanos vêm sendo relegados, seja por questões políticas, seja por questões econômicas, é preciso considerar seriamente se a teoria tradicional dos direitos humanos ainda tem algum papel a cumprir ou se não é hora de prevalecer uma teoria mais consentânea com o atual contexto.

É preciso admitir que o ambiente em que foram formuladas as bases mínimas dos direitos humanos é muito diferente daquele que temos hoje. A simples idéia de que somos titulares de direitos humanos não basta mais. O discurso tradicional, segundo o qual o conteúdo básico dos direitos é o “direito de ter direitos” deve ser substituído por um outro, que proporcione condições adequadas para que esses direitos possam efetivamente ser exercidos.

Uma teoria com essa finalidade há que tomar os direitos humanos não como direitos propriamente ditos, mas como *processos*, como resultado das lutas que os seres humanos empreendem para ter acesso aos bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna<sup>8</sup>. Nessa perspectiva, os direitos humanos devem ser

---

<sup>8</sup> FLORES, 2006a, p. 5.

entendidos a partir de sua vinculação com as políticas de desenvolvimento e com as lutas dos grupos sociais dedicados a promover a emancipação humana.

Uma concepção histórica e contextualizada dos direitos humanos implica a necessária recuperação da ação política coletiva, visto que esses direitos são criados e recriados pelo processo de construção social da realidade. Além disso, requer a formulação de uma filosofia *impura* dos direitos, ou seja, livre de purismos intelectuais e idealizações, pois somente o que é contaminado pelo contexto pode ser objeto de conhecimento (só o impuro é cognoscível). Por fim, reclama uma metodologia *relacional*, já que não podemos entender os direitos humanos isoladamente, senão como parte de processos sociais e econômicos que predominam em contextos espaciais e temporais concretos.

Os direitos humanos são mais que normas formais; são produtos culturais, políticos e sociais. Como produtos culturais, resultam da luta pela dignidade humana, criando condições para a implementação de um sentido forte de liberdade. No plano político, esses direitos decorrem da luta contra a expansão material e a ideologia do sistema de relações imposta por processos de acumulação de capital, abrindo espaço para a concretização do conceito coletivo de fraternidade. Em sentido social, os direitos humanos são resultado das lutas sociais e coletivas por uma vida digna, pretendendo, com isso, complementar e ampliar o conceito de igualdade<sup>9</sup>.

#### **4 Direito ao desenvolvimento**

Na concepção de uma nova teoria dos direitos humanos, o direito ao desenvolvimento assume papel de destaque. Embora se

---

<sup>9</sup> FLORES, 2006b, p. 1-26.

trate de um direito novo, ele tem sido considerado um *direito-síntese*, por abarcar o conjunto dos direitos humanos. Seu objetivo é proporcionar a promoção e a aplicação da totalidade dos direitos humanos, em âmbito global<sup>10</sup>, o que requer: 1) a cooperação dos Estados no sentido de se estabelecer uma nova ordem econômica internacional; 2) a responsabilidade compartilhada entre países industrializados, países em desenvolvimento e comunidade internacional; 3) a participação popular; 4) o zelo pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado; 5) a adoção de medidas eficazes em âmbito interno e internacional; 6) a cooperação individual, especialmente no tocante aos níveis de consumo dos cidadãos dos países desenvolvidos.

#### 4.1 Direito de terceira geração

O direito ao desenvolvimento compõe o quadro dos chamados direitos de terceira geração<sup>11</sup> ou direitos à solidariedade. Essa geração de direitos surgiu na década de 1970 e, embora com algumas divergências, é composta do direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e direito à paz. Os valores que caracterizam esses direitos são a solidariedade, o seu exercício coletivo e a sua finalidade transformadora.

Apesar da forte resistência dos países tradicionalmente conservadores em matéria de direitos humanos, esses novos direitos têm obtido ampla aceitação. Pode-se dizer mesmo que eles provocaram

---

<sup>10</sup> ISA, 2006, p. 6.

<sup>11</sup> Conforme registra Mikel Berraondo López (2006a, nota 2), “a divisão dos direitos humanos em três gerações e a formulação da terceira geração foram realizadas pela primeira vez pelo jurista francês Karel Vasak, na conferência inaugural da 10ª sessão de estudos do Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979. Os direitos de primeira geração são compostos dos direitos civis e políticos. Integram os direitos de segunda geração os direitos econômicos, sociais e culturais”.

uma autêntica revolução no processo de positivação dos direitos humanos, pois exigem uma atitude ativa dos governos para a sua realização.

## 4.2 Evolução do direito ao desenvolvimento

O direito ao desenvolvimento como direito humano foi assim definido pela primeira vez pelo jurista senegalês Keba M'Baye, no “Curso de Direitos Humanos” de Estrasburgo, realizado em 1972<sup>12</sup>. Desde então, passou a fazer parte da agenda das Nações Unidas.

Oficialmente, a existência de um direito humano ao desenvolvimento foi reconhecida pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio da Resolução 4 (XXXIII), de 21 de fevereiro de 1977, reiterada pela Resolução 5 (XXXV), de 2 de março de 1979. A Assembléia-Geral da Organização, por sua vez, editou, em 23 de novembro de 1979, a Resolução 36/46, por meio da qual, pela primeira vez, reconheceu que o direito ao desenvolvimento é um direito humano. Depois, em 4 de dezembro de 1986, a mesma Assembléia-Geral editou a Resolução 41/128, aprovando a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento<sup>13</sup>. Esse documento histórico constitui hoje o principal instrumento jurídico que reconhece o direito ao desenvolvimento como direito humano.

Posteriormente, em pelo menos quatro eventos promovidos pelas Nações Unidas, o direito ao desenvolvimento foi reconhecido como direito universal, inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais. Foram eles: 1) a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, reali-

---

<sup>12</sup> ISA, 2006, p. 2.

<sup>13</sup> A Declaração foi aprovada com o voto favorável de 146 Estados que fazem parte da Assembléia-Geral da ONU. Os EUA votaram contra. Absteram-se 8 países: Dinamarca, República Federal da Alemanha, Reino Unido, Finlândia, Islândia, Suécia, Japão e Israel.

zada no Rio de Janeiro, em 1992; 2) a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, realizada em 1993; 3) a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, celebrada no Cairo, em 1994; 4) a Reunião de Cúpula sobre Desenvolvimento Social, ocorrida em Copenhague, em 1995.

O fato de não existir nenhum tratado internacional de âmbito universal reconhecendo o direito ao desenvolvimento como direito humano tem suscitado algumas vozes contrárias ao postulado. De fato, o direito humano ao desenvolvimento somente foi consagrado expressamente como um novo direito em resoluções da Assembléia Geral e da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Apesar disso, setores da doutrina sustentam que o direito ao desenvolvimento decorre, ainda que não expressamente, de diferentes instrumentos internacionais de caráter convencional, como a Carta das Nações Unidas e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos. A posição mais difundida, entretanto, é aquela segundo a qual o direito ao desenvolvimento é um direito em processo de positivação, de consagração jurídica.

### 4.3 Globalização e direito ao desenvolvimento

É um fato incontestável que a sociedade contemporânea internacional passa por um processo de profundas mudanças. O fim da União Soviética, o desaparecimento do conflito bipolar e as mudanças nas relações Norte-Sul proporcionaram uma reorganização do poder e da hegemonia política, econômica e militar em escala mundial, bem como o surgimento de novos atores internacionais<sup>14</sup>. Ao mesmo tempo, o fenômeno da globalização gerou uma interdependência econômica e tecnológica antes inimaginável. Hoje, as economias estão integradas como nunca.

---

<sup>14</sup> PERALES, 2006, p. 1.

Nesse contexto, as políticas de ajuda externa e cooperação internacional para o desenvolvimento passam por um período de transição, com resultados ainda imprevisíveis. O debate internacional sobre a cooperação para o desenvolvimento se intensificou, estando vinculado a uma polêmica mais ampla sobre o processo de globalização. Em questão está o próprio fundamento da ajuda para o desenvolvimento, concedida pelos países ricos aos países pobres. Dois modelos despontam: o modelo liberal-conservador e o modelo baseado na cidadania global.

#### *4.3.1 O modelo liberal-conservador da ajuda*

No debate a respeito de qual modelo deve ser seguido, predomina a posição que apregoa que a ajuda ao desenvolvimento deve cumprir dois grandes objetivos. Primeiro, promover, em nível nacional, a adoção de políticas econômicas e marcos regulatórios favoráveis ao mercado. Segundo, proporcionar, no plano internacional, a correção das falhas e imperfeições do mercado.

Esse modelo é liberal no campo econômico e conservador no plano político-institucional. A sua concepção é de que o desenvolvimento é resultado natural da integração das economias nacionais em um mercado regido basicamente pela regra da oferta e da procura. O importante é a liberalização dos fluxos de capitais e o acesso ao mercado mundial.

Nesse modelo, supõe-se que, com a adoção de políticas adequadas, o capital privado será suficiente para suprir as necessidades de financiamento ao desenvolvimento. A ajuda tem um papel residual e somente de forma marginal contribui para a redução da pobreza e da desigualdade, objetivo esse que deve ser atingido por meio da integração paulatina das economias ao mercado mundial.

#### *4.3.2 Cidadania global: um novo modelo de cooperação ao desenvolvimento*

Um outro modelo de cooperação ao desenvolvimento, diversamente, coloca o ser humano no centro das suas reflexões. A idéia é estabelecer um “sistema global de bem-estar social”, baseado em uma “ordem democrática cosmopolita” mundial<sup>15</sup>.

Parte-se do pressuposto que o declínio dos Estados como principais atores do sistema, a paulatina “mundialização” da sociedade e a centralidade que tem adquirido a dimensão humana estão proporcionando o surgimento de uma ordem mundial pós-internacional.

Diante dessa nova realidade, o sistema de ajuda internacional é inadequado e obsoleto. Importa produzir reformas nas instituições internacionais que proporcionem a criação de novas instituições monetárias e financeiras e novos programas de assistência internacional de âmbito supranacional, financiados por uma espécie de “imposto sobre a renda internacional”.

Para os defensores desse modelo, o atual sistema de cooperação e ajuda ao desenvolvimento corresponde à estreita e limitada visão liberal-conservadora, que precisa ser superada. Um novo sistema deve contribuir para a realização, em âmbito planetário, dos ideais de equidade, justiça e democracia, fundamentando, assim, a cooperação ao desenvolvimento como resultado de um esforço coletivo.

#### **4.4 Desenvolvimento e luta contra a pobreza**

Os alarmantes números que registram que mais de um milhão de pessoas estão condenadas a sobreviver com menos de um dólar

---

<sup>15</sup> PERALES, 2006, p. 14.

por dia, os quais mostram ainda a crescente desigualdade entre ricos e pobres<sup>16</sup> e denunciam o predomínio das massas miseráveis ao mesmo tempo em que nações industrializadas têm a sua prosperidade aumentada, sinalizam que a luta contra a pobreza e a desigualdade passa pelo caminho do desenvolvimento. Sem a adoção de medidas que promovam o desenvolvimento dos países pobres, a situação atual atingirá, em futuro próximo, níveis insuportáveis.

O comércio, neste começo do século XXI, é uma das forças mais poderosas que atinge a todos e uma fonte de riqueza sem precedentes. Entretanto, ao mesmo tempo em que proporciona o aumento da prosperidade das nações industrializadas, ele contribui para o aumento da desigualdade entre países ricos e pobres. Isso ocorre porque as atuais regras que regem o comércio no mundo globalizado favorecem os ricos.

O modelo atual, definitivamente, é indefensável, porque proporciona prosperidade mas também gera pobreza, convertendo amplas zonas do mundo em desenvolvimento em lugares de crescente marginalização. Como o sistema internacional de comércio não é uma força da natureza, mas um sistema, as regras podem ser alteradas com o objetivo de se forjar um novo modelo de globalização inclusiva, com base em valores compartilhados e princípios de justiça social.

Um pequeno incremento que ocorra na participação dos países em desenvolvimento no comércio mundial proporcionaria mais benefícios para os pobres que a ajuda que eles recebem hoje. O aumento nas exportações desses países pode, efetivamente, reduzir a pobreza de forma mais eficiente que a ajuda de caráter financeiro. Para isso, é necessário que os países pobres tenham acesso aos mercados dos países ricos, por meio da retirada das barreiras

---

<sup>16</sup> OXFAM INTERNACIONAL, 2006, p. 7.

de importação. Essas barreiras comerciais, somadas aos subsídios que os países ricos concedem aos seus agricultores, prejudicam em grande medida os países pobres.

As normas internacionais de comércio constituem hoje um verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento. O exemplo mais claro são as regras sobre proteção de patentes. A aplicação dessas regras aos medicamentos tem graves conseqüências para a saúde pública. E, no tocante à produção de sementes, causa danos diretos aos pequenos agricultores. A incidência universal dessas regras, portanto, deve acabar. Em outras palavras, para que a integração econômica mundial deixe de ser fonte de exclusão e desigualdade, é preciso criar uma nova ordem comercial, com base em novos conceitos de direitos e obrigações, de modo que os mercados funcionem em favor dos pobres.

#### **4 Conclusão**

Desde quando foi elaborada a Carta das Nações Unidas, em 1945, a legislação internacional acerca de direitos humanos passou por um processo de desenvolvimento. Os direitos humanos básicos ganharam força e internacionalização definitiva. Após uma primeira etapa, de criação normativa, seguiu-se uma segunda etapa, conhecida como etapa de construção institucional, quando, então, surgiram os principais órgãos e mecanismos de aplicação, prevenção e proteção dos direitos humanos. Com o fim da Guerra Fria, um novo período surgiu, agora de debates e de produção de documentos de afirmação e renovação dos direitos humanos. Nessa terceira etapa foram realizadas as principais conferências e reuniões e surgiram os movimentos antiglobalização. Com os atentados de 11 de setembro, ocorreu um forte retrocesso, que se estende até os dias de hoje.

A nova configuração mundial reclama o abandono da teoria tradicional dos direitos humanos, que devem fundamentar-se em uma teoria crítica que leve em consideração a realidade atual. Nesse contexto, o direito ao desenvolvimento tem papel de destaque, principalmente considerando o fenômeno da globalização, o qual proporciona mais prosperidade para os ricos e mais pobreza para os pobres.

O modelo de políticas de ajuda externa e cooperação para o desenvolvimento tem-se mostrado ineficaz, passando por um período de transição. O debate sobre qual modelo seguir é intenso, predominando a posição que apregoa a adoção de um modelo liberal-conservador, em detrimento da posição mais avançada, que sustenta a idéia de um modelo baseado na cidadania global.

Um terceiro caminho para a superação do vigente modelo de ajuda surge com uma concepção segundo a qual o que importa é a mudança das atuais regras do comércio internacional, que beneficiam os países ricos e prejudicam os países pobres. Uma vez que se trata de uma das forças mais poderosas e fonte de riqueza incomparável, o comércio globalizado precisa abrir espaço para os países pobres, de modo que se torne uma via para que esses países, efetivamente, desfrutem do direito ao desenvolvimento.

## **Referências**

FLORES, Joaquín Herrera. *De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos: los derechos humanos como procesos*. [Texto disponibilizado no *Curso Virtual de Formación Especializada em Derechos Humanos*.] 1. ed. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2006a.

\_\_\_\_\_. *La nueva perspectiva de los derechos humanos*. [Texto disponibilizado no *Curso Virtual de Formación Especializada em Derechos Humanos*.] 1. ed. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2006b.

ISA, Felipe Gómez. *El derecho al desarrollo como derecho humano*. [Texto disponibilizado no *Curso Virtual de Formación Especializada em Derechos Humanos*.] 1. ed. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2006.

LÓPEZ, Mikel Berraondo. *Los derechos humanos ante el nuevo milenio: evolución y retos para la nueva era de la seguridad*. [Texto disponibilizado no *Curso Virtual de Formación Especializada em Derechos Humanos*.] 1. ed. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2006a.

\_\_\_\_\_. *Protección y garantía de los derechos humanos en ámbitos internacionales*. [Texto disponibilizado no *Curso Virtual de Formación Especializada em Derechos Humanos*.] 1. ed. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2006b.

OXFAM INTERNACIONAL. *Cambiar las reglas: comercio, globalización y lucha contra la pobreza*. [Texto disponibilizado no *Curso Virtual de Formación Especializada em Derechos Humanos*.] 1. ed. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2006.

PERALES, José Antonio Sanahuja. *Cooperación al desarrollo y globalización: entre la beneficencia pública internacional y el Estado del bienestar mundial*. [Texto disponibilizado no *Curso Virtual de Formación Especializada em Derechos Humanos*.] 1. ed. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2006.



# Seção II

Interesses Difusos e Coletivos



# A inversão do ônus da prova na CLT e no CDC

Flávia Pereira Hill\*

**Sumário:** 1 Introdução. Breve relato histórico. 2 Conceito e classificação. 3 Hipóteses de inversão do ônus da prova: hipossuficiência e verossimilhança. 4 Objeto da inversão. 5 Momento da decretação da inversão. 5.1 No despacho inicial. 5.2 Na sentença. 5.3 Momento antecedente ao início da instrução. 6 Decisão judicial de decretação da inversão do ônus da prova. 7 Efeitos da inversão do ônus da prova. 8 Teoria da carga dinâmica da prova. 9 Distinção entre ônus da produção da prova e ônus financeiro da prova. 10 Conclusão.

## 1 Introdução. Breve relato histórico

Nas épocas primitivas e bárbaras, vigoravam entre os antigos germânicos as ordálias ou Juízos de Deus. Acreditava-se na resposta divina, razão pela qual realizavam-se provas de destreza e de força e empenhava-se o juramento, na crença de que Deus auxiliaria no alcance da verdade.

Em seguida, passou o homem a depositar confiança em sua própria cultura e experiência, aliando a isso a convicção na legitimidade das generalizações quanto à valoração das provas, o que motivou a edição de normas de fundo racional. Diante disso, passou a haver previsão legal das provas aptas a comprovarem

---

\* Flávia Pereira Hill é tabeliã, pós-graduada em Direito Processual e mestranda em Direito Processual pela UERJ.

os fatos relevantes, dando ensejo ao sistema denominado prova legal.

As Ordenações do Reino de Portugal, por exemplo, distinguem a prova plena da semiplena e rejeitavam os testemunhos dos escravos. Há registro, em sede doutrinária, de que haveria noventa e seis regras sobre o valor da prova testemunhal em Portugal, demonstrando os valores prevaletentes nessa fase histórica<sup>1</sup>. Aponta-se como reminiscência desse sistema, entre outros, a vedação à comprovação exclusivamente por prova testemunhal em contratos de elevado valor (CPC, art. 401), bem como a exigência de que o estado da pessoa prova-se exclusivamente a partir da certidão do registro civil.

Em sentido diametralmente oposto ao sistema da prova legal, merece registro o sistema do íntimo convencimento do juiz, segundo o qual poderia o julgador decidir conforme suas impressões pessoais, ainda que formasse o seu convencimento a partir de sua própria ciência privada, considerando fatos alheios aos autos, e sem a obrigação de fundamentar sua decisão. Esse sistema vulnera, a todas as luzes, o princípio da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito, hoje alçados a princípios de elevada estatura. Admite-se, contudo, a subsistência de resquícios desse sistema, como o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Diante disso, conclui-se que o Direito Processual Civil moderno não se coaduna com os sistemas até aqui expostos. Prevalece, nos dias atuais, o chamado sistema da persuasão racional do juiz ou do livre convencimento motivado, previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil, segundo o qual cabe ao juiz formar o seu convencimento racionalmente e de acordo com a prova constante dos autos. Caberá ao juiz, outrossim, fundamen-

---

<sup>1</sup> DINAMARCO, 2001, p.104-105.

tar a sua decisão, a fim de permitir a sindicabilidade e o controle da decisão, corolários do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, cabendo ao juiz, de um lado, formar o seu convencimento exclusivamente com base na prova constante dos autos e, de outro lado, diante da vedação do *non liquet*, cumpre ao magistrado lançar mão dos mecanismos previstos em lei, a fim de cumprir com o seu mister e decidir o caso concreto com justiça. Com efeito, pode o magistrado recorrer ao poder geral instrutório que lhe é conferido por lei (CPC, art. 130), assim como às regras do ônus da prova (CPC, art. 333), que serão analisadas oportunamente, visando solucionar adequadamente o caso que lhe é submetido.

Entre as profundas modificações nas relações sociais empreendidas nas últimas décadas de nossa história, verificam-se dois fatos relevantes, a saber: *a uma*, a atual sociedade de massa ensejou a ocorrência de disparidades, ao se estabelecerem relações entre grandes empresas e indivíduos em ampla escala; e, *a duas*, a velocidade da divulgação da informação e o movimento de acesso à Justiça geraram a maior procura do Poder Judiciário para a solução dos conflitos e, por conseguinte, a maior submissão das relações antes mencionadas, de desequilíbrio, ao Judiciário. A convergência desses dois fatores fez surgir a necessidade de se adequarem os instrumentos processuais a essa nova realidade<sup>2</sup>.

É nesse novo contexto que se insere o instituto da inversão do ônus da prova, que surge com o escopo de *restabelecer o equilíbrio* entre as partes integrantes da relação jurídica submetida a Juízo, sendo esta a *ratio essendi* do instituto ao qual nos dedicaremos no presente trabalho<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> CASTELO, 2003, p. 377-388.

<sup>3</sup> Nesse sentido: THEODORO JUNIOR, 2004, p. 141-166.

## 2 Conceito e classificação

Primeiramente, cumpre definir ônus da prova, por ser ele um pressuposto conceitual do instituto em análise. Com efeito, ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse para as decisões que serão proferidas no processo<sup>4</sup>.

A doutrina destaca que o ônus da prova se apresenta sob dois aspectos. Sob o aspecto subjetivo, constitui uma norma de conduta para os litigantes. De outra parte, sob o aspecto objetivo, é uma norma de julgamento, segundo a qual, quando faltar a prova dos fatos relevantes do processo, o juiz deverá proferir uma sentença de mérito desfavorável para o litigante que estava encarregado de subministrá-la, salvo se houver invertido o ônus da prova, tendo em vista que é proibida a decisão de *non liquet*<sup>5</sup>.

Em prosseguimento, podemos conceituar inversão do ônus da prova como a alteração de regra sobre a distribuição desse ônus, imposta ou autorizada por lei. Implica a *isenção de um ônus* para o consumidor ou empregado e no *correlato acréscimo desse ônus* ao fornecedor ou empregador<sup>6</sup>.

Tal instituto do direito pátrio não encontra paralelo em ordenamentos alienígenas. Merece registro, contudo, a previsão contida no Decreto Presidencial Italiano n. 224/1988, que permite ao juiz a transferência do *encargo financeiro* da prova à parte a quem sua produção, a princípio, desfavoreça. Trata-se, portanto, de inversão do ônus *financeiro* da prova e não do ônus de sua produção propriamente. Nos Estados Unidos, por outro lado, embora não haja

---

<sup>4</sup> DINAMARCO, 2001, p. 71.

<sup>5</sup> MATTOS, 2001, p. 43-59.

<sup>6</sup> BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 123-140.

previsão legal, verifica-se tendência jurisprudencial a determinar a inversão casuisticamente<sup>7</sup>.

A inversão do ônus da prova é classificada doutrinariamente em inversão legal, convencional ou judicial. A inversão do ônus da prova legal ou inversão *ope legis* consiste nas presunções relativas instituídas em lei (*praesumptionis legis*), tendo como fundamento legal o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>8</sup>.

A inversão judicial, também denominada inversão *ope iudicis*, corresponde à alteração no disposto em regras legais responsáveis pela distribuição do ônus da prova por decisão do juiz, tendo como fundamento legal o artigo 6º, VIII, do CDC.

A inversão convencional, por seu turno, consiste na alteração nas mencionadas regras legais mediante ato concertado entre as partes, sendo autorizada de modo indireto no artigo 333, parágrafo único, do CPC, dependendo apenas da natureza dos direitos em litígio e do efeito da inversão, que não pode acarretar extrema dificuldade para uma das partes.

### **3 Hipóteses de inversão do ônus da prova: hipossuficiência e verossimilhança**

A doutrina diverge quanto à taxatividade das hipóteses autorizadoras da inversão do ônus da prova. O renomado processualista mineiro Humberto Theodoro Junior e o jurista carioca Carlos Roberto Barbosa Moreira, nas obras já mencionadas, defendem que as hipóteses de admissibilidade da inversão do ônus da prova são taxativas e devem ser interpretadas restritivamente, tendo em vista o caráter excepcional da medida.

---

<sup>7</sup> BARBOSA MOREIRA, 1997, p.123-140.

<sup>8</sup> Nesse sentido, WATANABE, 2001, p. 732-737.

Ainda com fulcro na excepcionalidade, a jurista Maristela da Silva Alves defende, a nosso ver com propriedade, que o juiz deve valer-se primeiramente, e sempre que possível, de seu poder instrutório geral, determinando de ofício a produção das provas que reputar necessárias, visto que tal mecanismo atende com maior eficácia ao princípio da verdade real, devendo relegar a segundo plano a decretação da inversão do ônus da prova (caráter subsidiário)<sup>9</sup>.

Em sentido diametralmente oposto posiciona-se o jurista Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual a inversão mostra-se admissível ainda que não haja previsão legal expressa, podendo ser decretada sempre que o juiz verificar que se trata de relação jurídica perigosa ou de responsabilidade decorrente da criação de perigo pelo réu ou, ainda, quando diante de relações jurídicas que emergjam em decorrência da violação de deveres legais pelo réu. Para esse célebre processualista, a regra da inversão do ônus da prova decorre, pois, da análise do direito material.

Feitas essas considerações, cumpre analisar as duas hipóteses previstas no artigo 6º, VIII, do CDC, que autorizam a decretação da inversão do ônus da prova, quais sejam, a *verossimilhança das alegações* e a *hipossuficiência da parte*. De acordo com a corrente doutrinária a que se filie entre as duas acima expostas, concluir-se-á que a inversão será possível *apenas* nessas duas hipóteses (primeira corrente *supra*) ou, de outro lado, entender-se-á que se trata de mero balizamento, indicativo dos parâmetros a serem adotados no caso concreto (segunda corrente *supra*). De qualquer modo, a análise das hipóteses mostra-se de todo valiosa.

Afigura-se assente em sede doutrinária que as duas hipóteses previstas no artigo 6º, VIII, do CDC são *alternativas* e não cumula-

---

<sup>9</sup> ALVES, 1999, p. 78-89.

tivas, ou seja, basta a verificação de uma das hipóteses para que seja admissível a decretação da inversão.

Com efeito, a primeira hipótese consiste na admissão da inversão do ônus da prova no caso de *verossimilhança* da alegação do consumidor, tratando-se de relação consumerista, ou do empregado, tratando-se de relação empregatícia. Segundo abalizada doutrina, não se trata de autêntica inversão. Em verdade, o juiz, de acordo com as máximas de experiência, considera produzida uma prova que incumbe a uma das partes<sup>10</sup>.

Dito isso, verifica-se que abalizada doutrina<sup>11</sup> identifica o conceito de verossimilhança apto a ensejar a inversão com aquele exigido para a concessão de medida cautelar e tutela antecipada. Assim sendo, a delimitação do conceito de verossimilhança não se afigura tarefa árdua, visto que se mostra possível aplicar critérios já conhecidos pelos operadores do Direito.

Cumprido, contudo, destacar que a verificação da presença de verossimilhança perpassa necessariamente pelo exame de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor ou do empregado. De fato, cabe ao autor fazer prova de elementos indiciários, que levem à formação da convicção judicial acerca da verossimilhança de suas alegações. Tais indícios conduzem às presunções, que, destaque-se, não se confundem com as meras *suposições*, que consistem em simples especulação e não possuem o condão de caracterizar a verossimilhança.

A todas as luzes, destaca Humberto Theodoro Junior que, tendo em vista o caráter excepcional da inversão do ônus da prova,

---

<sup>10</sup> WATANABE, 2001.

<sup>11</sup> BARBOSA MOREIRA, 1997.

é necessário que o autor apresente indícios relativos às suas alegações, sob pena de se admitir o ajuizamento de demandas absurdas, calcadas em fatos e alegações absolutamente impossíveis de serem comprovados, o que não deve ser admitido.

A segunda hipótese prevista no artigo 6º do CDC consiste na hipossuficiência do autor. Reconhece a doutrina que se trata, nesse caso, de verdadeira inversão do ônus da prova.

O conceito de hipossuficiência não se confunde com aquele previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei Federal n. 1.060/1950, que se restringe à vulnerabilidade *econômica*. O termo a ser utilizado no âmbito da inversão do ônus da prova deve ser mais abrangente, alcançando não apenas a carência de recursos financeiros, mas também a vulnerabilidade técnica e de conhecimento<sup>12 e 13</sup>.

O jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira, em obra anteriormente citada, vai além e afirma que a hipossuficiência abrange qualquer um que tenha a tarefa probatória dificultada *no caso concreto*, citando como exemplo o portador de vírus HIV, que o contraiu há décadas em transfusão de sangue em determinado hospi-

---

<sup>12</sup> A esse respeito, WATANABE, 2001.

<sup>13</sup> Nesse sentido posiciona-se o E. TJRJ, consoante infere-se do seguinte aresto: “Apelação. Ação de indenização por danos morais. Concessionária de serviço público de telefonia. Inscrição do nome da autora em cadastro restritivo de crédito. Débito decorrente de linha telefônica não solicitada pela autora. Sentença de procedência do pedido. Inobstante a responsabilidade objetiva, a sistemática empregada pelo CDC impôs a inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor do produto ou serviço, em razão da hipossuficiência técnica e econômica do consumidor. Ônus da prova passado para a apelante, que não a produziu, adequadamente, para justificar o seu objetivo no processo. A inclusão indevida do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito afronta a teoria da qualidade. Dano moral *in re ipsa*. O arbitramento do valor da reparação do dano moral deve caracterizar-se por ser moderado e proporcional. Modificação do apelo, para se reduzir o *quantum* indenizatório. Provisório parcial do recurso” (Ac 28242/2006, rel. des. Ronald Valladares, 16ª Câmara Cível, julgado em 5.9.2006).

tal. Afigura-se extremamente difícil para o paciente demonstrar o nexo causal entre a transfusão realizada anos atrás e a doença contraída, principalmente porque os pacientes não têm por hábito guardar os documentos por longo período, mas essa comprovação mostra-se mais fácil para o hospital, que tem o dever de mantê-los em seus arquivos.

#### 4 Objeto da inversão

Conforme entendimento prevalecente em sede doutrinária, o objeto da prova consiste nos *atos* alegados pelas partes<sup>14</sup>.

De acordo com a regra geral de distribuição do ônus da prova, salienta o processualista Wagner Giglio, tratando do Direito Processual do Trabalho, que a prova cabe a quem alega o fato, devendo ser interpretado o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) à luz do artigo 333 do CPC, apesar de não haver propriamente uma omissão na lei trabalhista, conforme exigido no artigo 769 da CLT.

Desse modo, cabe ao *reclamante* provar os fatos constitutivos do direito alegado, enquanto cabe ao *reclamado* comprovar os fatos extintivos, como, por exemplo, o cumprimento integral do contrato ou o pagamento das indenizações legais, bem como os fatos impeditivos e modificativos do direito alegado pelo autor, como, por exemplo, a existência de pedido de demissão, a ocorrência de justa causa para a despedida ou o gozo de descanso em outro dia da semana<sup>15</sup>.

Todavia, uma vez decretada a inversão do ônus da prova, fica subvertida a regra geral de distribuição do ônus da prova, devendo

---

<sup>14</sup> Por todos, THEODORO JUNIOR, 2004.

<sup>15</sup> GIGLIO, 1997.

a parte comprovar fatos que não foram por ela alegados. Cabe, nesse momento, indagar quais seriam os fatos passíveis de serem transferidos à parte contrária ou, em outras palavras, qual seria o objeto da inversão do ônus da prova<sup>16</sup>.

A doutrina sustenta que a inversão deve voltar-se para fatos que se mostrem:

- (a) *relevantes* para o deslinde do litígio, quais sejam, aqueles aptos e suficientes para comprovar a existência do fato constitutivo do direito do autor;
- (b) *controvertidos*, ou seja, que tenham sido alegados pelo autor e rechaçados pelo réu na contestação, sendo certo que fatos incontroversos não são objeto de prova, já que sobre eles paira presunção legal de veracidade (CPC, art. 334, III);
- (c) *específicos*, vale dizer, fatos *determinados* que tenham sido apontados pelo autor como suficientes para comprovar o seu direito. Assim sendo, sustenta-se que o juiz não deve admitir que o autor da ação alegue *fatos abstratos e genéricos* que apresentem impossibilidade absoluta de comprovação.

---

<sup>16</sup> O E. TST editou a Súmula n. 338, prevendo a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto ao cumprimento de hora extra, conforme se extrai do teor da citada súmula, *in verbis*: “JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário (ex-Súmula n. 338 – Res. 121, DJ de 21 nov. 2003). II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário (ex-OJ n. 234 – Inserida em 20.6.2001). III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir” (disponível em: <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acesso em: 20 nov. 2006).

Nesse caso, seria impossível não só para o autor comprovar tais fatos, mas para qualquer pessoa (impossibilidade absoluta ou objetiva), visto que se trata de fatos indefinidos. Nessa hipótese, observa o jurista Humberto Theodoro Junior que não cabe a inversão do ônus da prova, mas sim a prolação de sentença de improcedência do pleito autoral.

Indo além, o citado jurista alerta para o que denomina “cruzada antiempresa”. Segundo ele, a sucessiva decretação da inversão do ônus da prova em ações fundadas em fatos genéricos e indeterminados acaba por desvirtuar o instituto, utilizando-o como instrumento de garantia da vitória do autor, ou seja, de sucesso no mérito.

Em última análise, a constante sucumbência por parte das empresas em inúmeros litígios consumeristas – raciocínio que se aplica, por analogia, às relações trabalhistas –, em decorrência da transferência para elas de fatos de impossível comprovação, enfraquece tais empresas, acarretando, até mesmo, o encerramento de suas atividades ou o seu mau desenvolvimento. Com isso, a inversão do ônus da prova, em vez de promover o incremento das relações consumeristas e trabalhistas e tornar as empresas mais sérias e competitivas, irá enfraquecer o mercado e, em última análise, o próprio consumidor, que terá à sua disposição empresas com menor competitividade e, portanto, menor eficiência.

Cumprir registrar entendimento doutrinário parcialmente diverso, defendido por Luiz Guilherme Marinoni, para quem o ônus da prova de *fato específico*, mas que encerre *impossibilidade absoluta* de comprovação – ou seja, que não possa ser comprovado nem pelo autor nem pelo réu – e sobre o qual o juiz não tenha formado sequer juízo de verossimilhança, deve ser transferido à parte ré, enquanto o processualista mineiro antes citado defende, conforme

visto, a prolação de sentença de improcedência do pedido autoral<sup>17</sup>, posição com a qual concordamos.

A doutrina rejeita a inversão do ônus da prova tendo por objeto as chamadas *provas diabólicas*. Nesse conceito inserem-se não só as provas baseadas em fatos indeterminados ou inespecíficos, conforme destacado nas linhas anteriores, como também a prova de *fato negativo absoluto e indefinido*. Por fato negativo tem-se aquele que se dirige a algo que não ocorreu. É admissível, contudo, a inversão do *onus probandi* de fato negativo que possa ser comprovado a partir de um fato positivo, ou seja, partindo-se de algo que ocorreu, consegue-se comprovar que algo não ocorreu. Por outro lado, não se afigura admissível decretar a inversão do ônus da prova acerca de fato negativo absoluto e indefinido, vale dizer, a comprovação do nada, do inexistente, já que tal se mostra impossível.

---

<sup>17</sup> Do mesmo modo, não se admite a inversão do ônus da prova quando a sua produção se revele de fácil consecução pela parte autora. Nesse sentido posiciona-se o E. TJRJ, conforme se depreende do seguinte aresto: “Responsabilidade civil. Casa bancária. Contrato de conta corrente encerrado. Conta sem qualquer movimentação. Inscrição no órgão protetivo de crédito não comprovada pela parte. Dano moral inexistente. Relação de consumo inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII, do CDC. 1 – Alegação de inscrição do nome da correntista no cadastro de proteção ao crédito não demonstrada, após pedido de encerramento de conta. 2 – Dever de indenizar inexistente ante a ausência de dano. 3 – Inversão do ônus da prova somente aplicável às provas de difícil produção pela autora, a prova de inscrição nos cadastros restritivos de crédito é de simples realização, não cabendo ao réu a produção de prova negativa. Desprovimento da apelação” (Ac 42315/2006, rel. des. Antonio Saldanha Palheiro, 5ª Câmara Cível, julgado em 12 set. 2006). O mesmo entendimento é dispensado às relações trabalhistas, conforme se extrai do seguinte julgado: “EMENTA: ÔNUS DA PROVA. DEPÓSITOS DO FGTS. Correto o raciocínio de que compete, em regra, ao empregador, que dirige a relação empregatícia, a guarda dos documentos a ela relativos. Todavia, ao alegar o descumprimento de alguma obrigação atrai o empregado para si o ônus da prova, justificando-se sua inversão somente quando estiver impossibilitado de a oferecer, o que não é o caso do FGTS, visto que tem pleno acesso à conta vinculada, podendo obter do órgão gestor extratos analíticos para fazer a prova, mormente quando não define o período no qual não houve o depósito ou houve em valor inferior. Inteligência da OJ n. 301 da SBDI-I do TST” (TRT 3ª Região – 00413-

## 5 Momento da decretação da inversão

Paira acirrada divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o momento adequado para a decretação, pelo juiz, da inversão do ônus da prova. Em síntese, os posicionamentos a respeito do tema dividem-se em três correntes, a seguir expostas.

### 5.1 No despacho inicial

A corrente doutrinária que defende seja a inversão do ônus da prova decretada pelo juiz no despacho que recebe a petição inicial sustenta que esse seria o momento processual adequado, uma vez que as partes seriam alertadas *ab initio* acerca de quais seriam os ônus que caberiam a cada qual delas provar ao longo do processo.

Essa corrente recebe acertadas críticas, no sentido de que seria prematura a decretação da inversão nesse momento, tendo em vista que, àquela altura, o réu sequer teria contestado, razão pela qual ainda não se saberia quais fatos se tornariam controvertidos. Com efeito, conforme salientamos em capítulo antecedente, somente os fatos controvertidos devem ser objeto de inversão do ônus probatório. Alie-se a isso o fato de que, justamente por ser excepcional, a inversão do ônus da prova deve ser decretada somente quando se mostrar necessária, o que resta comprometido com a sua adoção logo ao início do processo.

### 5.2 Na sentença

Segundo o jurista Kazuo Watanabe<sup>18</sup>, o momento adequado para a decretação da inversão corresponde à sentença, isso porque o ônus da prova consiste em regra de julgamento que orienta o

---

2004-093-03-00-4 RO, 5ª Turma, rel. juiz José Murilo de Moraes, publicado em 9 out. 2004. Grifou-se).

<sup>18</sup> WATANABE, 2001.

juiz na solução do caso que lhe é submetido. Desse modo, somente quando o juiz se depara, no julgamento da causa, com uma situação de incerteza – ou de ausência de verossimilhança, como prefere Luiz Guilherme Marinoni – quanto aos fatos, deve ele valer-se das regras de distribuição do ônus da prova, especialmente à sua inversão, a fim de evitar o *non liquet*.

De acordo com Kazuo Watanabe, a inversão do ônus da prova não pode ser decretada em momento anterior, pois feriria o princípio da imparcialidade do juiz, que estaria prejudgando o mérito do processo ao determinar a inversão.

Todavia, ousamos discordar desse posicionamento. Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio confere ao juiz o poder instrutório geral, cabendo a ele até mesmo determinar a produção das provas que entender necessárias *de ofício*, sem que se vislumbre, nesse caso, a violação do dever de imparcialidade. Assim sendo, a inversão do ônus da prova consiste em instrumento por meio do qual o juiz adota postura menos ativa do que ao valer-se do poder instrutório geral. Isso porque, ao decretar a inversão do ônus da prova, o juiz não tem a iniciativa de determinar especificamente *quais* meios de prova serão produzidos a fim de comprovar determinados fatos relevantes, mas apenas *transfere à parte ré* o respectivo ônus, cabendo a ela definir os meios e o modo com que se desincumbirá desse ônus. Os defensores da corrente ora em análise sustentam que, ao inverter o ônus da prova, o juiz estaria demonstrando uma propensão a julgar favoravelmente à parte autora, revelando, pois, um prejulgamento.

No entanto, essa mesma crítica deveria, então, ser dirigida ao poder instrutório geral, visto que, caso o juiz determinasse de ofício a produção de determinada prova a fim de demonstrar, por exemplo, o fato constitutivo do direito do autor, essa medida denotaria que o juiz não reputa suficientemente provadas as alegações do autor. Nesse caso, estaria, então, o juiz igualmente externando o

seu convencimento. No entanto, forçoso convir que tanto o poder instrutório geral quanto a inversão do ônus da prova não ferem a imparcialidade do juiz, configurando instrumentos destinados a alcançar o acesso à justiça e a justiça e que se harmonizam com a postura ativa do juiz na direção do processo.

Alie-se a isso o fato de que o ônus da prova ostenta dois aspectos – subjetivo e objetivo – consoante apresentado no item 2 do presente trabalho. Assim sendo, de acordo com o aspecto subjetivo, as normas sobre repartição do ônus probatório são *regras de comportamento* dirigidas às partes litigantes, por meio das quais elas ficam cientes, com antecedência, dos fatos que cabem a cada qual delas provar ao longo do processo<sup>19</sup>.

Por conseguinte, a decretação da inversão no momento da sentença subtrai da parte ré qualquer chance de se desincumbir do (novo) ônus probatório, pela simples razão de que a fase instrutória já se esgotou sem que ela sequer soubesse que mais esse fato lhe incumbiria comprovar. Daí por que não o fez oportunamente. Se soubesse, decerto teria ao menos tentado comprovar também esse fato cujo ônus lhe foi transferido. Sob tais fundamentos, sustenta-se que teriam sido violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em resposta às críticas formuladas, Kazuo Watanabe sugere que o juiz “alerte” abstratamente, por ocasião do despacho saneador, sobre o teor do artigo 6º, VIII, do CDC, ou seja, que o magistrado aluda à possibilidade de ser, na sentença, invertido o ônus da prova, sem que isso signifique qualquer juízo sobre a futura decretação da inversão em concreto. Com isso, segundo o aludido jurista, estaria afastada qualquer alegação de vulneração de garantias processuais e constitucionais do réu.

---

<sup>19</sup> BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 36.

No entanto, ousamos discordar do notável jurista ainda nesse ponto. A nosso ver, o mero “alerta” pelo juiz sobre o teor de um dispositivo legal não possui qualquer efeito jurídico. De fato, a ninguém é dado alegar desconhecimento da lei. Assim sendo, forçoso convir que o réu tem conhecimento de que *a lei admite, em tese*, a inversão do ônus da prova em relações consumeristas – e igualmente em relações trabalhistas. No entanto, não tendo sido proferida decisão judicial de decretação da inversão do ônus da prova naquele processo, afirmando expressamente quais os fatos cujo ônus probatório foi transferido à parte ré, por certo o réu fica submetido, até então, à regra geral de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, aplicável também às relações trabalhistas, consoante exposto anteriormente). Desse modo, a decretação da inversão por ocasião da prolação da sentença, já esgotada a fase instrutória, toma o réu de surpresa, impondo-lhe novo ônus quando não lhe é dada mais nenhuma oportunidade de dele se desincumbir, e, portanto, vulnera sim as suas garantias processuais.

Carlos Roberto Barbosa Moreira afirma, com propriedade, que a decretação da inversão na sentença desvirtua o propósito do instituto, que a rigor seria o de facilitar a defesa do consumidor, acabando por destiná-lo a garantir a própria vitória do autor.

### 5.3 Momento antecedente ao início da instrução

A terceira corrente doutrinária, à qual nos filiamos, sustenta que a inversão do ônus da prova deve ser decretada em momento anterior ao começo da fase instrutória, a fim de dar ciência a ambas as partes de quais são exatamente os fatos que lhes incumbirão provar ao longo do processo. Esse é, a nosso ver, o entendimento consentâneo com os princípios da ampla defesa e do contraditório, que norteiam o Direito Processual Civil moderno.

Com efeito, deve o juiz decretar a inversão por ocasião da audiência de conciliação, quando fixa os fatos controvertidos, devendo conjuntamente definir a quem caberá comprovar cada um deles, a teor do artigo 331, § 2º, do CPC<sup>20</sup>.

Indo além, o jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira sustenta, com razão, que, caso o juiz verifique, no momento em que os autos estão conclusos para sentença, que deve inverter o ônus da prova, então deverá proferir decisão interlocutória nesse sentido e reabrir a instrução<sup>21</sup>.

## **6 Decisão judicial de decretação da inversão do ônus da prova**

A inversão do ônus da prova, fundada no artigo 6º, VIII, do CDC, não se opera automaticamente<sup>22</sup>, dependendo de decisão judicial que a determine no caso concreto<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, 1997.

<sup>21</sup> No mesmo sentido, THEODORO JUNIOR, 2004.

<sup>22</sup> Nesse sentido posiciona-se o E. TJRJ, conforme ementa a seguir transcrita: “Acórdão. Apelação cível. Ação de repetição de indébito cumulada com indenização por danos morais. Contrato de empréstimo com garantia fiduciária. Julgamento antecipado da lide. Improcedência do pedido. Alegação do recorrente que o juízo *a quo* haveria incorrido em *error in procedendo*, haja vista suposta violação ao princípio constitucional da ampla defesa. O Magistrado é o destinatário final das provas, importando dizer que compete ao mesmo rechaçar a produção de provas que se revelem desnecessárias ao julgamento da causa. A inversão do ônus da prova, que encontra amparo legal no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, não tem aplicação imediata pelo simples fato de restar configurada a relação de consumo, para tanto faz-se necessária a presença de demais requisitos tais como a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações. Hipossuficiência não vislumbrada, eis que não verificada, no caso em tela, qualquer dificuldade da consumidora produzir provas capazes de demonstrar o direito alegado. Narrativa perpetrada na inicial desacompanhada de mínimo lastro probatório, decorrendo daí a falta de verossimilhança das alegações deduzidas. Inversão do *onus probandi* corretamente indeferida. Ausência de elementos que denotem cobrança indevida de valores, tornando assim inviável a pretensão de repetição do indébito. O dano

Todavia, discute-se qual a *natureza* da atuação do juiz ao decretar a inversão do ônus da prova. O processualista Humberto Theodoro Junior sustenta que se trata de uma *faculdade judicial*. Segundo ele, estando presentes os pressupostos que autorizam a inversão, possui o juiz a faculdade de decretá-la.

No entanto, ousamos divergir de tal posicionamento. A nosso sentir, trata-se, em verdade, de um poder-dever do magistrado, e não uma mera faculdade<sup>24</sup>. Conforme destacado pelo próprio jurista acima mencionado, deve o juiz *verificar a presença* dos pressupostos autorizadores da inversão. Contudo, caso se entenda que o juiz possui uma faculdade, então, ainda que presentes os requisitos, poderá o juiz *optar* discricionariamente entre decretar a inversão do ônus da prova ou não fazê-lo.

A nosso ver, contudo, trata-se de poder-dever, cabendo ao juiz inverter o ônus da prova sempre que considerar presentes os requisitos legais autorizadores, a fim de facilitar a defesa da parte autora. Em outras palavras, estando presente uma das hipóteses legais autorizadas da inversão, emerge para a parte autora o direito de ver o ônus da prova invertido em seu favor, como forma de reequilibrar a relação processual estabelecida entre as partes.

Dito isso, é preciso traçar uma distinção. Com efeito, a nosso sentir, não há discricionariedade judicial quanto à decretação da inversão do ônus da prova, ou seja, não há juízo de conveniência e

---

moral invocado pelo demandante não restou comprovado nos autos, razão pela qual não se tem como prosperar a pretensão compensatória. Recurso desprovido” (AC 45527/2006, rel. des. Maria Helena Martins, julgado em 31.10.2006).

<sup>23</sup> Nesse viés de orientação, BARBOSA MOREIRA, 1997; THEODORO JUNIOR, 2004.

<sup>24</sup> Segundo De Plácido e Silva (1998, p. 344), o termo faculdade significa “poder que se tem para que se faça alguma coisa, seja de ordem física ou de ordem moral. [...] exprime a *possibilidade* de poder fazer ou agir, o que se entende ter autoridade para fazer alguma coisa ou agir de certa maneira para defesa ou aquisição de direitos, ou para o exercício de direitos”.

oportunidade do magistrado sobre a decretação ou não da inversão do ônus da prova, por tratar-se de poder-dever. Por outro lado, forçoso convir que as hipóteses autorizadoras da inversão, notadamente a hipossuficiência e a verossimilhança, consistem em conceitos jurídicos indeterminados. Dessa forma, a sua verificação, no caso concreto, pelo juiz, embora não pressuponha o exercício de discricionariedade judicial propriamente, decerto exige a *interpretação* a ser dada pelo juiz a tais conceitos jurídicos indeterminados<sup>25</sup>.

Ainda acerca da decisão judicial que decreta a inversão do ônus da prova, cumpre destacar a necessidade de fundamentação, em obediência ao artigo 93 da Constituição Federal. Com efeito, a referida decisão acarretará um gravame à parte ré, incrementando o seu ônus probatório. Diante disso, sobreleva a necessidade de o juiz apresentar claramente os fundamentos que motivaram a concessão da inversão ou, de outra parte, o seu indeferimento, em detrimento do autor. A motivação da decisão permite, como salientamos em momento anterior do presente trabalho, o controle e a sindicabilidade pelas partes, constituindo um fator legitimador da função jurisdicional e consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira, em citada obra, destaca, com propriedade, que não basta a mera alusão, pelo juiz, da norma sobre a qual lastreia a sua decisão, tampouco a transcrição literal da disposição legal. Cabe ao magistrado apontar os fundamentos, extraídos dos autos, que justificam ou não a inversão do ônus da prova.

## **7 Efeitos da inversão do ônus da prova**

São considerados efeitos da inversão do ônus da prova:

---

<sup>25</sup> WAMBIER, T.A.A., 2006.

- (a) a isenção ao consumidor de provar o nexo causal, em caso de responsabilidade objetiva;
- (b) em caso de responsabilidade subjetiva, isenção ao consumidor de provar, outrossim, o fato de que o réu teria agido com culpa ou dolo;
- (c) transferência, ao réu, do respectivo ônus de que fora o autor isentado;
- (d) possibilidade de o fato alegado pelo autor ser reputado verdadeiro, com a (provável) consequência de ser o mérito julgado favoravelmente ao demandante, caso o réu não se desincumba do novo ônus que lhe foi transferido.

No entanto, tem-se que a inversão do ônus da prova não possui o condão de liberar o consumidor de comprovar a *ocorrência do dano*, o que lhe compete<sup>26</sup>.

## **8 Teoria da carga dinâmica da prova**

Cumpra, nesse momento, abordar, ainda que sucintamente, a teoria da carga dinâmica da prova, tendo em vista a sua íntima relação com o tema ora em estudo. Com efeito, a teoria da carga dinâmica da prova rompe com a visão estática tradicional da prévia distribuição do ônus da prova entre as partes, a fim de adequar a distribuição *ao caso concreto*, atribuindo o ônus da prova à parte que estiver em melhor condição de fazê-lo.

Essa teoria abandona o prévio e abstrato estabelecimento do ônus probatório e sustenta que a atribuição do ônus da prova independe da posição que as partes ocupam no processo. De igual sorte,

---

<sup>26</sup> Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, 1997.

será de pouco relevo a natureza do fato invocado (constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo do direito). Ao revés, assumem relevo para a aplicação do citado princípio as *particularidades do caso concreto* e a *natureza do fato a ser provado*, com o objetivo de se imputar o encargo à parte que, *pelas circunstâncias concretas*, possua melhores condições de fazê-lo<sup>27</sup>.

Cumprir registrar que esse princípio foi amparado no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria dos professores Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe, estando previsto no artigo 11<sup>28</sup>.

É autorizado afirmar que a teoria da carga dinâmica da prova se mostra mais abrangente do que o mecanismo de inversão do ônus da prova. Isso porque a decretação da inversão do ônus da prova, tal qual adotada em nosso ordenamento jurídico, depende da verificação da presença de requisitos ditados pela lei, como a

---

<sup>27</sup> NASCIUTTI, 2006.

<sup>28</sup> “§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, § 5º, inciso IV).

§ 4º O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.”

hipossuficiência e a verossimilhança. Com efeito, prevalece a distribuição do ônus da prova previsto no artigo 333 do CPC, cabendo ao juiz afastar essa regra, em caráter excepcional, caso verifique o preenchimento dos requisitos legais. A teoria da carga dinâmica da prova, por outro lado, abandona qualquer previsão legal abstrata de distribuição do ônus da prova (como aquela prevista no artigo 333 do CPC) e privilegia as particularidades do caso concreto, portanto, sem atentar para qualquer balizamento legal, o que ocorre quanto à inversão do ônus da prova.

## **9 Distinção entre ônus da produção da prova e ônus financeiro da prova**

A jurisprudência corretamente traçou a distinção entre ônus da produção da prova e ônus financeiro da prova. Com efeito, pela inversão do ônus da prova, transfere-se ao réu o ônus de comprovar determinado fato, alegado pelo autor. Nesse passo, caso não sejam produzidas as provas necessárias a afastar as alegações tecidas pelo autor, elas serão reputadas verdadeiras.

Com isso não se confunde o ônus financeiro pela produção dos meios de prova. Ainda que seja invertido o ônus da prova, caso o autor insista na produção de determinada prova, não poderá o réu ser compelido a seu pagamento. Com efeito, caso a prova requerida pelo autor não venha a ser produzida em razão de o réu ter se negado a custeá-la e o juiz entender que a parte ré não se desincumbiu do ônus que lhe fora imposto em razão da inversão do ônus da prova, a consequência será a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, em desfavor do réu<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Nesse sentido se posiciona o E. Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do seguinte aresto: “Consumidor. Recurso especial. Inversão do ônus da prova. Responsabilidade pelo custeio das despesas decorrentes de sua produção. Preceden-

## 10 Conclusão

Por todo o exposto, verificamos que o instituto da inversão do ônus da prova consiste em instrumento de vanguarda destinado a restabelecer o equilíbrio entre as partes do processo, desfeito em razão da hipossuficiência da parte autora. Esse desequilíbrio se verifica na relação de direito material – seja a relação de consumo, seja a relação empregatícia – e reflete diretamente na relação processual, podendo, inclusive, comprometer o acesso à justiça e a isonomia.

Atentos a essa problemática, tanto o legislador pátrio quanto os tribunais brasileiros vêm disciplinando o instituto e acolhendo-o no cotidiano forense como meio eficaz de garantir a persecução das garantias constitucionais processuais.

---

tes. Prova pericial requerida apenas pelo consumidor. Ônus pelo adiantamento do pagamento dos honorários do perito. Art. 33 do CPC. – *Conforme entendimento da 3ª Turma, a inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor.* No entanto, sofre as consequências processuais advindas de sua não-produção. – Se a prova pericial foi requerida apenas pelo autor, é apenas ele quem deve adiantar o pagamento dos honorários periciais, conforme determina o art. 33 do CPC, ainda que à demanda seja aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial conhecido e provido” (Resp 661149/SP, 3ª Turma STJ, rel. min. Nancy Andrighi, julgado em 17.8.2006). No mesmo viés de orientação posiciona-se o E. TJRJ, consoante se infere do seguinte julgado: “Consumidor e processual civil. Demanda contra concessionária de serviços de energia elétrica, sob alegação de irregularidades no sistema de medição sob sua responsabilidade, bem como contra cobrança de consumo energético recuperado. Formulação de requerimento de prova pericial por ambas as partes, sendo o autor beneficiário da gratuidade de justiça. Decisão impugnada que determina a partição por igual do encargo relativo aos honorários de perícia. Inversão do ônus da prova. Assistência judiciária. Aplicação do art. 6º, VIII, CDC, e art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50. *Inversão do ônus probatório que não produz o efeito de obrigar o fornecedor a pagar as custas da prova requerida por ambas as partes ou somente pelo consumidor, sujeitando aquele, entretanto, a sofrer as consequências processuais advindas da falta da respectiva produção.* Parcial provimento do agravo de instrumento” (AI n. 19837/2006, 3ª Câmara Cível, rel. des. Luis Fernando de Carvalho, julgado proferido em 4.10.2006).

Com efeito, conclui-se que o instituto da inversão do ônus da prova, sendo utilizado com racionalidade e prudência, insere-se no contexto maior de garantia da cidadania e de acesso à justiça, valores tão caros ao Estado Democrático de Direito.

## **Referências**

ALVES, Maristela da Silva. O ônus da prova como regra de julgamento. In: \_\_\_\_\_. *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A facilitação do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa e a inversão do ônus da prova no CDC e na CLT. In: \_\_\_\_\_. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade*. São Paulo: LTr, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1 e 3.

FERNANDEZ, Atahualpa. A desigualdade como critério de distribuição do ônus da prova. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, ano 12, 2002.

GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LIMA, Maria Marta Moreira de. *Acidentes do trabalho: responsabilidades relativas ao meio ambiente laboral*. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 3 nov. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <[www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br)>. Acesso em: 10 out. 2006.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NASCIUTTI, Fernanda Rochoael. *Cargas probatorias dinâmicas*. Dissertação inédita. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Livre apreciação da prova: perspectivas atuais*. Disponível em: <[www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br)>. Acesso em: 10 out. 2006.

PRATES, Clarice Couto e Silva de Oliveira. *A prova pericial no processo de acidente do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o ônus da prova*. Disponível em: <[www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br)>. Acesso em: 10 out. 2006.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.



# Idoso-vítima e idoso-agente: legitimidade da distinção

Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Evolução do conceito de idoso para fins penais. 3 Inexistência de dualidade no conceito de idoso para fins penais. 4 Legitimidade na diferença de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

A Lei n. 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, definiu, em seu art. 1º, o conceito de pessoa idosa, ao dizer que se destinava a regular os direitos das pessoas com idade igual ou superior a *sessenta* anos. Como os arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, parte final, todos do Código Penal, e o art. 117, I, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) conferem um tratamento penal diferenciado somente a quem tem *setenta* anos, surgiu na doutrina e foi suscitado na casuística entendimento conforme o qual seria descabido um regime penal diverso entre quem tem sessenta e setenta anos, impondo-se a adoção de um conceito uniforme de idoso para fins penais.

Neste texto, discorrer-se-á a respeito do conceito de idoso para fins penais, tentando-se mostrar que o conceito de idoso, inclusive para fins penais, é apenas um e isso, por si só, não impede a diferença de tratamento penal entre quem tem sessenta e quem tem setenta anos.

---

\* Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior é Procurador da República, graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).

## 2 Evolução do conceito de idoso para fins penais

Segundo se mostrou, hoje é o art. 1º da Lei n. 10.741/2003 que dá o conceito de idoso, considerando como tal a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. No regime jurídico-penal anterior ao advento do Estatuto do Idoso, o Código Penal, em seu art. 61, II, *h*, tratando de circunstâncias agravantes, não falava em idoso nem em pessoa idosa (termos empregados como sinônimos tanto na Lei n. 10.741/2003 quanto neste trabalho). A referência era a “velho”. Tal dispositivo foi alterado pelo art. 110 da Lei n. 10.741/2003 e agora a circunstância agravante do art. 61, II, *h*, incide quando o crime for praticado contra pessoa “maior de sessenta anos”, ou seja, contra idoso, segundo o referido art. 1º da Lei n. 10.741/2003.

Em face da redação anterior do Código Penal, que impunha o aumento da pena no caso de a vítima ser velho, havia entendimento segundo o qual, para poder ser aplicada a circunstância agravante, era necessário que o sujeito passivo (vítima) efetivamente estivesse em uma situação de inferioridade em relação ao sujeito ativo (agente) do crime, sem o que o aumento da pena era injustificado. Não se fazia menção a nenhuma idade<sup>1</sup>. Outra corrente defendia que velho era quem se encontrasse em situação de senilidade, de decrepitude, independentemente da idade, presumindo-se, contudo, a velhice no caso de idade igual ou superior a setenta anos, por força do tratamento mais benéfico que o Código Penal dava (e ainda dá) às pessoas com essa idade (arts. 65, I, 77, § 2º, e 115)<sup>2</sup>. Há, inclusive, aresto no qual, tratando especifica-

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, JESUS, 2000, p. 216-217.

<sup>2</sup> Assim NUCCI, 2002, p. 252; MIRABETE, 2002, p. 300; DELMANTO, 2002, p. 122; e CAPEZ, 2001, p. 411-412. O Supremo Tribunal Federal também assim já decidiu: “consoante o sistema do Código Penal, há a presunção *juris et de jure* de que velho é aquele que atinge os 70 anos, sendo que, com relação aos de idade inferior a essa,

mente da agravante no caso de crime cometido contra “velho”, lê-se que

o dado cronológico, por si só, é insuficiente. Só ocorre o recrudescimento da pena quando o agente se vale das conseqüências físicas, mentais ou psíquicas que a idade pode acarretar. O delinqüente, por exemplo, prevalece-se do maior vigor físico para alcançar a consumação. Urge, pois, caracterizar o aproveitamento das disparidades, ou do enfraquecimento das reações. Caso contrário, não incidirá a agravante. O conceito é normativo. Insuficiente o dado biológico<sup>3</sup>.

Na sistemática atual, o conceito de “idoso” ou de “pessoa idosa” é objetivo, unicamente cronológico. Por exemplo, os crimes que falam em “idoso” ou em “pessoa idosa” têm como sujeito passivo as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, não havendo mais que se falar em conceito normativo, aberto, a ser determinado pela presença ou não, no caso concreto, de uma situação de inferioridade, de maior debilidade ou sensibilidade, até porque, conforme a seguir se verá, a razão de ser da proteção ao idoso não reside mais apenas nas condições físicas da pessoa idosa, mas também, e principalmente, em uma tutela de sua qualidade de vida (ver item 4). O Estatuto do Idoso passou a tipificar determinadas condutas quando elas são praticadas contra pessoas de idade igual ou superior a sessenta anos, não sendo legítimo concluir que tal diploma legislativo, de cunho assumidamente protetor das vítimas dessa faixa

---

não há limite certo para a fixação de quando começa a velhice, razão por que o saber se alguém, menor de 70 anos, é, ou não, velho depende de circunstâncias de fato aferíveis caso por caso” (RE 85414/MG, 2ª T., rel. min. Moreira Alves, unânime, j. em 24.8.1976, *DJ* de 29 set. 1976).

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 15340/SP, 6ª T., rel. min. Vicente Cernicchiaro, unânime, j. em 11.2.1992, *DJ* de 23 mar. 1992, p. 3491. Igualmente exigindo superioridade física do sujeito ativo, v. NORONHA (1997, p. 261).

etária, deixou espaço para indagações casuísticas sobre a presença de senilidade, inferioridade, decrepitude, enfraquecimento ou qualquer outra circunstância. Assim como o tratamento mais benéfico para as pessoas maiores de setenta anos que praticam crimes sempre foi e ainda é objetivo (Código Penal, arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, e art. 117, I, da Lei n. 7.210/1984), a proteção penal para as de idade igual ou superior a sessenta anos que são vítimas também passou a ser, a partir do art. 1º da Lei n. 10.741/2003. A mudança na redação do art. 61, II, *h*, do Código Penal, feita pela Lei n. 10.741/2003 (art. 110), trocando a denominação “velho” por “maior de sessenta anos”, é muito significativa desse tratamento puramente objetivo.

### **3 Inexistência de dualidade no conceito de idoso para fins penais**

O art. 61, II, *h*, do Código Penal, em sua redação atual, agrava a pena quando o crime tiver como vítima pessoa maior de sessenta anos. Também todos os crimes previstos na Lei n. 10.741/2003 têm como vítima o idoso ou a pessoa idosa, assim entendida como aquela com sessenta anos ou mais (p. ex., arts. 96 a 108 do Estatuto do Idoso). Igualmente aplica-se aos crimes praticados contra vítimas idosas a causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, que também fala em sessenta anos. Tem-se aqui, nesses casos, a figura do idoso-vítima.

Os arts. 65, I, 77, § 2º, 115, todos do Código Penal, e 117, I, da Lei de Execução Penal, por sua vez, dão tratamento mais benéfico a quem conta setenta anos e é sujeito ativo de crime. Com efeito, tais dispositivos atenuam a pena, aumentam o âmbito de incidência da suspensão condicional da pena, reduzem o prazo prescricional e permitem o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar para quem tem mais de setenta anos. Todos os dispositivos estabelecem a idade de setenta anos como aquela

a partir da qual o agente do crime deve receber tratamento mais favorável. É a figura do idoso-agente.

Em doutrina já se sustentou que essa (aparente) diversidade no conceito de idoso para fins penais significaria uma antinomia, além de agressão ao princípio da igualdade. Sugeriu-se, então, uma uniformidade de tratamento tanto para o idoso-vítima quanto para o idoso-agente, adotando-se como parâmetro a idade de sessenta anos<sup>4</sup>.

Essa tese, contudo, não é a melhor, por diversas razões, sendo a primeira delas histórica. É que sempre houve uma distinção no regime jurídico destinado ao idoso-agente e ao idoso-vítima. Os arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, que tratam do idoso-agente, têm seus textos e posições topográficas atuais dados pela Lei n. 7.209/1984. Na redação original do Código Penal (a de 1940, isto é, antes da Lei n. 7.209/1984), esses artigos correspondiam, respectivamente, aos arts. 30, § 3º, 48, I, e 115. Já nessa versão de 1940 do Código Penal, o tratamento jurídico do idoso-agente era vinculado expressamente à idade de setenta anos. A Lei n. 7.209/1984, embora tenha alterado o conteúdo e a localização dos (então) arts. 30, § 3º, 48, I, e 115 do Código Penal, manteve na redação dos (hoje) arts. 65, I, 77, § 2º, 115, do Código Penal a mesma menção explícita, já existente, à idade de setenta anos.

Também o atual art. 61, II, *h*, do Código Penal, que cuida do idoso-vítima, teve sua redação e posição topográfica estabelecidas pela Lei n. 7.209/1984. Esse artigo equivale ao art. 44, II, *i*, do Código Penal, em sua redação original de 1940. Tanto no texto original quanto no de 1984 a referência a “velho” estava presente,

---

<sup>4</sup> Cf. MARTY, 2005. O autor diz ser a doutrina de Luiz Régis Prado no mesmo sentido.

só tendo sido alterada, conforme se mostrou no item anterior, pelo art. 110 do Estatuto do Idoso.

Pode-se concluir, então, que em 1940 e de novo em 1984 o legislador do Código Penal tratou de modo diverso o idoso-agente, vinculando objetivamente seu tratamento jurídico diferenciado à idade de setenta anos, e o idoso-vítima, para este valendo-se do conceito aberto “velho”, o qual, como se viu, ligava-se à inferioridade ou à debilidade e não à idade. O tratamento jurídico do idoso-vítima e o do idoso-agente, portanto, era diferenciado. A idade do idoso-vítima, em razão da vagueza do conceito de velho, podia ou não coincidir com a idade de setenta anos, que sempre foi o (único) parâmetro objetivo para o idoso-agente.

Essa conclusão é reforçada quando se observa que o art. 117, I, já agora da Lei n. 7.210/1984, mais uma vez, tratando do idoso-agente, valeu-se da idade de setenta anos, quando poderia ter equiparado o tratamento jurídico do idoso-agente e do idoso-vítima.

Nesse contexto, a Lei n. 10.741/2003, editada precisa e especificamente para cuidar dos direitos dos idosos, apenas manteve a sistemática anterior de diversidade de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente. Por isso, não obstante tenha feito diversas alterações no Código Penal (v. art. 110 do Estatuto do Idoso), a Lei n. 10.741/2003 não procedeu a qualquer mudança nos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, *in fine*, todos do Código Penal, nem no art. 117, I, da Lei n. 7.210/1984. Na verdade, não efetuou nenhuma mudança no tratamento dado ao idoso-agente.

A diferença de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente, inequivocamente mantida e, mais ainda, reforçada pelo Estatuto do Idoso, não tem o condão de criar uma dualidade no conceito de idoso para fins penais. Idoso, ou pessoa idosa, é quem tem mais de sessenta anos, nos termos do art. 1º da Lei n. 10.741/2003.

Esse conceito, aliás, é válido para qualquer fim e não só para fins penais. O que há é a possibilidade de alguém já ser idoso e mesmo assim não dispor ainda das benesses conferidas pelos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei de Execução Penal, sendo isso perfeitamente legítimo.

#### **4 Legitimidade na diferença de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente**

Não existe antinomia nem agressão ao postulado da igualdade quando se trata de modo diferente o idoso-vítima e o idoso-agente, isso porque o critério utilizado para diferenciação (exigir-se setenta anos para o idoso-agente e só sessenta para o idoso-vítima) é perfeitamente razoável. A Lei n. 10.741/2003 é legislação que, ciente de que a população brasileira está, por diversos fatores, vivendo mais, ou seja, de que existe hoje, em relação a épocas anteriores, uma maior quantidade de pessoas idosas, veio fixar objetivamente o conceito de idoso e conferir a este uma série de direitos, visando concretizar, de modo particular, a sua cidadania e propiciar-lhe qualidade de vida.

No âmbito penal, o Estatuto do Idoso buscou proteger, de modo especial, a pessoa idosa contra crimes praticados em seu detrimento, coerente com a *ratio legis* de tentar dar aos idosos maior qualidade de vida. O legislador entendeu que, para o efetivo gozo dos direitos que estava a assegurar, era preciso um reforço na proteção penal do idoso-vítima de crimes. E, nesse contexto e com esse desiderato, alterar o tratamento jurídico do idoso-agente seria desvirtuar o objeto e a finalidade da Lei n. 10.741/2003, porquanto estender o regime penal das pessoas maiores de setenta anos agentes de crime para também abranger as de sessenta não tem qualquer relação com a pretendida melhoria na qualidade de vida dos idosos.

A distinção entre idoso-vítima e idoso-agente desde sempre e ainda hoje albergada pelo sistema penal é inteiramente razoável. Existe uma gradação na proteção do idoso. Se ele é vítima, ou seja, se é sujeito passivo de infração penal, a lei já lhe dá tratamento jurídico diferenciado a partir dos sessenta anos. Por outro lado, se é agente de infração penal, isto é, se é seu sujeito ativo, somente aos setenta anos é que vai passar a dispor dos benefícios concedidos pelos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei n. 7.210/1984. A lei, ao assim dispor, concilia a proteção da qualidade de vida de quem tem sessenta anos (garantia penal do idoso-vítima) com o direito do Estado de perseguir e reprimir também pessoas idosas (tratamento diferenciado para o idoso-agente somente a partir dos setenta anos). Não se trata simplesmente de uma menor proteção do idoso-agente (que dispõe de todo o regime destinado ao idoso-vítima), mas de um equilíbrio de valores. Vale dizer: a posição jurídica do idoso, se agente ou vítima, é, por si só, fator de diferenciação válido, porque as situações são justificáveis e inteiramente distintas.

Afora isso, enquanto as disposições que protegem penalmente o idoso-vítima centram-se em reforçar a garantia de que ele fruirá seus direitos e viverá o restante de sua vida sem perturbações de índole penal, o tratamento do idoso-agente funda-se em razões puramente humanitárias e de expectativa de vida, ou seja, é uma norma baseada em argumentos de misericórdia, para diminuir as chances de que idoso-agente passe o final de sua vida a receber reprimendas penais<sup>5</sup>. É por isso, aliás, que o art. 5º, XLVIII, da

---

<sup>5</sup> O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, referindo-se expressamente aos setenta anos mencionados na norma do art. 115 do Código Penal, em data anterior ao advento da Lei n. 10.741/2003, já consignou que “o espírito da norma deve ser entendido no sentido de se evitar a segregação da pessoa idosa, já imune a qualquer tipo de ressociação, diante de sua reduzida expectativa de vida”, a confirmar ter o art. 115 do Código Penal uma *ratio* eminentemente humanitária e não de

Constituição prevê que o cumprimento da pena levará em conta a idade do apenado.

Se antes, quando o tratamento do idoso-vítima tinha por razão de ser a presença de senilidade, inferioridade, decrepitude ou enfraquecimento (ou seja, a *ratio* da proteção era parecida com os motivos humanitários e de misericórdia que são a base do regime destinado ao idoso-agente), já existia uma diferença entre os regimes do idoso-agente e do idoso-vítima (ver itens 2 e 3), com muito mais razão a partir da vigência da Lei n. 10.741/2003, quando tal tratamento do idoso-vítima passou a ser objetivo e puramente cronológico, baseado na tentativa de assegurar às pessoas maiores de sessenta anos melhor qualidade de vida.

Também comprova ter legitimidade a opção legislativa por tratar diferentemente o idoso-agente e o idoso-vítima – que não é recente, recorde-se (ver item 3) – o fato de o ordenamento conhe-

---

realização de direitos de cidadania ou de qualidade de vida (ACR 92030719717/SP, 5ª T., rel. juíza Ramza Tartuce, j. em 23.6.1997, unânime, DJ de 5 ago. 1997, p. 59532). Também o Supremo Tribunal Federal tem julgado relativamente a idoso-agente visivelmente apoiado em argumentos humanitários e de misericórdia, reforçando a conclusão de que o tratamento mais benéfico a ele destinado, além de ser excepcional, tem lastro puramente na piedade. Segue: “*Habeas Corpus. Paciente idoso condenado por atentado violento ao pudor. Pretensão de transferência para prisão domiciliar em razão do precário estado de saúde do detento.* O fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (art. 1º, inciso III, da CF/88). Por outro lado, incontestável que essa mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionabilíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado. No caso, deixou de haver demonstração satisfatória da situação extraordinária autorizadora da custódia domiciliar. *Habeas corpus* indeferido” (HC 83358/SP, 1ª T., rel. min. Carlos Britto, unânime, j. em 4.5.2004, DJ de 4 jun. 2004, p. 47).

cer outras distinções igualmente razoáveis feitas em razão da idade<sup>6</sup>. Os arts. 227 e 230 da Lei Fundamental conferem uma particular proteção às crianças, aos adolescentes e aos idosos. Isso, todavia, não impediu que o Código Penal, a exemplo do que ocorre com as pessoas idosas, fizesse diferenciações entre as crianças e os adolescentes, conforme se observa, por exemplo, nos arts. 121, § 4º, 126, parágrafo único, 136, § 3º, e 224, *a*, nos quais há uma especial proteção para as pessoas menores de catorze anos. Repare-se que nem todos os adolescentes (que são as pessoas entre doze e dezoito anos de idade – art. 2º da Lei n. 8.069/1990) são abrangidos pela tutela penal (que só vai até os catorze anos), sem que se possa falar em qualquer falta de razoabilidade no sistema. Verifica-se, assim, que, apesar de, constitucionalmente, idosos, crianças e adolescentes serem sujeitos especiais de direitos, as diferenças de tratamento outorgadas a uns e outros pela legislação atendem aos padrões de legitimidade, sendo, por isso mesmo, inteiramente válidas.

Assenta-se, portanto, que as disposições dos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei n. 7.210/1984, que tratam, respectivamente, de circunstância atenuante de pena, do âmbito de incidência da suspensão condicional da pena, da redução do prazo prescricional e da permissão para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar, não são destinadas aos idosos em geral, tais como definidos no art. 1º da Lei n. 10.741/2003, mas tão-só àqueles que, no momento previsto em cada norma, contarem com setenta anos de idade, como expressamente determinam os textos legais.

---

<sup>6</sup> A própria Constituição, documento legislativo em que consta o princípio da igualdade, faz exigências e diferenciações relativamente à idade (p. ex.: arts. 15, § 3º, VI; 73, § 1º, I; 87, *caput*; 89, VII; 101, *caput*; 104, parágrafo único; 107, *caput*; 111, § 1º; 123, parágrafo único; 128, § 1º; 131, § 1º; e 142, X).

O tema já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. Acompanhando inteiramente o parecer do Ministério Público Federal, firmado pela subprocuradora-geral da República Zélia Oliveira Gomes, segundo a qual o Estatuto do Idoso “não se presta a redefinir, ilimitadamente, a faixa etária de abrangência dos benefícios concedidos aos idosos – nos termos da lei –, a não ser aqueles definidos no seu próprio texto”, o ministro Félix Fischer consignou que

o Estatuto do Idoso não deve ser interpretado de forma ilimitada, de modo a alterar dispositivo legal específico do CP, referente à redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença (art. 115 do CP)<sup>7</sup>.

A mesma corte também já entendeu que “o art. 1º do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença”<sup>8</sup>.

## 5 Conclusão

Observa-se, portanto, que o tratamento diferenciado entre o idoso-vítima e o idoso-agente é historicamente consagrado no Direito Penal do Brasil. Essa distinção, para além de ser legítima (porque são diversas as finalidades dos respectivos preceitos legais), é recomendável, porque harmoniza a proteção da qualidade de vida de quem tem sessenta anos com o direito do Estado de perseguir e reprimir também pessoas idosas. Não há, portanto, como se buscar

---

<sup>7</sup> HC 37752/BA, 5ª T., rel. min. Félix Fischer, unânime, j. em 16.12.2004, *DJ* de 21 fev. 2005, p. 200.

<sup>8</sup> RHC 16856/RJ, 5ª T., rel. min. Gilson Dipp, unânime, j. em 2.6.2005, *DJ* de 20 jun. 2005, p. 295.

tratamento idêntico entre o idoso-vítima e o idoso-agente, sendo inaplicável a analogia *in bonam partem* nas duas situações, seja pelo prisma histórico, seja pelo fim a que se destina a lei.

## **Referências**

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARTY, Diego Viola. O Estatuto do Idoso, o Código Penal brasileiro e o princípio constitucional da igualdade: qual o “conceito de idoso” para fins penais? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 153, p. 12, ago. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais



# Controle das câmeras de segurança pelo povo

João Bosco Araújo Fontes Júnior\*  
Renata Orsi Bulgueroni\*\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Enquadramento jurídico-político do problema – implicações. 3 Do controle popular dos instrumentos de vigilância pública e privada.

## 1 Introdução

Em 24 de outubro de 2006, os jornais brasileiros noticiaram um fato capaz de causar insegurança e medo em qualquer cidadão: a prisão, por engano, do jovem Rodrigo Cavalcanti de Melo, em razão de ter sido confundido com assassinos de quatro pessoas em um posto de gasolina, na cidade de São Paulo.

O delito ocorreu em 9 de setembro de 2006. As câmeras de segurança do posto registraram o momento em que dois encapuzados chegaram ao local, disparando contra quatro pessoas que ali conversavam. Também gravaram o instante em que Rodrigo, vizinho do posto e conhecido dos frentistas, dirigiu-se até a localidade

---

\* João Bosco Araújo Fontes Júnior é Procurador Regional da República da 3ª Região (São Paulo/Mato Grosso do Sul), mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e autor dos livros *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: uma teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado* (Del Rey, 2001) e *Liberdades fundamentais e segurança pública: do direito à imagem ao direito à intimidade: a garantia constitucional do efetivo estado de inocência* (Lumen Juris, 2006).

\*\* Renata Orsi Bulgueroni é acadêmica de Direito da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo.

para ver se os colegas estavam bem. Para azar de Rodrigo, contudo, ele usava a mesma roupa que um dos assassinos: calça *jeans* e camisa preta.

As imagens registradas foram entregues à polícia que, embasada exclusivamente nos depoimentos das testemunhas e na roupa usada por Rodrigo, apontou-o como principal suspeito do delito, vendo nele o assassino que retornava ao local do crime. O promotor de Justiça atuante no caso, confiando nos trabalhos realizados no curso do inquérito, requereu a prisão preventiva do jovem, que foi deferida pelo juiz – e, saliente-se, antes mesmo que houvesse qualquer análise pericial das imagens gravadas.

Rodrigo, então, permaneceu 20 dias preso, até que, em razão de denúncia apresentada pela Rede Globo de Televisão, em 25 de outubro de 2006, efetuou-se perícia das imagens, constatando-se que o jovem tinha um perfil físico completamente diferente daquele do verdadeiro assassino, e que, assim, jamais poderia ser o autor do crime. Observa-se, destarte, que Rodrigo foi condenado à prisão em razão, literalmente, da roupa que vestia – calça *jeans* e camiseta preta.

A prisão foi revogada após a denúncia da rede televisiva. Contudo, permanece a sensação de insegurança entre os cidadãos, o medo de que, em certo momento, qualquer pessoa pode ter sua liberdade constringida em razão de meras suspeitas, meros indícios – indícios que, segundo o promotor de Justiça, foram suficientes para a decretação da prisão preventiva de Rodrigo.

Nesse ponto, aponta-se um paradoxo: as câmeras de segurança, instrumento posto à disposição da Administração Pública e também aos particulares em geral, visando proporcionar maior segurança para a sociedade, foram utilizadas como o veículo do cometimento de flagrante injustiça.

Da questão acima aventada aflora naturalmente a interrogação: as câmeras de segurança, hoje presentes em qualquer estabelecimento comercial e nas ruas, gerenciadas tanto pelo Poder Público quanto por particulares, como se deu no caso narrado, não representam, na verdade, um mecanismo de propulsão da já grande insegurança em que vivem hoje os cidadãos? Ademais, sua função, que seria de prevenir e auxiliar na repressão da criminalidade, não estaria sendo vertida para a exacerbação do já intenso desrespeito aos direitos fundamentais?

## **2 Enquadramento jurídico-político do problema – implicações**

A prevenção e a repressão ao crime não podem ser realizadas a qualquer custo. De fato, o espraiamento de incontáveis formas de controle dos cidadãos pelo Estado, prática que também se estendeu aos particulares, costuma resvalar nos imprecisos limites entre a atividade lícita e legítima de segurança e alguns dos direitos fundamentais mais importantes, pois dizem respeito aos direitos de personalidade.

A necessidade de legitimar a atividade estatal consiste em expressão basilar do Estado Democrático de Direito, que, de fato, não corresponde à mera junção dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, antes se constituindo um novo conceito de democracia que agrega os valores da convivência social livre, justa e solidária, em que o poder, emanado do povo, é por este exercido em seu próprio proveito<sup>1</sup>.

A Constituição brasileira institui o Estado Democrático de Direito, contemplando o princípio da soberania popular no pará-

---

<sup>1</sup> Para maior aprofundamento do tema, cf. FONTES JUNIOR, 2006, p. 196 e ss.

grafo único do artigo 1º, que define a fonte da legitimidade do poder político. Assim dispõe o mencionado texto: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Dos termos assinalados, pode-se concluir que a legitimidade do exercício do poder político depende necessariamente da observância do princípio da soberania popular, que se expressa por meio da efetiva participação do povo na definição das pautas do seu destino<sup>2</sup>.

A legitimidade constitui um critério mediante o qual procura-se aceitar ou negar a adequação do poder às circunstâncias da vida social<sup>3</sup>. Segundo Paulo Bonavides, “a legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração”. A questão da legitimidade não é meramente acadêmica e está ligada à exigibilidade da obrigação política, ou seja, ao princípio de que a obediência é devida apenas ao comando do poder legítimo<sup>4</sup>.

A importância da questão da legitimidade do poder político é reiteradamente encarecida desde a Antigüidade, tendo sido magistralmente exposta por Santo Agostinho:

Se se limita a fundar o poder exclusivamente sobre a força, como se faz para distinguir o poder político do poder de um bando de ladrões? Sem a justiça, o que seriam de fato os reinos senão bandos de ladrões? E o que são bandos de ladrões senão pequenos reinos<sup>5</sup>?

---

<sup>2</sup> Cf. SILVA, 2001, p. 116. Segundo José Afonso da Silva, as doutrinas portuguesa, espanhola e alemã sobre o Estado Democrático de Direito fornecem uma configuração desse conceito que foi, por certo, o que influenciou a Constituinte a acolhê-lo na nova Constituição, justificando o recurso à doutrina de Canotilho e Vital Moreira para fundamentar as proposições sobre o assunto na perspectiva da Constituição Federal.

<sup>3</sup> BONAVIDES, 2001, p. 112.

<sup>4</sup> Cf. BONAVIDES, 2001, p. 112, e também BOBBIO, 2000a, p. 91.

<sup>5</sup> Cf. BOBBIO, 2000a, p. 87.

Segundo Gaetano Mosca, a legitimidade é tradicionalmente reconhecida segundo duas fórmulas políticas: a que deriva diretamente de Deus e a que a faz derivar da autoridade do povo, ambas admitindo a necessidade de governar e sentir-se governado não apenas à base da força material e intelectual, mas também à base de um princípio moral<sup>6</sup>.

Na realidade, os princípios da legitimidade adotados ao longo da história podem referir-se a três grandes princípios unificadores: a Vontade, a Natureza e a História. Os dois primeiros são os lembrados por Mosca, enquanto o apelo à História institui a força da tradição como princípio de legitimação, que está na base das doutrinas tradicionalistas do poder, segundo as quais soberano legítimo é aquele que exerce o poder desde tempo imemorial<sup>7</sup>.

Como afirma Max Weber, todo Estado está fundado na força, que é necessária, mas não suficiente para o exercício do poder político, que necessita legitimar o seu uso<sup>8</sup>. No Estado Democrático de Direito, está claro que a legitimidade decorre da autoridade do povo, conforme se depreende com evidência dos textos constitucionais antes referidos. Porém, é necessário observar que o princípio da soberania popular somente se realiza com a *participação efetiva do povo* no poder, implicando a “consonância do poder com a opinião pública, *de cujo apoio depende* (Burdeau)”<sup>9</sup>.

Essa consonância, que se traduz na boa-fé que deve perpassar as relações do Estado com os cidadãos, constitui a verdadeira base do poder político legítimo. O Estado deve saber-se completamente vinculado ao princípio da soberania popular, em razão

---

<sup>6</sup> Cf. BOBBIO, 2000a, p. 88-89.

<sup>7</sup> Cf. BOBBIO, 2000a, p. 90.

<sup>8</sup> Cf. BOBBIO, 2000b, p. 137.

<sup>9</sup> Cf. BONAVIDES, 2001, p. 119. O destaque não é do original.

do qual se encontra obrigado a agir de maneira transparente com os cidadãos, que constituem a fonte do poder legítimo. Assim, para que se considere legítimo o exercício do poder político, de forma que se configure um verdadeiro Estado de Direito Democrático, é mister o reconhecimento ao povo da efetiva titularidade do poder.

Segundo Bobbio,

estes devem ser protegidos de um excessivo controle por parte dos poderes públicos sobre sua esfera privada, e exatamente porque a democracia é o regime que prevê o máximo de controle sobre os poderes por parte dos indivíduos, esse controle só é possível se os poderes públicos agirem com o máximo de transparência<sup>10</sup>.

A formulação da noção política da necessidade de publicidade do poder coube a Kant, que lhe conferiu uma justificação ética. Kant condena o sigilo dos atos de governo e prega a necessidade da sua publicidade, sugerindo regras que obriguem os Estados a prestar contas das suas decisões ao público, impossibilitando a prática dos *arcana imperii*, característica dos Estados despóticos. A formulação kantiana da solução do problema foi exteriorizada na proposição segundo a qual “todas as ações relativas aos direitos dos outros homens, cuja máxima não seja compatível com a publicidade, são injustas”<sup>11</sup>.

Essa abordagem introduz o tema, que será analisado em detalhe adiante, da necessidade de controle sobre o Estado e sobre os particulares que assumem a postura de defenderem-se pela vigilância dos demais, em suma, trata-se da máxima ancestral *quis custodiet custodiet?*

---

<sup>10</sup> BOBBIO, 2000b, p. 414.

<sup>11</sup> Cf. BOBBIO, 2000b, p. 407.

Essa filosofia política, que perpassa toda a civilização ocidental, fundamenta o repúdio às práticas de controle e vigilância que se fazem às escondidas, ainda quando realizadas por particulares, e que consistem em uma intolerável vulneração a direitos fundamentais.

Nesta sociedade tecnológica, em que se multiplicam os controles sobre as liberdades individuais, ao amplo conhecimento já disponível sobre cada um dos cidadãos e à correlata disponibilidade técnica de aprofundá-lo vem somar-se perigosamente o hermetismo do conhecimento técnico completamente inacessível e não controlado e por isso incompatível com o Estado Democrático de Direito, em que todo poder pressupõe limites<sup>12</sup>. Isso dá origem a uma nova espécie de segredo, os *arcana* tecnológicos, que têm gradualmente substituído a decisão política pela decisão técnica.

Essa nova espécie de segredo também precisa ser controlada, pois o poder autocrático não apenas pretende ser capaz de desvendar o segredo dos outros melhor que o poder democrático, mas, se necessário, também o inventa, para poder fortalecer-se e justificar a própria existência. Nessas circunstâncias, rompe-se a legitimidade democrática do Estado, colocando em perigo a liberdade, enquanto a democracia corre o risco de transformar-se no seu contrário<sup>13</sup>.

Por isso, se algumas cautelas são inevitáveis para a manutenção da segurança pública, impõe-se serem limitadas ao estritamente indispensável para a prossecução do interesse público, devendo-se ter sempre em mente que a regra é a liberdade, e o controle, a exceção. Com efeito, as pessoas não podem ser consideradas anteci-

---

<sup>12</sup> Cf. MIRANDA, 1998, t. 4, p. 400. Afirma o autor que, por imperativo de Estado de Direito e de regime democrático pluralista, todo poder deve ser dividido e não pode ser absorvido pelo poder político de conjuntura (o do Governo em funções), nem por poder social algum, designadamente, o poder econômico.

<sup>13</sup> Cf. BOBBIO, 2000b, p. 402-403.

padamente suspeitas de condutas anti-sociais, perdendo a sua intimidade e liberdade em razão de uma hipotética situação de risco, que, na maior parte das vezes, não existe.

A Constituição brasileira acolhe o valor moral que se expressa na publicidade dos assuntos do Estado, positivando, entre os direitos fundamentais, o direito de

receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII).

### **3 Do controle popular dos instrumentos de vigilância pública e privada**

No início do século passado, Foucault afirmou que a nossa sociedade não é de espetáculos, mas uma sociedade de vigilância, prevendo que a extensão progressiva dos dispositivos de controle conduziria a uma “sociedade disciplinar”<sup>14</sup>. A sociedade deste início de século certamente supera largamente as proféticas palavras de Foucault, instigando o estudo do fenômeno da segurança pública no Estado moderno.

Foucault aproveitou a idéia do chamado “dispositivo panóptico”, imaginado pelo jurista e filósofo utilitarista britânico Jeremy Bentham em 1787<sup>15</sup>, que consistia em um sistema de vigilância concebido para ser utilizado inicialmente em estabelecimentos prisionais e que se vale da invisibilidade do observador para gerar no observado a ilusão de estar continuamente vigiado, conduzindo-o

---

<sup>14</sup> FOUCAULT, 2001, p. 178-179.

<sup>15</sup> BENTHAM apud WHITAKER, 1999, p. 32.

a internalizar a regra de comportamento desejada. Ou, nas palavras do seu criador, “a ilusão da constante vigilância: os prisioneiros não estão de fato sempre sob vigilância, eles apenas pensam ou imaginam que estão”<sup>16</sup> e <sup>17</sup>.

A prisão panóptica é uma construção em formato anelar, tendo ao centro uma torre vazada de largas janelas que se abrem para a face interna do anel; a construção do entorno é dividida em diversas celas cujo comprimento atravessa toda espessura da construção; cada cela possui duas janelas, uma que se abre para o exterior, através da qual penetra a luminosidade, e a outra voltada para o interior do círculo, permitindo que a luz atravessasse a cela de lado a lado e projete a silhueta de cada detento para fora da cela sob o campo da visibilidade de um vigia postado na torre central, sem que, entretanto, o prisioneiro saiba se está sendo observado ou não.

Pelo efeito da ignorância do prisioneiro sobre a vigilância que lhe é imposta reside a eficiência do sistema: induz no detento um estado de consciência da permanente visibilidade, assegurando o funcionamento automático do poder, resultando na permanência dos efeitos da vigilância ainda que descontínua a sua ação efetiva. Atente-se que esse aparelho arquitetural consiste em uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce, pois os detentos se encontram presos numa situação de poder de que eles mesmos são portadores<sup>18</sup>.

Superado o problema estrutural da concepção do dispositivo panóptico, que impedia a sua disseminação por toda a textura social, assiste-se à concretização do vaticínio de Foucault: o dispositivo panóptico tecnológico expande-se por infiltração. Hoje o

---

<sup>16</sup> WHITAKER, 1999, p. 33. Tradução livre.

<sup>17</sup> Cf. FONTES JUNIOR, 2006, p. 177 e ss.

<sup>18</sup> Cf. FOUCAULT, 2001, p. 166.

controle eletrônico já faz parte da rotina das pessoas, entorpecidas e alheias à contínua e invasiva compressão da sua liberdade, condicionadas pela cultura dominante, pelos imperativos de técnica e ciência e pela insidiosa modalidade de supressão da liberdade por meio de sua voluntária alienação, em troca das comodidades que a sociedade de consumo oferece.

Com efeito, a vigilância, hoje, faz-se presente em qualquer lugar em que se esteja, assumindo as mais variadas formas, cada vez mais aprimoradas pelos avanços tecnológicos. David Brin informa a difusão desses métodos de controle em diversos países, considerando que já é tarde para se prevenir contra a invasão das câmeras e dos bancos de dados, ou, nas suas palavras, “o gênio não pode ser devolvido de volta para dentro da garrafa”<sup>19</sup>. Ademais, o autor acrescenta que as pesquisas comprovam a grande popularidade da vigilância entre a população, que se sente mais segura quando existem câmeras de monitoração.

No Brasil, a inevitabilidade da vigilância não se apresenta de maneira diversa. Além do constante monitoramento realizado por particulares, justificado pela necessidade que eles têm de melhor controlar seus estabelecimentos comerciais, também o Poder Público vem atuando ativamente nesse campo, exercendo controle sobre as pessoas mediante a utilização das mais variadas formas de vigilância.

Nesse sentido, citem-se as recentes câmeras de segurança instaladas em diversas cidades brasileiras, que, com o monitoramento constante de locais públicos, visam prevenir e reprimir a criminalidade. Na região central da cidade de São Paulo, e.g., há hoje mais de 30 câmeras monitorando cerca de 100 ruas; e o projeto já

---

<sup>19</sup> Cf. BRIN, 1998, p. 5.

visa estender a vigilância a outros bairros. Também em cidades do litoral paulista e do Estado do Rio de Janeiro a monitoração foi implantada, com um amplo aparato tecnológico de análise e controle das cenas gravadas.

No caso da cidade de São Paulo, as imagens provenientes das câmeras são direcionadas a um centro de controle que, por seu turno, as transmite diretamente à Guarda Civil Metropolitana. Se alguma imagem é considerada “suspeita”, imediatamente uma viatura da própria Guarda Civil ou da Polícia Militar dirige-se ao local para identificar o eventual infrator.

Aqui, também merece ser lembrada a recém-publicada resolução do Conselho Nacional de Trânsito (Contran) que prevê a instalação, em até 5 anos, de *chips* eletrônicos em veículos automotores, contendo o número da placa, chassi e código Renavan do automóvel. As informações transmitidas pelos *chips* serão lidas por antenas colocadas em pontos estratégicos da cidade, e serão capazes de identificar a precisa localização dos veículos.

De acordo com o Contran, os *chips* conferirão maior eficiência no combate ao roubo e furto de veículos e de cargas. Doutra parte, contudo, pode-se questionar se o novo sistema não será utilizado para outros fins, tais como para alimentar a indústria das multas, ou até mesmo para propiciar o cometimento de crimes, como seqüestros, com maior precisão.

Entre os particulares, a proliferação da vigilância também atinge níveis elevados. De acordo com notícia publicada no diário “*Link*” do Estado de São Paulo, em 15.1.2006<sup>20</sup>, a indústria da segurança eletrônica privada, em 2004, movimentou cerca de R\$ 900 milhões e mostra-se um ramo em vertiginosa expansão. Nesse caso,

---

<sup>20</sup> Disponível em: <[www.link.estadao.com.br/index.cfm?id\\_conteudo=6206](http://www.link.estadao.com.br/index.cfm?id_conteudo=6206)>.

as imagens consideradas “suspeitas” pelos operadores das câmeras podem ser encaminhadas à polícia que, mediante a realização de perícias, está apta a utilizá-las em suas investigações, identificando elementos de autoria e materialidade de delitos.

Como visto, é irreversível a disseminação dos diversos instrumentos de fiscalização e controle da população, e, particularmente, as câmeras de segurança. Assim, se inevitável é a vigilância da sociedade, tanto pelo Estado quanto pelos particulares, imprescindível se torna a busca por soluções para que tal controle seja exercido em consonância com o princípio da soberania popular, de forma que resguarde direitos e garantias individuais e evite que casos como o do jovem Rodrigo, em que inocentes são vitimados pela ineficiência do aparato estatal, voltem a acontecer.

Aliás, as formas de controle somente tendem a expandir-se, tanto em sua forma privada quanto pública, conforme constata David Brin. Mas o mesmo autor, quando da análise de tal problema, aponta uma forma de melhor utilizar-se essa inevitabilidade do monitoramento, em prol dos cidadãos, para que efetivamente seja exercida a democracia e o controle do poder pela soberania popular.

Nesse sentido, Brin<sup>21</sup> cogita da existência de duas cidades hipotéticas, ambas marcadas pela intensidade da vigilância, mas de formas opostas. Na primeira cidade, as imagens provenientes das inúmeras câmeras existentes são imediatamente direcionadas à central de polícia, onde os agentes de segurança filtram-nas à procura de infrações contra a ordem pública. Já na segunda cidade, as gravações são disponibilizadas a todos os cidadãos que, por meio de televisões integradas a seus relógios de pulso, podem ver qualquer imagem extraída de um ponto na cidade. Diz ele:

---

<sup>21</sup> Cf. BRIN, 1998, p. 4-5.

Aqui, uma caminhante noturna checa para ter certeza de que não há ninguém atrás da esquina que ela está prestes a virar. Perto dali, um jovem atrasado verifica se sua namorada ainda o está esperando em uma fonte da cidade [...]<sup>22</sup>.

Além de garantir o acesso às imagens por toda a população, o que difere a primeira cidade da segunda é que nesta também há câmeras instaladas nas delegacias de polícia, para que os cidadãos controlem a atuação dos agentes de segurança.

Observa-se que a forma de vigilância adotada nessa segunda cidade vem em consonância com o princípio da soberania popular e com a necessidade de legitimação do poder. Com efeito, toda a população tem acesso a todas as imagens que são capturadas pelas câmeras, o que resulta em uma completa democratização do que é monitorado. Por outro lado, a possibilidade de vigilância dos próprios órgãos responsáveis pela segurança implica transmissão do controle a quem ele efetivamente pertence em um Estado Democrático de Direito: o Povo.

Importa salientar, aqui, que a disponibilização, a toda a sociedade, das imagens provenientes das câmeras de segurança, tanto das particulares que vigiam locais públicos ou acessíveis ao público, quanto as públicas, consiste em um projeto que não envolve dispêndio de grandes recursos financeiros e pode se valer de tecnologias já existentes no mercado da segurança. Com efeito, atualmente há inúmeros sítios virtuais que publicam imagens dos principais pontos turísticos de cidades em tempo real, ou mapas das condições climáticas mundiais, por meio de dados enviados via satélite. Por que não, então, utilizarem-se esses sítios para que também sejam disponibilizadas, aos cidadãos, as imagens gravadas pelas câmeras de segurança espalhadas pelas cidades?

---

<sup>22</sup> Cf. BRIN, 1998, p. 4. Tradução livre.

Certamente, se todos tivessem acesso àquilo que, hoje, é registrado pelas câmeras, o que ocorreu com Rodrigo não aconteceria, uma vez que a fiscalização exercida pelo legítimo detentor do poder sobre os seus representantes teria um papel fortemente inibidor do abuso de poder, inviabilizando a prática de atos arbitrários e injustificados.

Atualmente, é cediço que as formas de monitoramento são completamente monopolizadas pelo Poder Público, restando aos cidadãos apenas se resignarem a elas. Nesse sentido, é dever da população, ante a inevitabilidade de tais medidas, buscar alternativas para que elas sejam utilizadas em prol da sociedade, contribuindo efetivamente para sua segurança e não para sua opressão. Nesse sentido, a melhor forma de se fazer bom uso das novas tecnologias contempla, essencialmente, a disponibilização das imagens gravadas pelas câmeras a toda a população, por meio de acesso a sítios *on-line* – medida que deve ser implementada o mais brevemente possível.

Para que tal seja consolidado, todavia, é mister que os próprios cidadãos se conscientizem de que as câmeras, se de um lado conferem maior efetividade no combate e repressão à criminalidade, também podem representar severas agressões a seus direitos fundamentais. Aceitar com passividade a vigilância, da forma como hoje ela é feita, é abrir mão do maior bem que o Estado Democrático de Direito confere à sociedade: a possibilidade de exercício de seu poder soberano de controle do aparato estatal.

Imprescindível, destarte, que os cidadãos se insurjam contra o monopólio da vigilância praticado pelo Estado, questionando a efetiva legitimidade de seus fins. Ademais, devem analisar se essas finalidades estão realmente sendo alcançadas, ou se, ao contrário, o monitoramento da população vem sendo vertido para a prática

de atos arbitrários e contrários aos direitos fundamentais, como o que ocorreu com Rodrigo. Enfim, cabe à sociedade o poder de efetivamente fiscalizar seus representantes, exercendo, assim, sua soberania popular.

## **Referências**

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRIN, David. *The transparent society: will technology force us to choose between privacy and freedom?* New York: Perseus Book, 1998.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. *Liberdades fundamentais e segurança pública: do direito à imagem ao direito à intimidade: a garantia constitucional do efetivo estado de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEICH, Daniel Hessel. Big Brother sai da TV, ganha as ruas e vira bom negócio no Brasil. *O Estado de S. Paulo*, 15 jan. 2006.

Disponível em: <[www.link.estadao.com.br/index.cfm?id\\_conteudo=6206](http://www.link.estadao.com.br/index.cfm?id_conteudo=6206)>. Acesso em: 21 out. 2006.

WHITAKER, Reg. *The end of privacy: how total surveillance is becoming a reality*. New York: The New York Press, 1999.

# Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas



# A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo

Gustavo Tepedino\*

Honra-nos o Grupo de Trabalho sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos, instaurado no âmbito da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, por meio do ilustre Procurador Regional da República, professor Daniel Sarmiento, ao solicitar Opinião Doutrinária do Instituto de Direito Civil, no âmbito de procedimento administrativo instaurado por representação de entidades civis, acerca da interpretação constitucionalmente legítima do art. 1.793 do Código Civil brasileiro.

A presente Opinião Doutrinária foi dividida em 3 (três) eixos temáticos, abaixo desenvolvidos, ao fim dos quais se segue uma síntese das conclusões alcançadas.

1. Relações familiares na legalidade constitucional. Pluralidade de modelos e pressupostos para sua configuração. A interpretação do art. 226 da Constituição da República. A indicação meramente exemplificativa das entidades familiares. Inconstitucionalidade da interpretação redutiva do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro.

---

\* Gustavo Tepedino é Presidente do IDC, Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ, Doutor em Direito Civil na Università degli Studi di Camerino, Itália, Professor do Programa de Doutorado em Direito Privado Comparado na Università degli Studi del Molise, Itália, Professor Visitante na University of San Francisco, Califórnia, e na Université de Poitiers, França, e Diretor da *Revista Trimestral de Direito Civil*.

2. A funcionalização das entidades familiares aos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Entidades familiares de fato e critérios para o seu merecimento de tutela. Liberdade para a constituição de entidades familiares e liberdade de orientação sexual. Uniões de pessoas do mesmo sexo.

3. A interpretação necessária do art. 1.723 à luz da ordem pública constitucional. Estatuto jurídico da entidade formada por pessoas do mesmo sexo: igualdade da união estável no que concerne às relações existenciais e patrimoniais entre os companheiros, bem como ao seu regime sucessório.

## **1 Relações familiares na legalidade constitucional. A pluralidade de modelos e pressupostos para sua configuração. A interpretação do art. 226 da Constituição da República. A indicação meramente exemplificativa das entidades familiares. Inconstitucionalidade da interpretação redutiva do art. 1.723 do Código Civil brasileiro**

No âmbito da extraordinária transformação do direito de família na experiência brasileira dos últimos cinquenta anos, adquire proeminência a alteração dos valores que fundamentam as relações existenciais e as comunidades intermediárias, capazes de redefinir os pressupostos de configuração e as finalidades das entidades familiares<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme se observou em outra sede: “À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes” (TEPEDINO, Gustavo. *Novas*

Tal processo evolutivo tem seu divisor de águas impresso na Constituição da República de 5 de outubro de 1988. Até então, assistiu-se à ampliação gradual dos direitos da mulher casada, que se emancipa com a Lei n. 4.121, de 22 de setembro de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, bem como à redução da abjeta desigualdade dos filhos, especialmente após a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a Lei do Divórcio, a qual, como se sabe, regulamentou a dissolução do casamento, o divórcio e a constituição de novo vínculo matrimonial, com fulcro na Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. Ao mesmo tempo, a família não fundada no casamento passou a ser admitida, por obra de corajosa jurisprudência, legitimando-se pouco a pouco as uniões estáveis, não só no âmbito do direito das obrigações, mas no seio do direito de família<sup>2</sup>.

As sucessivas intervenções legislativas, contudo, que refletiam a mudança no pensamento e na identidade cultural da sociedade brasileira, só em 1988 encontrariam fundamento axiológico para a plena consecução de suas finalidades sociais. A Constituição da República traduziu a nova tábua de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundantes do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família.

---

formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372-373). Confira-se também PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243-245.

<sup>2</sup> A evolução jurisprudencial em matéria de união estável é passada em revista por Edgar de Moura Bittencourt (*Concubinato*. 2. ed. rev. São Paulo: LEUD, 1980, p. 61 e ss.).

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 dos princípios constitucionais, 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 humana<sup>3</sup>.

No sistema pré-constitucional, a concepção de *unidade familiar* se confundia com a *união formal do matrimônio*, justificando-se, assim, segundo a lógica do sistema, a atribuição da chefia da sociedade conjugal ao marido, o sacrifício da liberdade da mulher, a submissão dos filhos ao arbítrio do pai e a preservação, a todo custo, do vínculo conjugal, modelo único admitido pelo ordenamento para a constituição da família. Fora do casamento, não havia família, não havia direito de família, não havia direito.

Na legalidade constitucional, ao reverso, não se reconhece a proteção do casamento ou de qualquer núcleo de convivência em

---

<sup>3</sup> Seja consentido, mais uma vez, remeter a Gustavo Tepedino: “Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos” (A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397).

si mesmo considerado. Tampouco se admite valor institucional a modelo de família que justifique a tutela de interesse supra-individual, em favor de concepções pré-legislativas, estatais ou religiosas, a prescindir da concreta realização da pessoa na comunidade familiar. Asseguram-se a liberdade privada na constituição e preservação da família, a redução das desigualdades dos vulneráveis no seio familiar em busca da verdadeira igualdade, o respeito à intimidade e às opções individuais e a responsabilidade de cada membro da família para com a promoção dos demais. Tais são os elementos essenciais de legitimação funcional do núcleo familiar na ordem pública constitucional.

Tais premissas metodológicas para a compreensão do direito de família contemporâneo encontram-se insculpidas nos princípios fundamentais da Constituição da República, valendo ressaltar a dignidade da pessoa humana, inserida pelo art. 1º, III, como fundamento da República, e a solidariedade e a isonomia substancial, estabelecidas como objetivos fundamentais. É ver-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III – a dignidade da pessoa humana; [...].

Art. 3º Constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; [...].

Ao lado de tais princípios, deliberadamente introduzidos pelo constituinte como fundamento e objetivos da República, registre-se, especificamente no que tange ao direito de família, o teor do art. 226, que assim dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A leitura dos preceitos transcritos indica, de imediato, três opções valorativas bem definidas, que associam direitos e deveres:

- a) *o caráter instrumental da família*, como comunidade intermediária concebida para a realização da pessoa humana e de sua dignidade, na solidariedade constitucional;
- b) *a pluralidade das entidades familiares*, garantidora do respeito à liberdade e às diferenças individuais, mediante indicação não taxativa do rol das entidades familiares dignas de tutela;
- c) *a liberdade (de forma) para a constituição da família*, vinculada à funcionalização (desta mesma liberdade individual de pla-

nejar a convivência familiar) ao princípio da dignidade da pessoa humana e à paternidade responsável.

A compreensão da primeira opção indicada mostra-se indispensável para a exegese de toda a disciplina normativa do direito de família. De fato, a pessoa humana foi elevada a valor máximo pelo constituinte e o princípio da solidariedade, que lhe é correlato, torna as comunidades intermediárias, e notadamente as entidades familiares, formações sociais funcionalizadas à promoção de seus integrantes.

As entidades familiares encontram-se constitucionalmente tuteladas, portanto, não em razão de algum pretenso valor intrínseco que lhes seja reconhecido, mas como instrumento para a realização da personalidade humana na solidariedade constitucional. Vale dizer, o constituinte protege o casamento (somente) na medida em que o núcleo conjugal serve de lócus ideal para a tutela da pessoa. No momento em que deixa de sê-lo, é o próprio constituinte quem prevê o divórcio (CF, art. 227, § 6º), a garantir, assim, a liberdade de escolhas individuais e a confirmar o caráter instrumental das entidades familiares<sup>4</sup>. Na mesma esteira, o art. 1.511 do Código Civil de 2002 determina que “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida”, de tal modo que a preservação do vínculo conjugal somente se justifica na medida em que a entidade familiar por ele constituída se mostre apta à realização de projeto de vida em comum digno de tutela segundo a ordem constitucional.

---

<sup>4</sup> “A família inscrita na Constituição de 1988 é a família-instrumento, funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros. Não mais subsiste a família-instituição, a qual deveria ser protegida a todo custo, pois valia por si só. Não importava a liberdade e realização de seus integrantes, mas sua preservação irrestrita, inclusive com uma hipócrita paz doméstica” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29).

A segunda opção constitucional mencionada decorre, novamente, da tutela da liberdade individual, contida na dignidade humana, a qual se associa à solidariedade e à igualdade constitucionais, encontrando-se visceralmente embutida no Estado Democrático de Direito, que é incompatível com a discriminação de qualquer natureza. A admissão de uma multiplicidade de espécies de constituição da família permite que o núcleo de convivência familiar possa refletir as escolhas individuais indispensáveis à realização da pessoa como ser único. Além disso, traduz a solidariedade do grupo social para com cada uma dessas escolhas, que tornam igualmente protegidas as pessoas em sua singularidade, reduzindo-se as desigualdades advindas das circunstâncias econômicas, sociais e culturais em que vivem.

Se a tutela da personalidade deflui da cláusula geral de proteção da dignidade humana, e se o respeito à intimidade afigura expressão essencial da personalidade, mostra-se imperativa a obediência às escolhas individuais quanto à constituição do núcleo familiar, excluindo-se a definição apriorística de padrões preconceituosos para a convivência em família.

Aludidas definições íntimas e recônditas expressam não somente a liberdade de viver em família como *o direito fundamental a ter família*<sup>5</sup>, daí decorrendo 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

---

<sup>5</sup> Sobre o ponto, v. Luiz Edson Fachin: “No domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo. O acervo, entretanto, aí não acaba. Respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, ao direito de constituir família e de protegê-la, entre outros, são garantias desse rol” (*Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37).

arraigados a preconceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica.

Em conseqüência da pluralidade de entidades familiares – decorrente sempre da liberdade fundamental à constituição do núcleo familiar –, deriva necessariamente a terceira opção constitucional acima apontada, qual seja, a possibilidade para o estabelecimento da forma constitutiva da própria família<sup>6</sup>. O constituinte a um só tempo assegura a autonomia individual para o planejamento da convivência familiar e vincula tal liberdade à responsabilidade para com a promoção da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade que devem nortear a convivência familiar.

Em tal cenário, aos critérios para a legitimidade constitucional de uma determinada entidade familiar associam-se a seriedade de propósitos e a aptidão para a função promocional da pessoa humana. Por isso mesmo, não se pode admitir qualquer interferência legislativa ou interpretativa restritiva de tais opções constitucionais, sob pena de se aniquilar a finalidade axiológica atribuída pelo constituinte às entidades familiares.

Nessa esteira, torna-se manifestamente inconstitucional a restrição de modelos familiares por conta da orientação sexual dos conviventes, com a admissão somente de famílias constituídas por casais heterossexuais, em desapareço dos princípios constitucio-

---

<sup>6</sup> Conforme assinala Heloisa Helena Barboza, “a liberdade é garantida em vários incisos do art. 5º, que assegura aos indivíduos a livre manifestação de pensamento, de crença, de exercício de qualquer trabalho, de locomoção, de reunião, de associação. Não seria razoável limitar a liberdade no que se refere ‘às relações mais íntimas e mais intensas do indivíduo no social’, na constituição de família ou à forma de fazê-lo, no momento em que se atribui à família o ‘importantíssimo papel na promoção da dignidade humana’” (Direitos sucessórios dos companheiros. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 898).

nais acima aludidos. Daqui decorre, igualmente, a necessidade de interpretação do art. 1.723 do Código Civil consoante os mesmos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade, impondo-se o cumprimento de tais preceitos fundamentais. Nessa direção, confira-se o teor do dispositivo codificado: “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”.

Duas interpretações poderiam aflorar do dispositivo transcrito: uma restritiva e, portanto, violadora dos princípios constitucionais invocados, e por isso mesmo aqui repudiada, que limitaria o reconhecimento de entidades familiares – fora do vínculo matrimonial – à união estável heterossexual ali expressamente veiculada; a outra, ao contrário, compatível com o Texto Maior, e, desse modo, mandatária, pela qual são reconhecidas, no âmbito de incidência do art. 1.723 do Código Civil, ao lado da união estável formada entre o homem e a mulher, outras entidades familiares capazes de promover a pessoa humana, como o são, exemplificativamente, as entidades monoparentais, formadas por um dos genitores com os seus filhos, e igualmente as entidades familiares formadas por duas pessoas do mesmo sexo, em união afetiva e comunhão de vida, com objetivo de realização plena da personalidade de seus integrantes<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 55, 2002).

2 A funcionalização das entidades familiares aos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Entidades familiares de fato e critérios para o seu merecimento de tutela: liberdade para a constituição de entidades familiares e liberdade de orientação sexual. A tutela da intimidade e das escolhas individuais como elementos indispensáveis para a realização da pessoa humana. Uniões de pessoas do mesmo sexo

Inúmeros critérios foram estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência para a definição das entidades familiares merecedoras de tutela jurídica, designadas, ao longo do tempo, como concubinato puro, companheirato, união estável. De maneira geral, afirma-se que a caracterização de uma entidade familiar depende da presença dos requisitos da seriedade, estabilidade e propósito de constituição de família<sup>8</sup>.

Na perspectiva civil-constitucional, tais critérios devem ser lidos funcionalmente, à luz dos princípios constitucionais acima transcritos, de molde que signifique a adequação dos núcleos de convivência aos pressupostos para que possam promover a pessoa humana em suas aspirações de realização existencial na sociedade. Em outras palavras, o atendimento dos preceitos fundamentais antes expostos, além de imperativo, serve de parâmetro valorativo para o merecimento de tutela jurídica dos núcleos familiares.

---

<sup>8</sup> Confira-se na jurisprudência: “É cediço que, para fins de caracterização da união estável, não somente em vista da legislação extravagante que veio a disciplinar o art. 226 da Constituição Federal, Lei n. 9.278/96, assim como do art. 1.723 do novo Código Civil, necessário se faz que esta união, para ser reconhecida como entidade familiar, venha a possuir configuração de convivência pública, contínua, duradoura e que tenha como objetivo a constituição de uma família” (TJRS, Ap. Civ. 70005730288, 2ª CC, rel. des. Marta Borges Ortiz, julg. 19.9.2003).

Os requisitos para sua admissibilidade, portanto – seriedade, estabilidade e propósito de constituição de família –, não podem ser reduzidos ao entendimento convencional da autoridade pública ou religiosa, mas valorados segundo a tábua de valores constitucionais que, de maneira objetiva e democrática, fixa na realização da pessoa humana e de sua dignidade o parâmetro para o reconhecimento da entidade familiar.

Se assim é, os critérios para a admissão de um núcleo familiar devem ser suficientemente rígidos para excluir as formações incompatíveis com tais finalidades e necessariamente flexíveis, de modo que atendam à multiplicidade de escolhas legítimas que retratam as aspirações da pessoa no que concerne à própria vida em família, expurgando-se paradigmas preconceituosos ou atentatórios à liberdade e à personalidade individuais.

Tais opções exprimem a personalidade de cada indivíduo e sua tutela, portanto, se mostra indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) no Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), cujo objetivo é a solidariedade social (CF, art. 3º, I) – que pressupõe a convivência com a diversidade – e a ablação de todo e qualquer preconceito (CF, art. 3º, IV).

A questão foi enfrentada de forma pioneira por Luiz Edson Fachin, em 1996:

Principiando desse modo, pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro, que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um pro-

longamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária<sup>9</sup>.

Em direção semelhante, Maria Celina Bodin de Moraes observa:

Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais, consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastante demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz<sup>10</sup>.

Tal fundamentação constitucional legitima a orientação sexual como expressão da personalidade e exclui que preconceito de qualquer natureza possa servir de parâmetro ou critério juridicamente aceitável de discriminação entre formações sociais ou pessoas. Conseqüentemente, na definição das entidades familiares dignas de tutela, há de se admitir, necessariamente, a união de pessoas do mesmo sexo com o propósito de constituir família. Ao propósito, acentuou-se novamente em doutrina:

Estabelecidos esses critérios hermenêuticos, não parece difícil encontrar resposta à questão de se relacionamentos estáveis, potencialmente duradouros, nos quais se reconheça a participação em interesses e finalidades comuns, entre pessoas do mesmo sexo serão

---

<sup>9</sup> FACHIN, Luiz Edson. In: BARRETTO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1977, p. 114.

<sup>10</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, p. 108, jan./mar. 2000.

capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes<sup>11</sup>.

Por outro ângulo, registra Maria Berenice Dias:

Passando, duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo, a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência do objetivo de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de maior espectro<sup>12</sup>.

E, ainda, na arguta perspectiva de Ana Carla Harmatiuk Matos:

Com a tutela principal das relações familiares voltada para a realização personalística de seus membros, a pluralidade de entidades familiares se impõe. Respeitando-se tal clamor, as pessoas poderão conviver familiarmente conforme o modelo que melhor represente seus anseios pessoais. Nesse contexto, a relação entre pessoas do mesmo sexo deve ser apreendida pelo jurídico como mais um modelo de entidade familiar, pois nada mais é que outro exemplo

---

<sup>11</sup> MORAES, A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional, cit., p. 108.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 70-71.

entre os “amores possíveis”, com os caracteres que comumente a sociedade tem conferido à família<sup>13</sup>.

Copiosa jurisprudência, por sua vez, tem reconhecido como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneiro a determinar que os conflitos decorrentes de relações homoafetivas fossem submetidos à Vara de Família:

Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (TJRS, Agr. Inst. 599075496, 8ª CC, rel. des. Breno Moreira Mussi, julg. 17.6.1999).

Em seguida, sempre de forma inovadora, o TJRS admitiu a possibilidade jurídica da declaração da família designada como união estável homoafetiva<sup>14</sup>, estabelecendo posição de vanguarda, mediante a invocação expressa dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, contra a injustificada discriminação com base na orientação sexual:

---

<sup>13</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 161.

<sup>14</sup> Na esteira de tal tendência, o TJRS publicou o Provimento n. 06/2004, que alterou a Consolidação Normativa Notarial Registral do Estado, facultando às pessoas de mesmo sexo o registro em cartório de seus pactos de convivência. Confira-se a nova redação do parágrafo único do art. 215 da referida Consolidação Normativa Notarial Registral: “Art. 215. [...] Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito”.

Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpido na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida (TJRS, Ap. Cív. 598362655, 8ª CC, rel. des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 1º.3.2000).

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 do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros (TJRS, Ap. Cív. 70001388982, 7ª CC, rel. des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 14.3.2001).

Apelação. União homossexual. Reconhecimento de união estável. Partilha. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos

indicam a existência de união estável. Partilha. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. Negaram Provitimento (Segredo de Justiça) (TJRS, Ap. Cív. 70006542377, 8ª CC, rel. des. Rui Portanova, julg. 11.9.2003).

Tal reconhecimento de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, por vezes admitindo-a como entidade familiar, espalhou-se posteriormente na Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, especialmente em matéria previdenciária. Confira-se:

Previdenciário. Pensão por morte ao companheiro homossexual. 1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais. 2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário. 3. “O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ...” (Pontes de Miranda). 4. “O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos” (Jean Cruet). 5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela. 6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei (TRF 1ª Região, Agr. Inst. 2003.01.00.000697, 2ª T., rel. des. Tourinho Neto, julg. 29.4.2003).

Previdenciário. Pensão. Companheiro homossexual. I. O autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado, man-

tendo conta bancária conjunta, além da aquisição de bens, tais como veículo e imóveis em seus nomes, por mais de vinte anos. II. Os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformação por que passa a sociedade. III. Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-la à realidade social, descabendo, na concessão da pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual qualquer discriminação em virtude da opção sexual do indivíduo, sob pena de violação dos artigos 3º, inciso IV, e 5º, inciso I, da Constituição Federal. IV. Tutela antecipada concedida. V. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal não regula pensão previdenciária inserindo-se no capítulo da Família. VI. Apelação e remessa necessária improvidas (TRF 2ª Região, Ap. Cív. 2002.51.01.000777, 3ª T., rel. juíza Tânia Heine, julg. 3.6.2003).

Agravo interno. Companheiro homossexual. União estável. Pensão por morte. Deferimento. I. A união estável é prevista entre homem e mulher e não entre união homossexual. II. Porém, as consequências patrimoniais da união homossexual devem ser preservadas, sob pena de ferirmos o princípio do enriquecimento ilícito. III. Jurisprudência neste sentido. IV. Agravo interno improvido (TRF 2ª Região, Agravo Interno 2001.51.01.524346-3, 2ª T., rel. juiz Messod Azulay Neto, julg. 17.1.2006).

Constitucional. Previdenciário. Pensão por morte. Concessão. Companheiro. União homossexual. Realidade fática. Transformações sociais. Evolução do direito. Princípios constitucionais de igualdade. Artigos 3º, IV, e 5º. Dependência econômica presumida. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. 1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3. O princípio da igualdade

consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5. A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91. 6. Estando comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei n. 9.528/97 [...] (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2000.04.01.073643-8, 6ª T., rel. juiz Nylson Paim de Abreu, julg. 21.11.2000).

Administrativo. Servidor público. União estável. Homossexual. Art. 217, I, *c*, da Lei n. 8.112/90. Designação. Ausência. Dependência econômica comprovada. 1. Entender que os homossexuais estariam excluídos da “união estável”, vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais. 2. À míngua do ato formal de designação de dependente, prevista no art. 217, I, *c*, Lei n. 8.112/90, não pode a Administração Pública rejeitar pleito de concessão de pensão temporária fundado apenas na dependência econômica do servidor falecido devidamente comprovada. Isto porque a designação constitui mera formalidade em que o designante dá notícia à Administração da eleição do designando como seu dependente, passando ele a auferir, desde já, os direitos e vantagens atinentes a esta qualidade. Precedentes do STJ (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2001.72.00.006119-0, 3ª T., rel. juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, julg. 21.9.2004).

Administrativo. Constitucional. Pensão por morte. União homossexual. Reconhecimento da sociedade de fato. Aplicação do previsto no art. 217, I, *c*, da Lei n. 8.112/90 por analogia à união está-

vel. Princípios constitucionais. Juros moratórios de 1% ao mês. Verba alimentar. A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, I, *c*, como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática. Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida de natureza alimentar. Precedentes (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2001.04.01.027372-8, 4ª T., rel. juiz Edgard Antônio Lippmann Júnior, julg. 17.10.2002).

Recentemente, também os Tribunais Superiores brasileiros se manifestaram favoravelmente ao reconhecimento de efeitos jurídicos oriundos da união entre pessoas do mesmo sexo. O Superior Tribunal de Justiça o fez de maneira expressa, embora sem reconhecer a existência de entidade familiar<sup>15</sup>, em acórdão conduzido pelo ministro Hélio Quaglia Barbosa, do qual se destacam os seguintes trechos:

---

<sup>15</sup> Não obstante o reconhecimento de direitos para companheiros do mesmo sexo, especialmente no que diz respeito à questão previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça não considera as uniões homoafetivas como entidades familiares, conforme entendimento recente da Corte. Nas palavras da ministra Nancy Andrighi, o raciocínio “adotado pela jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que em sociedades de fato, como a relatada neste processo, há necessidade de prova da efetiva demonstração do esforço comum para a aquisição do patrimônio a ser partilhado, portanto, evidencia que o acórdão impugnado violou o artigo 1º da Lei n. 9.278/96, ao conceder os efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante” (notícia publicada no *site* <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 27 out. 2006).

Recurso especial. Direito previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício. [...] Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6 – Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 [...] Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 – [...] Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento. 9 – Recurso Especial não provido (STJ, REsp. 395904/RS, 6ª T., rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, julg. 13.12.2005).

Finalmente, dois votos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, da lavra dos eminentes ministros Marco Aurélio (2003) e Celso de Mello (2006), e um voto do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, conduzido pelo professor e ministro Gilmar Mendes (2004), tiveram ocasião de reconhecer, de forma eloquente, a união homoafetiva como entidade familiar. Vale transcrever trechos assim ementados:

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 artigo 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 preconceito constitucio-

nal vedado. O tema foi bem explorado na sentença, 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 o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 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 artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (STF, Pet. 1984/RS, rel. min. Marco Aurélio, julg. 10.2.2003).

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, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais (STF,

Informativo 414 [ADIn n. 3.300], rel. min. Celso de Mello, julg. 3.2.2006).

Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal (TSE, Recurso Especial Eleitoral n. 24.564, rel. Gilmar Ferreira Mendes, publ. 1º out. 2004).

Como se vê, doutrina e jurisprudência brasileiras, com fulcro nos princípios constitucionais acima invocados, ampliam cada vez mais o reconhecimento das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo como entidades familiares<sup>16</sup>, em igualdade de condições com aquelas estabelecidas entre homem e mulher, o que importa na interpretação não restritiva da legislação codificada, especialmente do art. 1.723 do Código Civil, de modo que alcance as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo em seu âmbito de incidência normativa.

---

<sup>16</sup> Tal tendência de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar tem reflexos na esfera administrativa, como demonstra o art. 1º da Resolução Administrativa n. 5, de 3 de dezembro de 2003, do Conselho Nacional de Imigração, ao dispor sobre critérios para a concessão de visto ao companheiro ou companheira, sem distinção de sexo, *in verbis*: “Art. 1º As solicitações de visto temporário ou permanente, ou permanência definitiva, para companheiro ou companheira, *sem distinção de sexo*, deverão ser examinadas ao amparo da Resolução Normativa n. 27, de 25 de novembro de 1998, relativa às situações especiais ou casos omissos, e da Resolução Normativa n. 36, de 28 de setembro de 1999, sobre reunião familiar, caso a caso, e tendo em vista a capacidade de comprovação da união estável, por meio de um ou mais dos seguintes itens: [...]”. Esse procedimento, como se vê, consiste em confirmação, também no âmbito administrativo, do respeito à família homossexual então constituída, de modo a possibilitar a permanência, em definitivo, do companheiro de mesmo sexo no Brasil.

3 A experiência estrangeira: direitos humanos e tutela da personalidade na ordem internacional. A interpretação necessária do art. 1.723 à luz da ordem pública constitucional. Estatuto jurídico da entidade formada por pessoas do mesmo sexo: aplicação da disciplina das relações existenciais e patrimoniais entre os companheiros, bem como do regime sucessório destes

Legislação e jurisprudência de inúmeros países reconhecem a união afetiva de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. No direito português, por exemplo, a Lei n. 7/2001 regulamenta as uniões homoafetivas, dispondo sobre os direitos do casal homossexual em igualdade de condições com as entidades familiares estabelecidas entre homem e mulher. Vejam-se os dispositivos:

Artigo 1º

Objecto

1 – A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos. [...]

Artigo 3º

Efeitos

As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a:

- a) Protecção da casa de morada de família, nos termos da presente lei;
- b) Beneficiar de regime jurídico de férias, faltas, licenças e preferência na colocação dos funcionários da Administração Pública, equiparado ao dos cônjuges, nos termos da presente lei;
- c) Beneficiar de regime jurídico de férias, feriados e faltas, aplicado por efeito de contrato individual de trabalho, equiparado ao dos cônjuges, nos termos da presente lei;

- d) Aplicação do regime do imposto de rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens;
- e) Protecção na eventualidade de morte do beneficiário, pela aplicação do regime geral da segurança social e da lei;
- f) Prestação por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, nos termos da lei;
- g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao país, nos termos da lei.

O direito holandês, por sua vez, determina no preâmbulo do Código Civil:

Preamble: considering that it is desirable to open up marriage for persons of the same sex and amend Book of the Civil Code accordingly; [...] E – Article 30 – 1. A marriage can be contracted by two persons of different sex or of the same sex. 2. The law only considers marriage in its civil relations.

Na mesma esteira, o direito argentino reconheceu, na Lei n. 1.004/2002, a união de pessoas do mesmo sexo, equiparando seus direitos e deveres aos dos cônjuges:

Artículo 1º – Unión Civil: A los efectos de esta ley, se entiende por Unión Civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. [...]. Artículo 4º – Derechos: Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges.

Por outro lado, o ordenamento francês introduziu, nos arts. 515 e ss. do Código Civil, o Pacto Civil de Solidariedade (*PACS – Pacte Civil de Solidarité*), por meio da Lei n. 99-944, de 15 de novembro de 1999, o qual disciplina a união civil entre pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo. Confirma-se a definição do referido instituto:

Art. 515-1. Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

Na jurisprudência estrangeira, por sua vez, registre-se a recente decisão sul-africana, de 1º de dezembro de 2005, que reconheceu a união homossexual como entidade familiar. Decidiu-se, entre outras coisas, que:

The capacity to choose to get married enhances the liberty, the autonomy and the dignity of a couple committed for life to each other. It offers them the option of entering an honourable and profound estate that is adorned with legal and social recognition, rewarded with many privileges and secured by many automatic obligations. [...] The current common law definition of marriage deprives committed same-sex couples of this choice. [...] More deeply, the exclusionary definition of marriage injures gays and lesbians because it implies a judgment on them. It suggests not only that their relationships and commitments and loving bonds are inferior, but that they themselves can never be fully part of the community of moral equals that the Constitution promises to create for all. [...] In this case, the question is whether the capacity for commitment, and the ability to love and nurture and honour and sustain, transcends the incidental fact of sexual orientation. The answer suggested by the Constitution itself and by ten years of development under it is Yes (Supreme Court of Appeal of South Africa, Case n. 232/2003, Cameron JA, Judgment 30.11.2004).

Ao comentar essa decisão, a professora Francesca Romana Dau afirma:

[...] o casamento é uma fonte de benefícios econômicos e sociais em favor dos cônjuges, e de deveres recíprocos. A exclusão para os casais do mesmo sexo das vantagens e das responsabilidades de tal união não é somente um inconveniente tangencial e residual de um preconceito enraizado, mas reforça a idéia de que devam ser tratados como híbridos biológicos, ou seja, seres humanos “mal vindos” que não encontram lugar na sociedade normal e portanto não têm direito de gozar de todos os benefícios arrolados pela Constituição. Significa ainda afirmar que a sua capacidade de amar, de assumir obrigações e responsabilidades é por definição menos digna de respeito do que a dos casais heterossexuais, sendo-lhes destinado, portanto, viver em um limbo jurídico<sup>17</sup>.

Confira-se, ainda, o eloqüente julgado proferido pela Corte do Alaska:

The Fundamental Right to Choose One’s Life Partner: there is no dispute that the right to marry is recognized as fundamental. Today the court has recognized that the personal choice of a life partner is fundamental and that such a choice may include persons of the same sex. [...] It is the decision itself that is fundamental, whether the decision results in a traditional choice or the nontraditional choice [...]. The same constitution protects both. Thus, today’s decision finds a person’s choice of life partner to be a fundamental right. The consequence of this decision is that any limitations on this right are the strict scrutiny standard established by the Alaska Supreme Court (Alaska Supreme Court, caso *Brause vs. Bureau of Vital Statistics*, julgado em fevereiro de 1997).

---

<sup>17</sup> DAU, Francesca Romana. La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all’estensione del matrimonio alle coppie omosessuali. Disponível em: <[www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/esteromatrimonio\\_omoses-suali/index.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/esteromatrimonio_omoses-suali/index.html)>. Acesso em: 24 maio 2006.

O panorama do direito alienígena confirma a tendência amplamente perceptível, na realidade interna, de admissão da união de pessoas do mesmo sexo como uma das modalidades de família presentes na sociedade contemporânea.

Entretanto, seu reconhecimento pelo direito brasileiro depende da interpretação do art. 1.723 do Código Civil, podendo mesmo ser paralisado o processo evolutivo de otimização da normatividade constitucional caso se entenda, ao arrepio dos preceitos fundamentais antes invocados, que a menção expressa a homem e mulher, contida no preceito codificado, restringe as espécies de entidades familiares legítimas, circunscrevendo sua admissibilidade às uniões estáveis formadas por homem e mulher.

Por isso mesmo, para que se possa preservar a ordem pública constitucional – democrática, tolerante, igualitária, solidária e personalista –, há de se consagrar a dicção não restritiva do art. 1.723, atribuindo-se-lhe sentido hábil a admitir, necessariamente, em seu espectro normativo, as entidades formadas por pessoas do mesmo sexo, considerando-se, assim, inconstitucional a atuação das autoridades públicas ablativa desses núcleos familiares.

Em conseqüência, a regulamentação das entidades familiares assim constituídas, formadas por casais do mesmo sexo, se submeterá à igualdade de tratamento em face da união estável entre homem e mulher, especificamente no que concerne às relações entre os conviventes – existenciais, patrimoniais e sucessórias –, já que seu reconhecimento decorre da isonomia constitucional.

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2006.

Professor Gustavo Tepedino

# Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil<sup>1</sup>

Luís Roberto Barroso\*

**Sumário:** Introdução. I – Apresentação do problema. II – A progressiva superação do preconceito. Parte I – Pré-compreensão do tema e panorama do direito comparado. III – Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do Direito e do Estado. IV – A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado. Parte II – A Constituição de 1988 e o reconhecimento jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo. V – Uniões homoafetivas e princípios constitucionais. 1 Princípio da igualdade. 2 Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada. 3 Princípio da dignidade da pessoa humana. 4 Princípio da segurança jurídica. VI – O primado da afetividade: a união homoafetiva como entidade familiar. Parte III – Extensão do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas. VII – Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º. VIII – Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica. 1 Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica. 2 O recurso à analogia na integração da ordem jurídica. Conclusões.

---

\* Luís Roberto Barroso é Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor-Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e ex-Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) (2000–2005).

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido com a colaboração de Cláudio Pereira de Souza Neto, Eduardo Mendonça e Nelson Nascimento Diz, que participaram da pesquisa e da discussão de idéias e de teses.

### I. Apresentação do problema

Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com ele.

No direito positivo brasileiro, inexistente regra específica sobre a matéria. A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões *heterossexuais*, reconhecendo como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*<sup>2</sup>. O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha<sup>3</sup>.

Diante da ausência de disciplina própria para essas questões, impõem-se algumas indagações e linhas de investigação, entre as quais:

---

<sup>2</sup> CF/88, art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>3</sup> Código Civil, 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”.

- a) A Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual?
- b) A referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas?
- c) Inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas:

I – o das sociedades de fato; ou

II – o da união estável.

O presente estudo desenvolve uma tese central e uma tese acessória. A tese principal é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo.

## **II. A progressiva superação do preconceito**

Na década de 1970, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase antológica:

“Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro”<sup>4</sup>. Na década de 1990, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: “Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento *gay* é uma cachorrada”<sup>5</sup>. Vem de longe essa visão depreciativa. Antigüidade, medievo, iluminismo, modernidade: em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e desprezo.

Os tempos, no entanto, estão mudando. Progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito. Na esfera privada, é crescente o número de pessoas que assumem publicamente e sem temor a sua orientação homossexual. No espaço público, concorridas passeatas e manifestações, em diferentes capitais do país, simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade. É certo que ainda ocorrem manifestações ocasionais de homofobia, inclusive com o emprego de violência. Mas já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública. Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade.

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. A despeito da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento. Certas mani-

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.rainbowuniverse.com/newenglandGLBTVets/pressreleases/2003/pr02.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2006. O fato foi amplamente divulgado na ocasião e a frase citada pode ser encontrada em diversos outros sítios.

<sup>5</sup> Frase extraída de: <<http://www.nossomundoassim.hpg.ig.com.br/canais/menu/frases.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2006.

feições do Poder Público já atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins<sup>6</sup>, *status* semelhante ao das uniões entre homem e mulher. Não se pode dizer, contudo, que essa seja uma posição dominante ou incontroversa. Pelo contrário, um lance de olhos pela jurisprudência dos diversos tribunais revela a existência de pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema. A título de exemplo, confirmam-se duas decisões recentes, uma em cada sentido:

Constituí união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas<sup>7</sup>.

Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa,

---

<sup>6</sup> De que é exemplo a matéria previdenciária. No âmbito federal, destaca-se a Instrução Normativa INSS/DC n. 25, de 7.6.2000, editada por força de decisão judicial ainda não transitada em julgado (Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0), que estipula procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

<sup>7</sup> TJRS, j. em 25.6.2003, AC 70005488812, rel. des. José Carlos Teixeira Giorgis. No mesmo sentido: TJRS, j. em 17.11.2004, AC 70009550070, rel. des. Maria Berenice Dias; TJRJ, j. em 21.3.2006, AC 2005.001.34933, rel. des. Leticia Sardas.

contida no art. 226, § 3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo<sup>8</sup>.

As uniões estáveis *heterossexuais* também percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições. Com a Constituição de 1988, no entanto, obtiveram reconhecimento institucional pleno, passando a ser caracterizadas como verdadeiras entidades familiares. Na presente investigação sustenta-se a tese de que o mesmo regime deve ser reconhecido às uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja por aplicação direta dos princípios constitucionais, seja por integração de lacuna legal existente.

## Parte I

### PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA E PANORAMA DO DIREITO COMPARADO

### **III. Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do Direito e do Estado**

A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui

---

<sup>8</sup> TJMG, j. em 24.5.2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, rel. des. Domingos Coelho. No mesmo sentido: TJRJ, j. em 7.2.2006, AC 2006.001.00660, rel. des. Bernardo Moreira Garcez Neto; TJSP, j. em 7.6.2005, AI 388.800-4/7, rel. des. José Joaquim dos Santos.

o que a doutrina denomina de *pré-compreensão*<sup>9</sup>. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações *in concreto* e escolhas fundamentadas.

Porque assim é, há um dever ético do intérprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciam sua argumentação<sup>10</sup>. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo. Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo:

- a) a homossexualidade é um fato da vida;
- b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;
- c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;

---

<sup>9</sup> V. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 320 e ss.; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 285 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. 2, p. 3 e ss.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30 e ss.

<sup>10</sup> Nesse sentido, v. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 293: “É tão certo que ninguém é imune a estes pré-juízos como também seria errôneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo permanente de auto-exame e a preocupação

- d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos<sup>11</sup>. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola nenhuma norma jurídica<sup>12</sup>, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.

As concepções religiosas dogmáticas, as ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea. E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de expressar os seus pontos de

---

constante com a ‘questão em si mesma’. Uma disponibilidade para tal é a primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito”.

<sup>11</sup> Em estudo realizado nos EUA, chegou-se aos seguintes resultados: entre gêmeos univitelinos, se um dos irmãos era homossexual, em 52% dos casos o outro também era; entre gêmeos bivitelinos, o percentual ficava em 22%; entre irmãos adotivos, se restringia a 11%. A pesquisa demonstra que a orientação sexual é influenciada pelo ambiente familiar, mas é influenciada também, e decisivamente, por fatores genéticos. A pesquisa é reportada por Maria Berenice Dias (*União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43).

<sup>12</sup> Essa afirmação é inquestionavelmente válida para o Brasil, assim como para a maioria dos países. Nem mesmo a Suprema Corte norte-americana, em sua atual tendência conservadora, ousou dizer o contrário. No julgamento do caso *Lawrence et al. vs. Texas*, que será comentado adiante, declarou-se a inconstitucionalidade da criminalização da chamada sodomia.

vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual. Mas a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Como assinalado, o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e autoconhecimento no tocante a seus desejos e frustrações<sup>13</sup>. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela *razão pública*<sup>14</sup>.

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. 2003, t. 2, p. 10: “A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas”.

<sup>14</sup> O uso da razão pública importa afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, IV, da Constituição. Sobre essa temática, v. especialmente a obra de John Rawls, notadamente: *Uma teoria da justiça* (2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002), *O liberalismo político* (2. ed. São Paulo: Ática, 2000) e *O direito dos povos* (São Paulo: Martins Fontes, 2001). Na literatura nacional, v. Cláudio Pereira de Souza Neto (*Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005) e Nythamar de Oliveira (*Rawls*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003).

homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interdito pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança. O assunto será aprofundado mais adiante.

Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional, pelos motivos que serão apresentados ao longo do presente estudo. A história dos diferentes países registra exemplos trágicos de discriminação fundada em fatores inatos ou inelutáveis, como raça, deficiência física ou homossexualidade. Foi assim na Alemanha nazista<sup>15</sup>, na África do Sul do *apartheid*<sup>16</sup> e nos Estados Unidos até o final dos anos 1960<sup>17</sup>. Todas essas diferenciações, que vigoraram no século passado – há poucas décadas, portanto – são hoje em dia consideradas odiosas.

---

<sup>15</sup> A Alemanha nazista proibia casamentos entre judeus e alemães da chamada raça ariana, atribuindo competência aos promotores públicos para anulá-los, além de cominar pena de trabalhos forçados para aqueles que violassem a norma. As relações extraconjugais também eram proibidas, tudo para proteger a pureza do sangue alemão. As normas em questão encontravam-se na Lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã, de 15 de setembro de 1935.

<sup>16</sup> O casamento inter-racial (entre brancos e não-brancos) era considerado ilegal. V. *Prohibition of Mixed Marriages Act* (n. 55), de 1949. Posteriormente, relações sexuais entre brancos e não-brancos passaram a ser igualmente vedadas. V. *Immorality Act* (n. 21), de 1950, que alterava o *Immorality Act* (n. 5), de 1927, que já proibia relações sexuais entre brancos e negros.

<sup>17</sup> Nos Estados Unidos, o casamento inter-racial também chegou a ser proibido em alguns estados, como Alabama, Arizona, Georgia, Montana, Oklahoma, Texas e

Na verdade, sequer é preciso citar exemplos tão extremos. Poucas matérias têm sofrido mutação tão acelerada quanto as relações familiares. Até pouco tempo, aceitava-se como normal a superioridade jurídica dos homens sobre as mulheres. Esse entendimento era consagrado, e.g., no Código Civil brasileiro de 1916, em dispositivos que atribuíam ao homem a chefia da família e a primazia na educação dos filhos. O avanço do processo civilizatório se encarregou de condenar essas manifestações autoritárias e assentar a igual dignidade das diferentes etnias e confissões religiosas, assim como a paridade jurídica entre homem e mulher. O mesmo processo tem atuado para repelir a discriminação dos homossexuais, no que se inclui naturalmente o reconhecimento jurídico de suas uniões afetivas.

O Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social. Alguns exemplos da experiência internacional ilustram o ponto.

#### **IV. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado**

A discussão sobre o tratamento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem lugar não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, observando-se uma tendência ao reconhecimento, tanto por meio de atos normativos, quanto por decisões judiciais<sup>18</sup>. Em muitos casos, observa-se nítida superposição entre essas duas esferas, de modo que manifestações judiciais disseminam o debate e

---

Virginia, o que somente veio a ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte em 1967, no julgamento do caso *Loving vs. Virginia* (388 U.S. 1).

<sup>18</sup> A exposição da jurisprudência estrangeira beneficiou-se de pesquisa gentilmente cedida pelo professor Daniel Sarmento.

atribuem direitos que acabam sendo formalmente incorporados pelo legislador. Observe-se, por exemplo, o caso europeu.

Na década de 1990, vários países concederam proteção jurídica às uniões homoafetivas, ganhando destaque o regime de parceria registrada. A vanguarda foi assumida pela Dinamarca, que promulgou a lei de regência em 1989<sup>19</sup>. Noruega<sup>20</sup>, Suécia<sup>21</sup> e Islândia<sup>22</sup> seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda<sup>23</sup>, a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar<sup>24</sup>. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como conseqüências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual<sup>25</sup>. A Bélgica seguiu o caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> Lei n. 372/1989.

<sup>20</sup> Lei n. 40/1993.

<sup>21</sup> Essa lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995, estabelecendo que a convivência registrada tem as mesmas conseqüências de um casamento, com exceção da possibilidade de adoção. Uma ressalva também é feita quanto às leis sobre inseminação e fertilização *in vitro*, as quais não se aplicam aos conviventes.

<sup>22</sup> Trata-se da Lei n. 564/1996, bastante similar à lei sueca.

<sup>23</sup> Essa lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 1998, estabelecendo que a parceria civil é considerada como equivalente ao casamento civil, sendo suas conseqüências virtualmente idênticas.

<sup>24</sup> A professora Maria Celina Bodin de Moraes (A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 1:89, 2000, p. 100) atenta para outra possibilidade permitida pelo legislador holandês: o contrato de coabitação para a formalização de relação com um parceiro, o qual serve apenas para regular o que as partes acordam entre si, sendo válido somente entre elas, sem conseqüências perante terceiros.

<sup>25</sup> Essa lei entrou em vigor em 1º de abril de 2001.

<sup>26</sup> Essa lei entrou em vigor em 30 de janeiro de 2003.

A legislação catalã<sup>27</sup> também é bastante avançada no que diz respeito à paridade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais. Há uma única lei, de 1998, para regular as uniões estáveis, independentemente da orientação sexual dos pares. Na França, em outubro de 1999, foi aprovado o Projeto de Lei n. 207 sobre o *Pacte Civil de Solidarité*, conhecido como PACS, possibilitando a união entre casais não ligados pelo matrimônio e atribuindo-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos. Esse pacto pode ser estabelecido por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a sua vida em comum. Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto n. 56/VIII<sup>28</sup>, adotando medidas de proteção às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. Na Alemanha, também em 2001, entrou em vigor lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato.

Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Européia, em seu conjunto. É importante mencionar a Resolução do Parlamento Europeu<sup>29</sup>, de 8 de fevereiro de 1994, sobre a paridade de direitos dos homossexuais da Comunidade Européia, estabelecendo o dever de se respeitar o princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua orientação sexual.

---

<sup>27</sup> Trata-se da *Ley sobre uniones estables de parejas da Cataluña*, de 30 de junho de 1998.

<sup>28</sup> Resultou na Lei n. 7/2001, de 11 de maio, que adotou medidas de proteção às uniões de fato, revogando a Lei n. 135/1999.

<sup>29</sup> A recomendação sobre a Paridade de Direitos de Homossexuais consta do Doc. A3-0028/94, sendo as Resoluções de 17 de setembro de 1996, 8 de abril de 1997, 17 de fevereiro de 1998 e 17 de setembro de 1998 também relativas à paridade de direitos para os homossexuais.

Nas Américas, destacam-se Canadá, Argentina e Estados Unidos. O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no *Civil Marriage Act*<sup>30</sup>, de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade<sup>31</sup>. Tal resposta era até previsível, considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. A principal decisão partira justamente da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei que permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Diz a ementa: “Este ato estende, para efeitos civis, a capacidade legal de casamento a casais formados por pessoas de mesmo sexo, de modo a refletir valores de tolerância, respeito e igualdade, de acordo com a Carta canadense de Direitos e Liberdades. Emendas em outros atos são conseqüentemente feitas por este ato para garantir igual acesso aos efeitos civis do casamento e divórcio a casais formados por pessoas de mesmo sexo” [tradução livre].

<sup>31</sup> Manifestações semelhantes já foram realizadas por supremas cortes ou tribunais constitucionais de outros países. É o caso da África do Sul, cujo Tribunal Constitucional declarou incompatível com a Constituição a proibição do casamento homoafetivo, concedendo prazo de um ano ao legislador para que suprima o vício sob pena de se considerar automaticamente estendida aos homossexuais a possibilidade do casamento (Caso CCT 60/04, *Minister of Home Affairs and another vs. Marie Adriaana Fourie and another*). No mesmo sentido, vale mencionar o caso da Hungria, cuja Corte Constitucional proferiu decisão semelhante no âmbito da união estável (Decisão 14/95). Por fim, destaca-se a Suprema Corte de Israel, que considerou inconstitucional a prática de determinada empresa que concedia benefícios aos parceiros de seus funcionários heterossexuais, mas os negava no caso de uniões homoafetivas (Caso *El-Al Israel Airlines vs. Danilowitz*, julgado em 1994). Após a manifestação da Corte, verificou-se uma modificação na ordem jurídica israelense, baseada no *common law*, que passou a reconhecer esse tipo de união.

<sup>32</sup> Trata-se do Caso *M. vs. H.* (142 D.L.R. 4th), julgado em 1996.

Em relação à Argentina, a legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires reconhece, desde 2002, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. A ordem jurídica daquela província considera união civil aquela formada livremente por duas pessoas, independentemente do gênero ou orientação sexual<sup>33</sup>.

Nos Estados Unidos, alguns tribunais estaduais já decidiram, com base na cláusula da *equal protection*, não ser possível excluir uniões homoafetivas dos benefícios e das proteções previstas pela legislação aos cônjuges heterossexuais<sup>34</sup>. Vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Romer vs. Evans*<sup>35</sup>, que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição do Estado do Colorado, aprovada em referendo estadual, que impedia toda e qualquer autoridade estadual de praticar atos que resultassem em proteção às pessoas de orientação homossexual em face de qualquer tipo de discriminação. Na ocasião, a Corte afirmou que desequiparações até seriam possíveis, desde que tivessem fundamento razoável, diferente do mero propósito de demonstrar animosidade contra aquelas pessoas<sup>36</sup>. Na mesma linha foi a decisão da Suprema Corte no caso *Lawrence et al. vs. Texas*<sup>37</sup>, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava a sodo-

---

<sup>33</sup> Trata-se da Lei da Cidade Autônoma de Buenos Aires (*Ley CABA*) n. 1.004/2002, que cria o registro público de uniões civis, de 12 de dezembro de 2002.

<sup>34</sup> A decisão mais incisiva foi proferida pela Suprema Corte do Estado de Massachusetts, no caso *Goodridge vs. Department of Public Health*, julgado em 2003. O Tribunal assentou que a não-extensão do casamento aos casais do mesmo sexo violava a igualdade e o devido processo legal, afirmando que os argumentos apontados para justificar a discriminação não seriam capazes de justificar a quebra da isonomia.

<sup>35</sup> *Romer vs. Evans*, 517 U.S 620 (1996).

<sup>36</sup> Uma descrição e análise do caso encontra-se em Ronald Dworkin (*Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2000, p. 456-465).

<sup>37</sup> *Lawrence et al. vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

mia<sup>38</sup>. Embora não diga respeito ao tratamento jurídico das uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país.

Feitas essas notas sobre a pré-compreensão do tema e sobre o direito comparado, passa-se à exposição dos fundamentos extraídos da Constituição de 1988 que impõem a extensão do regime da união estável às relações homoafetivas.

## Parte II

### A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

#### **V. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais**

O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do *pós-positivismo*, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se: a) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, b) o reconhecimento de normatividade aos princípios e c) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.

Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e

---

<sup>38</sup> Os principais estados que proibiam a sodomia homossexual eram Texas, Oklahoma, Kansas e Missouri.

jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da *igualdade*, a virtude soberana<sup>39</sup>, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da *liberdade*, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional<sup>40</sup>. Acrescente-se, ainda, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral<sup>41</sup>. E, por fim, o princípio da *segurança jurídica*, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos<sup>42</sup>.

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que esses princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais,

---

<sup>39</sup> A expressão é de Dworkin (*Sovereign virtue*, 2000).

<sup>40</sup> V. BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. [1. ed. 1999] Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 75 e ss.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>42</sup> V. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, p. 271, 2004.

de desenvolver a plenitude de sua personalidade e de estabelecer relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, mas também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno<sup>43</sup>.

## 1 Princípio da igualdade

*As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza* (BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS)<sup>44</sup>.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “sociedade fra-

---

<sup>43</sup> V. FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *Revista dos Tribunais*, 732:47, 1996, p. 53: “Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns ‘nós’ que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso socioafetivo”.

<sup>44</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, Porto Alegre, 2001.

terna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O *caput* do art. 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo<sup>45</sup> e à discriminação contra as mulheres<sup>46</sup>.

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas<sup>47</sup>. O desenvolvimento do tema, para os fins aqui visados, remete a algumas categorias conceituais tradicionais no estudo dessa matéria.

### 1.1 *Igualdade formal e material. Igualdade na lei e perante a lei*

A igualdade *formal*, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicaneamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade *material*, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, uma vez que é associada à idéia de justiça distribu-

---

<sup>45</sup> CF/88, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

<sup>46</sup> CF/88, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

<sup>47</sup> Nesse sentido, v. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.

tiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente<sup>48</sup>.

Pois bem: a questão aqui estudada resolve-se no plano da igualdade puramente formal, sem envolver nenhuma das dificuldades teóricas e práticas presentes na concretização da igualdade material. A não-desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares<sup>49</sup>. Há precedentes, inclusive, sancionando a discriminação contra homossexuais<sup>50</sup>.

A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da *igualdade na lei* – comando dirigido ao legislador – quanto para

---

<sup>48</sup> Sobre o tema, v. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>49</sup> A jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: “I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (CF 1967, art. 153, § 1º; CF 1988, art. 5º, *caput*). II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional [...]” (STF, *DJU* de 19 dez. 1997, RE 161243/DF, rel. min. Carlos Velloso). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, v. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>50</sup> A título de exemplo, em matéria trabalhista, v. TRT 2ª Reg., *DJU* de 14 out. 2005, Acórdão n. 20050694159 (Processo n. 00742-2002-019-02-00-9), rel. juiz Valdir Florindo: “OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. [...] O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência é a decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a

a *igualdade perante a lei*, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis para evitar que produzam, concretamente, efeitos não igualitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição.

É certo que, apesar da linguagem peremptória dos diversos dispositivos constitucionais, não é fato que toda e qualquer desequiparação seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios<sup>51</sup>. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, entre outros. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo<sup>52</sup>. No caso concreto, cuida-se de saber se a orientação sexual é um fator aceitável de *discrímen* para se negar às relações homoafetivas regime jurídico equiparável ao das uniões estáveis.

Cumprir investigar, assim, a razoabilidade e a legitimidade da negação de direitos que tem por fator de diferenciação a homosse-

---

condenação”. No mesmo sentido, v. TRT 15ª Reg., DJU de 1º out. 2004, Decisão n. 038178/2004-PATR (Processo n. 01673-2001-096-15-00-8 ROPS), rel. juíza Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza.

<sup>51</sup> V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 11; e CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 44.

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 [1. ed. 1999], p. 161.

xualidade das partes. Note-se que a Constituição é expressa ao considerar suspeitas desigualdades baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la. A esse propósito, os autores que defendem a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável procuram justificar sua posição com base em três fundamentos, a seguir analisados: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de “normalidade moral” e a incompatibilidade com os valores cristãos. Nenhum deles resiste ao crivo da razão pública.

## 1.2 Fundamentos invocados para a desigualdade

A impossibilidade de procriação não é uma justificativa razoável para o tratamento desigual. Em primeiro lugar porque essa não é, obviamente, a única função da família. No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade<sup>53</sup>. O próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Não há qualquer referência à procriação.

---

<sup>53</sup> SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 30:124, 2005, p. 143: “Com razão, se o afeto é o que justifica o respeito mútuo, a durabilidade e a solidez, indispensáveis para que as uniões formem uma estrutura familiar (independente do sexo biológico e da orientação de desejo dos seus membros), as relações homossexuais evidenciam todas as nuances distintivas do fenômeno humano, ora juridicizado pelo Direito de Família”. No mesmo sentido, v. também FARIAS, Cristiano Chaves de. Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 28:26, 2005, p. 33; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 27; e FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004, p. 80-81.

Além disso, o reconhecimento constitucional da família monoparental<sup>54</sup> afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status família*<sup>55</sup>. Tendo em vista tais elementos, não se legitima a exclusão de pessoas do mesmo sexo da categoria entidade familiar nem do regime jurídico da união estável, se o que as une é a mesma afetividade e o mesmo projeto de vida comum que ligam as pessoas de sexos opostos.

Outro argumento encontrado na doutrina é o de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de “normalidade moral”. Não é o caso de se enveredar aqui pela discussão acerca do que é *normal*, lembrando apenas que em épocas e lugares diferentes já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. 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 majoritário. O estabelecimento de *standards* de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder<sup>56</sup>. Não há razão para se reproduzir o erro.

Uma terceira e última corrente que procura justificar a discriminação em relação às uniões homoafetivas baseia-se na seguinte linha: a de não ser possível atribuir *status* familiar a tais relações por serem elas contrárias aos *valores cristãos*<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> CF/88, art. 226, § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

<sup>55</sup> V. MATOS, *União entre pessoas do mesmo sexo*, 2004, p. 33.

<sup>56</sup> ARÁN, Márcia; CORRÊA, Marilena V. Sexualidade e política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual. *Physis*, 14(2):329, 2004.

<sup>57</sup> Quanto ao ponto, v. Luiz Roldão de Freitas Gomes (Da sociedade entre homossexuais. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 59:26, 2004,

Esse argumento pode ter importância no debate que se instaure no interior das confissões religiosas. Mas, como intuitivo, não pode prevalecer no espaço público de um Estado laico<sup>58</sup>. Evita-se aqui o desvio – apesar do seu fascínio – de discutir se os *valores cristãos* não seriam realizados de forma melhor pela compreensão, pela tolerância e pelo amparo, em lugar da negação.

Um último comentário. O conteúdo do princípio da igualdade sofreu uma importante expansão nas últimas décadas. No contexto do embate entre capitalismo e socialismo, os temas centrais de discussão gravitavam em torno da promoção de igualdade material e da redistribuição de riquezas. Com o fim da Guerra Fria, entraram na agenda pública outros temas, sobretudo os que envolvem as denominadas *políticas de reconhecimento*, designação sob a qual se travam as discussões acerca de etnia, gênero e orientação

---

p. 30): “Esta [a convivência de pessoas do mesmo sexo], como visto, sem desviar de aspectos psicológicos e humanos que as possam envolver, não passam de meras situações de fato, com repercussões apenas no plano patrimonial, como se uma sociedade de fato houvera, o que jamais pode converter-se em casamento, diante de sua concepção agasalhada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de suas raízes históricas e em face dos valores cristãos, que informam o matrimônio”.

<sup>58</sup> Como se sabe, a Igreja Católica sequer reconhece as uniões estáveis entre homens e mulheres. Em discurso recente (19.10.2006), o Papa reafirmou a posição: “Hoje uma atenção especial e um compromisso extraordinário são exigidos daqueles grandes desafios em que vastas porções da família humana estão em maior perigo: as guerras e o terrorismo, a fome e a sede, e algumas epidemias terríveis. Mas é necessário também enfrentar, com iguais determinação e clareza de intenções, o risco de opções políticas e legislativas que contradizem valores fundamentais e princípios antropológicos e éticos radicados na natureza do ser humano, de modo particular no que se refere à tutela da vida humana em todas as suas fases, desde a concepção até à morte natural, e à promoção da família fundada no matrimônio, evitando introduzir no ordenamento público outras formas de união que contribuiriam para a desestabilizar, obscurecendo o seu caráter peculiar e o seu papel social insubstituível” (BENTO XVI. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2006/october/documents/hf\\_benxvi\\_spe\\_20061019\\_convegno-verona\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/october/documents/hf_benxvi_spe_20061019_convegno-verona_po.html)>. Acesso em: 9 nov. 2006).

sexual. Sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a enfatizar a idéia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritários.

## **2 Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada**

*Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da liberdade e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal (MARILENA CHAUI)<sup>59</sup>.*

Duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infra-estrutura econômica. É preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra. A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de

---

<sup>59</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1999, p. 365.

uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir<sup>60</sup>.

Passando da filosofia para a teoria do Direito e para a teoria democrática, é de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que essas escolhas possam se concretizar<sup>61</sup>. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo. Certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção redobrada<sup>62</sup>. É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as conseqüências normalmente atribuídas a esse *status*<sup>63</sup>. E não de forma clandestina.

---

<sup>60</sup> CHAUI, *Convite à filosofia*, 1999, p. 360-362.

<sup>61</sup> Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. Sobre o tema, v. DWORKIN, *Sovereign virtue*, 2000, p. 453 e ss.

<sup>62</sup> SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 241: “Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam”.

<sup>63</sup> Nesse sentido, v. FUGIE, Érika Harumi. Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF. *Revista dos Tribunais*, n. 813, p. 64, 2003: “De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no *minimum*

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não regulado pelo Direito. Essa seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar 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. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, mais especificamente do subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*<sup>64</sup>. No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para compatibilizar os interesses em conflito.

Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até

---

necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade. Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito de personalidade, é atributo inerente à pessoa humana”.

<sup>64</sup> Sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, v. Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 244), Humberto

contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Essa seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral<sup>65</sup>, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*<sup>66</sup>. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

### 3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988 abrigou-o expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que

---

Ávila (*Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116-117) e Wilson Antônio Steinmetz (*Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152-153).

<sup>65</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2005, p. 205: “La concepción opuesta al principio de autonomía tal como lo he presentado se suele denominar ‘perfeccionismo’. Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores”.

<sup>66</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 370-371: “O moderno Estado totalitário, que intervém em todos os sectores da vida e para o qual servem como exemplo a Rússia estalinista e a Alemanha nazi, reclama realizar as suas idéias políticas, econômicas e sociais mesmo na esfera privada [...]. No moderno Estado totalitário pretende-se subordinar aos objetivos de Estado e colocar ao seu serviço não só a economia, o mercado de trabalho e a actividade profissional, mas também a vida social, os tempos livres, a família, todas as convicções e toda a cultura e os costumes do povo”.

procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade<sup>67</sup>. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade<sup>68</sup>. Do ponto de vista moral, *ser é muito mais do que ter*.

---

<sup>67</sup> A partir do final da década de 1990, a produção nacional passou a voltar-se para o tema. Confirmam-se alguns trabalhos representativos: SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, p. 89, 1998; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 17., 1999. *Anais...*, Brasília, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>68</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 77-78: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”. Explicando o pensamento de Kant, com remissão a B. Freitag, averbou Maria Celina Bodin de Moraes (2003): “De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade”.

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana<sup>69</sup>. Entre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: a) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo<sup>70</sup>; e b) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”<sup>71</sup>. A não-atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio

---

<sup>69</sup> MATOS, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 148: “Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.

<sup>70</sup> Esta é, como se sabe, uma das máximas do *imperativo categórico* kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. V. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: El Ateneo, 1951. V. também HONDERICH, Ted (Ed.). *The Oxford companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 589; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e TERRA, Ricardo. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

<sup>71</sup> V. TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: \_\_\_\_\_. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000; LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: GOLIN, Celio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (Org.). *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina; Nuances, 2003.

para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A idéia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de “reconhecimento”. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.

Atualmente já se sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*<sup>72</sup>) e no desenvolvimento de auto-estima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende, depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não-reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no ocidente. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

#### 4 Princípio da segurança jurídica

A segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social. Ao contrário dos princípios anteriores, esse não incide diretamente para reger a hipótese, mas sim como vetor interpretativo do quadro normativo existente.

---

<sup>72</sup> TAYLOR, A política do reconhecimento. In: \_\_\_\_\_. *Argumentos filosóficos*, 2000.

O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário – que tem por fim precípua assegurar o primado da Constituição e das leis – e categorias como a anterioridade, a continuidade e a irretroatividade das leis, assim como mecanismos de tutela das expectativas legítimas e da preservação de efeitos de atos que venham a ser invalidados<sup>73</sup>. A exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um outro regime específico aplicável, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade.

Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, entre outros. Todos esses aspectos encontram-se equa-

---

<sup>73</sup> V. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, p. 271, 2004.

cionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis<sup>74</sup>. Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

Afora isso, a indefinição sobre o regime aplicável pode afetar, igualmente, terceiros que venham a estabelecer relações negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva<sup>75</sup>. É que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros.

Dessa forma, se é possível interpretar o direito posto de modo que prestigie o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor de estatura constitucional que a ele se oponha, será contrária à Constituição a interpretação que frustre a concretização de tal bem jurídico.

## **VI. O primado da afetividade: a união homoafetiva como entidade familiar**

Uma das principais conseqüências da extensão do regime da união estável às relações compromissadas entre pessoas do mesmo

---

<sup>74</sup> Código Civil, art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

<sup>75</sup> Sobre o tema, vejam-se BORGHI, Hélio. *União estável e casamento: aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 60; e VELOSO, Zeno. *União estável: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência*. Belém, PA: Cejup, 1997, p. 86-87. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.

sexo reside na sua caracterização como entidade familiar. Longe de configurar uma aproximação artificial, parece possível identificar nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento de entidades familiares. Como já foi adiantado, o conceito de família tem sofrido importantes mudanças. A constitucionalização do direito deslocou a ênfase do instituto para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais. Mais importante ainda é a caracterização que tem sido feita da família como meio de promoção – ambiente privilegiado – para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição<sup>76</sup>.

A família é um fenômeno sociocultural institucionalizado pelo direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao direito de família é incorporar o pluralismo e responder aos objetivos que lhe são confiados<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Quanto ao ponto, v. Luiz Edson Fachin (*Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 306): “Da superação do antigo modelo da ‘grande-família’, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.

<sup>77</sup> Vejam-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 2-3; e BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Reinventando o direito de família: novos espaços de conjugalidade e

No cerne da concepção contemporânea de família situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência<sup>78</sup>. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consangüinidade<sup>79</sup> e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988<sup>80</sup>.

Essa nova família foi resultado de um importante processo de evolução, impulsionado pela jurisprudência. Na vigência da

---

parentalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 81, 2004: “O desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar os interesses das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos”.

<sup>78</sup> Nesse sentido, v. SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 30, p. 132, 2005: “Por tal razão, rompem-se conceitos e reformulam-se posturas doutrinárias, na seara jurídico-familiar, substituindo a ideologia tradicional e estatal da família por outra, mais coerente com a realidade social sustentada pelo afeto. Nesse diapasão, o casamento deixou de ser considerado único legitimador da família, e a sociedade conjugal tende a ser vislumbrada como estrutura de amor e de respeito, independente do sexo biológico e da orientação afetiva dos que a integram”. V. também FUGIE, Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF. *Revista dos Tribunais*, n. 813, p. 67, 2003.

<sup>79</sup> V. FACHIN, *Direito de família*, 2003, p. 49: “A retomada do valor jurídico da *affectio maritalis* por si só denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a ‘constitucionalização’ princípios e normas básicos do Direito de Família, espalhados na igualdade, na neutralidade e na dimensão da inocência quanto à filiação”. V. também MATOS, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 27. V. ainda BRAUNER, Reinventando o direito de família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, p. 83, 2004.

<sup>80</sup> V. FACHIN, *Direito de família*, 2003, p. 317-318: “Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de defi-

Constituição de 1967, considerava-se que apenas pelo casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: “*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*” (art. 167<sup>81</sup>). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família<sup>82</sup>, que seguiu as seguintes etapas principais<sup>83</sup>:

- a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção;

---

nir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível”.

<sup>81</sup> Após a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, a previsão passou a ser feita no art. 175, mantendo-se redação idêntica.

<sup>82</sup> V. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A união civil entre pessoas do mesmo sexo. *Revista de Direito Privado*, n. 2, p. 32, 2000: “O conceito de família para o Direito é relativo, alterando-se continuamente, como reflexo da própria evolução histórica da sociedade e dos seus costumes. O certo é que uma das notas peculiares do final do século XX consiste na verificação de que as famílias devem se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que notabilizaram o modelo de família oitocentista do Código de Napoleão. E, no âmbito jurídico, não se pode deixar de considerar o relevante e inestimável papel da Constituição Federal, mormente a de 1988, no direito brasileiro: como já se pôde perceber, o Direito Civil passa pelo fenômeno de constitucionalização dos bens e valores fundantes do ordenamento jurídico, com atribuição de maior relevância à pessoa humana (o ser) do que ao seu patrimônio (o ter). Como observa Giselda Hironaka, o legislador brasileiro, ao formular a Carta Maior, foi obrigado, diante da realidade da vida, a constitucionalizar ‘relevantes inovações, entre elas, e principalmente [...] desmistificação de que a família só se constituísse a partir do casamento civilmente celebrado’”.

<sup>83</sup> Para um panorama da evolução jurisprudencial e legislativa sobre o tema, v. TEPE-DINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 373 e ss.

- b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começou a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par;
- c) em seguida, inseriu-se esse tipo de relação no direito obrigacional, de modo que se impedisse o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconheceu-se, então, a existência de sociedade de fato<sup>84</sup>;
- d) posteriormente, passou-se a reconhecer verdadeira união de fato entre companheiros<sup>85</sup>, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.<sup>86</sup>;

---

<sup>84</sup> STF, j. em 20.10.1964, AI 30422, rel. min. Luis Galotti: “Sociedade de fato entre pessoas não casadas. Reconhecimento dela, para efeitos patrimoniais”; STF, j. em 20.11.1970, RE 60657/GO, rel. min. Adalicio Nogueira: “Concubinato. Convivência ‘more uxorio’, por muitos anos, constitui sociedade de fato. Indenização devida à companheira. Dissídio jurisprudencial superado. Súmula 380”; Súmula 380, STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (Sessão Plenária de 3.4.1964).

<sup>85</sup> STF, j. em 10.5.1977, RE 83.930-SP, rel. min. Antonio Neder: “Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver *more uxorio* com a outra parte. Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se caracteriza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem as *justas nuptiae*) e a mulher merece a vida como companheira; precisando melhor a diferenciação, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal”.

<sup>86</sup> Súmula 35, STF: “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio” (Sessão Plenária de 13.12.1963); STF, j. em 12.3.1974, AI 59650/SP, rel. min. Aliomar Baleeiro: “Concubina - inscrição para previdência. Não nega vigência a direito federal, nem discrepa de jurisprudên-

- e) por fim, a Constituição de 1988 recepcionou e aprofundou essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento.

É certo que a Constituição de 1988 faz menção apenas à união estável entre homem e mulher, no que foi seguida pela legislação ordinária. Em capítulo subsequente será examinado esse ponto, onde se procurará demonstrar que o constituinte não exercitou um *silêncio eloqüente*, mas deixou o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Por ora cuidou-se apenas de destacar que as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida.

Por fim, vale a ressalva de que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre esta e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido.

---

cia predominante do Supremo Tribunal Federal, o acórdão que mandou inscrever, a pedido do concubinário, em instituições de previdência, como beneficiária, a concubina”; Súmula 122, TFR: “A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus a pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Decreto-Lei 66, de 1966” (Decisão: 29.9.1982); Súmula 159, TFR: “é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos” (Decisão: 6.6.1984); Súmula 253, TFR: “A companheira tem direito a concorrer com outros dependentes a pensão militar, sem observância da ordem de preferências” (Decisão: 2.3.1988).

### PARTE III

#### EXTENSÃO DO REGIME JURÍDICO DAS UNIÕES ESTÁVEIS ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

#### **VII. Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º**

No capítulo anterior procurou-se deixar assentado que os princípios constitucionais e a nova concepção de família delineada na Constituição impunham uma conclusão: a de que o regime jurídico das uniões estáveis deve ser aplicado também às relações homoafetivas. Essa extensão deve ser imediata, sem que isso importe em violação do art. 226, § 3º, como se demonstra a seguir. No próximo tópico será explorada uma via alternativa de argumentação, geradora das mesmas conseqüências.

Como já visto anteriormente, não há regra constitucional expressa prescrevendo a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Em sua textualidade, assim dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, § 3º).

É certo, por outro lado, que a referência a *homem e mulher* não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal conseqüência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as rela-

ções 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.

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.

Admita-se, assim, para argumentar, que a Constituição não imponha nem proíba a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. O Código Civil, por sua vez, tampouco provê a respeito. Sendo assim, na ausência de um regime jurídico específico, ditado pelo constituinte ou pelo legislador, como deve agir o intérprete?

### **VIII. Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica**

Divulga o conhecimento convencional que não existem lacunas no Direito, mas apenas na lei. A omissão, lacuna ou silêncio da lei consiste na falta de regra jurídica positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios nor-

mativos recebe o nome de *integração*. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador.

A Constituição de 1934 impunha ao intérprete e aplicador do Direito o dever de integrar a ordem jurídica, na letra expressa do art. 113, inciso 37: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei”. As Constituições subseqüentes não reeditaram a regra, que, todavia, ganhou assento na Lei de Introdução ao Código Civil<sup>87</sup> e no Código de Processo Civil<sup>88</sup>. Na omissão ou lacuna da lei, deve o juiz recorrer à *analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito*. Para os fins aqui relevantes, abre-se uma nota acerca dos princípios e da analogia como mecanismos de integração da ordem jurídica.

## 1 Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica

Nas últimas décadas houve profunda mutação no papel dos princípios jurídicos, como já assinalado em outra parte deste estudo. Os princípios, notadamente os constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento,

---

<sup>87</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>88</sup> Código de Processo Civil, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

influenciando a interpretação e a aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito<sup>89</sup>.

Ora bem: em parte anterior do presente trabalho sustentou-se que sequer existe lacuna normativa, de vez que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica impunham a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Considerando-se, para argumentar, que exista de fato omissão normativa na matéria, hipótese é de se aplicarem os mesmos princípios para saná-la, produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, entre as uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

## 2 O recurso à analogia na integração da ordem jurídica

A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia *legis* quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia *iuris* quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia *legis*.

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos

---

<sup>89</sup> V. DWORKIN, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 2: “A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos estas cláusulas abstratas (da Constituição) na compreensão de que elas invocam princípios de decência política e de justiça”.

nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra.

Admitida a analogia, chegar-se-ia à seguinte conclusão: a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (art. 226, §§ 1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, § 3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Haveria, contudo, um tipo comum de família não expressamente reconhecido: a *união homoafetiva*. Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> Nesse sentido: TJRS, j. em 17.11.2004, AC 70009550070, rel. des. Maria Berenice Dias: “Inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência. [...] A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, *caput*) e prevê, como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, ‘sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’ (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual”. V. também: TJRJ, j. em 21.3.2006, AC 2005.001.34933, rel. des. Letícia Sardas: “Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/1994 e 9.278/1996. 2. Interpretação sistemática do disposto no

Não bastaria, portanto, o reconhecimento de meras sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira<sup>91</sup>. Embora essa seja uma forma de reconhecimento, ainda precário, é preciso destacar que a sociedade de fato é um instituto jurídico do *direito das obrigações*, ao contrário da união estável, que se insere no *direito de família*. A fórmula da sociedade de fato já marca uma evolução da jurisprudência – lembrando o caminho percorrido em relação às uniões estáveis entre homem e mulher – mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas: para o direito, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua identidade, constituírem famílias. Disso resulta negar a um grande conjunto de pessoas uma das dimensões básicas da afetividade, caracterizando manifesto preconceito e sendo incompatível com a tábua de valores da Constituição.

A solução descrita neste tópico já foi acolhida em diversas decisões judiciais. Abaixo se destaca uma delas, pela precisão com que enfrentou os pontos relevantes, justificando-se a longa transcrição:

A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de

---

§ 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários”.

<sup>91</sup> A título de exemplo, v. STJ, *DJU* de 6 abr. 1998, REsp 148.897/MG, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, *DJU* de 14 mar. 2005, REsp 323.370/RS, rel. min. Barros Monteiro; e STJ, *DJU* de 16 maio 2005, REsp 502.995/RN, rel. min. Fernando Gonçalves.

sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros, de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 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<sup>92</sup>.

Por todo o conjunto de fundamentos expostos nos itens 3 e 4, afigura-se fora de dúvida que as uniões estáveis homoafetivas constituem entidade familiar e, à falta de disciplina específica, devem reger-se pelas mesmas regras da união estável entre homem e mulher.

---

<sup>92</sup> TRF 4ª Reg., DJU de 10 ago. 2005, AC 2000.71.00.009347-0, rel. João Batista Pinto Silveira.

## Conclusões

É possível compendiar as principais idéias desenvolvidas ao longo do presente estudo nas seguintes proposições:

**A.** As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

**B.** A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.

**C.** A regra do art. 226, § 3º, da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.

**D.** Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. *Igualdade* importa em política de reconhecimento; *dignidade*, em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e *liberdade*, no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da *segurança jurídica*, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.

**E.** Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer – isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada – ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, tendo em vista o fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.

**F.** Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2006.

Luís Roberto Barroso



# 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 objetive 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 Humanidade<sup>1</sup>, é certo que, com a liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas<sup>2</sup> 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 duradouros<sup>3</sup>.

Em sintonia com essa realidade, inúmeros países no mundo todo vêm estabelecendo formas diversas para reconhecimento e proteção dessas relações afetivas<sup>4</sup>, 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 dignidade<sup>5</sup>.

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

---

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

<sup>2</sup> Cf. CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução Klauss 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.

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

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

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

bia como “pecado”<sup>6</sup> – 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”<sup>7</sup> – hoje absolutamente superada no âmbito da Medicina<sup>8</sup> e da Psicologia<sup>9</sup> –, não subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhe-

---

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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 homossexual<sup>10</sup>, 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 homoafetiva<sup>11</sup> – 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.

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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 1996<sup>12</sup>. 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 Nacional<sup>13</sup>.

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.

---

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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 crueza. 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 ADPF<sup>14</sup>: 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

---

<sup>14</sup> 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 arguição 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 importantes<sup>15</sup>.

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

---

<sup>15</sup> 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 imediata<sup>16</sup>.

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-

---

<sup>16</sup> 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 lesividade<sup>17</sup>.

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.

---

<sup>17</sup> 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. 3.300<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> 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 de

## 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 consideração<sup>19</sup>. 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”.

<sup>19</sup> 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 imutáveis<sup>20</sup> –, 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 profundas<sup>21</sup>.

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 identidade<sup>22</sup>.

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

---

<sup>20</sup> 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.

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

<sup>22</sup> 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 preconceitos<sup>23</sup>.

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-

---

<sup>23</sup> 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 sexo<sup>24</sup>.

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*<sup>25</sup>, 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

---

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

<sup>25</sup> 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 brasileiro<sup>26</sup>. 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 Européia<sup>27</sup> 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)

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

Cumpra, porém, aprofundar o exame da ofensa ao princípio da igualdade. Afinal, é certo que nem toda desigualação 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 infraconstitucional<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> 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 desiguais<sup>29</sup>.

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 natural<sup>30</sup>; elas atentariam contra a “natureza das coisas”<sup>31</sup>; elas não mereceriam proteção legal porque não dão ensejo à procriação<sup>32</sup>;

---

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

<sup>30</sup> 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](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_en.html)>. Acesso em: 23 abr. 2006).

<sup>31</sup> 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*. 2<sup>nd</sup> ed. Amherst, Mass.: Prometheus Books, 2004, p. 115-116.

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

elas estimulariam comportamentos sexuais desviantes, enfraquecendo a família e o casamento<sup>33</sup>; 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 fundamentais<sup>34</sup>.

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 metafísicas<sup>35</sup>.

---

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

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

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

<sup>35</sup> 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 vida<sup>36</sup>, 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 ser<sup>37</sup>. 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.

---

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

<sup>37</sup> 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 mulher<sup>38</sup>. 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 afetividade<sup>39</sup>. 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-

---

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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 humana<sup>40</sup>.

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.

---

<sup>40</sup> 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 homossexuais<sup>41</sup>, 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 incontroversos, 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

---

<sup>41</sup> 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 crítica<sup>42</sup>. 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 pessoas<sup>43</sup>. 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 majoritário<sup>44</sup>.

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

---

<sup>42</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. Liberty and moralism. In: \_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 240-258.

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

<sup>44</sup> 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 jurídica<sup>45</sup>.

### **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

---

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

de existência<sup>46</sup>, 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 INSS<sup>47</sup> 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 humana<sup>48</sup>. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana

---

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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-estima<sup>49</sup>, que já foi definida por John Rawls como “o mais importante bem primário” existente na sociedade<sup>50</sup>.

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 características<sup>51</sup>.

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 reconhecimento<sup>52</sup>. No campo da distribuição, trata-se de corrigir as desi-

---

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

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

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

<sup>52</sup> 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 homoganeamente 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 negaçõs 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 injusta<sup>53</sup>.

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-

---

<sup>53</sup> 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 pessoa<sup>54</sup>. 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 meio<sup>55</sup>. 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-pluralista<sup>56</sup>.

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.

---

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

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

<sup>56</sup> 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 terceiros<sup>57</sup>.

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 patrimonial<sup>58</sup>. 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.

---

<sup>57</sup> 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).

<sup>58</sup> 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 ideológica<sup>59</sup>.

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”<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> TEPEDINO, Parecer citado, p. 9.

<sup>60</sup> 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 direitos<sup>61</sup>.

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

---

<sup>61</sup> 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 jurídica<sup>62</sup>.

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 conflitantes<sup>63</sup>.

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.

---

<sup>62</sup> 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”.

<sup>63</sup> 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”<sup>64</sup>, 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:

---

<sup>64</sup> 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 Estado<sup>65</sup>.

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

---

<sup>65</sup> 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 normas<sup>66</sup>.

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.

---

<sup>66</sup> 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 analógico<sup>67</sup>.

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.

---

<sup>67</sup> 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 alhures<sup>68</sup>, 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 Dworkin<sup>69</sup>, esses direitos são trunfos, que prevalecem diante das preferências comunitárias ou de cálculos utilitaristas, e que, por-

---

<sup>68</sup> DIAS, *União homossexual*, cit., p. 83-84.

<sup>69</sup> 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 preconceito<sup>70</sup>. 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.

<sup>70</sup> 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 homossexuais<sup>71</sup>.

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 Constituição<sup>72</sup>, 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

---

<sup>71</sup> 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 consequência seria desvirtuar a sua natureza: de norma de inclusão. De fato, ela foi historicamente introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram” (Diferentes, mas iguais..., cit., p. 34).

<sup>72</sup> 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 analogicamente<sup>73</sup>.

### 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 partilha<sup>74</sup>.

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

---

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> 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 comum<sup>75</sup>.

Todavia, essa solução, que é hoje a predominante no âmbito da jurisprudência nacional<sup>76</sup>, 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-

---

<sup>75</sup> Recurso Especial n. 148.897-MG, julgado em 10.2.1998.

<sup>76</sup> 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 estável<sup>77</sup>.

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 sexo<sup>78</sup>, sobre a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual<sup>79</sup> 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-

---

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> 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<sup>a</sup><sup>80</sup>, 2<sup>a</sup><sup>81</sup>, 4<sup>a</sup><sup>82</sup> e 5<sup>a</sup><sup>83</sup> Regiões e do

---

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

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

<sup>82</sup> Apelação Cível n. 2000.04.01.073643-8, 6<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> Turma, rel. desembargador federal Néfi Cordeiro, julgada em 15.12.2004; e Apelação Cível n. 2000.71.000.009347-0/RS, 6<sup>a</sup> Turma, rel. desembargador federal João Batista Pinto Silveira, julgada em 27.7.2005. No último caso citado,

próprio STJ<sup>84</sup> 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”.

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> 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 matéria<sup>85</sup>.

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

---

<sup>85</sup> 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 homoafetivas<sup>86</sup>.

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

---

<sup>86</sup> 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 Federal<sup>87</sup>.

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

---

<sup>87</sup> 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 sexo<sup>88</sup>, 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 Canadá<sup>89</sup>, a jurisprudência da Suprema Corte reconheceu, no julgamento do caso *M. vs. H.*<sup>90</sup>, 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.

---

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

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> (1996) 142 D.L.R. 4th 1,6.

O mais conhecido e importante desses precedentes foi o caso *Halpern vs. Attorney General of Canadá*<sup>91</sup>, 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*<sup>92</sup> foi afirmativa. Segundo o Tribunal, o projeto de lei em questão não apenas não violava a Constituição, como antes derivava diretamente do direito à igualdade previsto na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que integra o bloco de constitucionalidade daquele país<sup>93</sup>.

---

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

<sup>92</sup> (2004) 3 S.C.R. 698.

<sup>93</sup> 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”<sup>94</sup>.

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*<sup>95</sup>, 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

---

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

<sup>95</sup> 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](http://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*<sup>96</sup>, em 2003, a Suprema Corte entendia que nem mesmo a criminalização das práticas homossexuais violava a Constituição<sup>97</sup>.

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*<sup>98</sup>. 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

---

<sup>96</sup> 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.

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

<sup>98</sup> 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 sexo<sup>99</sup>.

Também no Alaska, a Suprema Corte estadual reconheceu a inconstitucionalidade da não-extensão do direito ao casamento aos casais formados por pessoas do mesmo sexo<sup>100</sup>. 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*<sup>101</sup>, 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 sexo<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> 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.

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

<sup>101</sup> 744 A.2d 865 (Vt 1999).

<sup>102</sup> 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*<sup>103</sup>, 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*<sup>104</sup>, 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.

---

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> 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*<sup>105</sup>, 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*<sup>106</sup>, em que determinou a exten-

---

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

<sup>106</sup> *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*<sup>107</sup>, em que reconheceu o direito de casais homossexuais de realizarem adoções conjuntas; e o *J.*<sup>108</sup>, 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*<sup>109</sup>, 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

---

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

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

<sup>109</sup> 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

# Seção V

Temas Atuais



# Jasper vs. the United Kingdom: controvérsia sobre as regras de sigilo e o direito à igualdade de armas no processo, sob a luz da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>1</sup>

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Dos fatos postos sob análise da Corte Européia dos Direitos Humanos. 3 Do direito invocado pelas partes. 4 Da matéria apreciada pela Corte Européia dos Direitos Humanos. 5 O conflito entre a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e o direito de o Estado manter em sigilo elementos de prova. 6 Conclusão: a decisão da Corte Européia de Direitos Humanos no Caso Jasper.

## 1 Introdução

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais contém dispositivos que tutelam, entre outros direitos fundamentais, o devido processo legal e, mais especificamente, as prerrogativas da defesa em processo criminal. Com base em tais dispositivos a Corte Européia dos Direitos Humanos tem sido provocada a manifestar-se nos casos em que a defesa entende terem sido violados os princípios que regem o devido processo legal, especialmente a ampla defesa e a paridade de armas.

---

\* Luiz Fernando Voss Chagas Lessa é Procurador da República, professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), mestre em Ciências Jurídicas e doutorando em Direito pela PUC-Rio.

<sup>1</sup> *Case of Jasper vs. The United Kingdom.*

Reiteradamente, a Grã-Bretanha tem sido chamada perante aquela Corte, sob a acusação de violar tais dispositivos por meio da aplicação de preceitos legais e regulamentares que permitem ao órgão de acusação manter em sigilo do acusado, com fundamento no interesse público, determinadas informações e provas.

O julgamento ora analisado, apesar de ter sido proferido em 16 de fevereiro de 2000, é um dos mais recentes de uma série de casos assemelhados postos perante a Corte visando responsabilizar a Grã-Bretanha pela violação do art. 6º e parágrafos da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Na mesma data, a Corte proferiu sua decisão no caso *Fitt vs. The United Kingdom*<sup>2</sup>, utilizando os mesmos argumentos para chegar à conclusão de que parte da prova produzida em uma investigação criminal pode ser omitida do conhecimento do réu.

O presente texto, pois, busca transcrever os argumentos expendidos pela Corte Européia quando do julgamento de *Jasper vs. The United Kingdom*, demonstrando o raciocínio seguido pela Corte Européia ao proferir referida decisão.

## **2 Dos fatos postos sob análise da Corte Européia dos Direitos Humanos**

Eric Jasper, cidadão inglês, foi denunciado e, posteriormente, condenado por ter dolosamente participado do tráfico de *cannabis* para o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Segundo o relatório do julgamento, em 30 de junho de 1993, o senhor Jasper internou cerca de três toneladas de resina de *cannabis* no Reino Unido. A droga estava escondida dentro de uma carga de carne congelada transportada por um caminhão de Zeebrugge e entre-

---

<sup>2</sup> *Case of Fitt vs. The United Kingdom.*

gue na localidade de Dunton Green, perto de Sevenoaks em Kent. A polícia aduaneira tinha o acusado sob observação, já que, em outras duas oportunidades, naquele mesmo ano, outros carregamentos de carne partiram da mesma origem, transportados por empresa denominada Davidsons. Uma busca e apreensão feita no frigorífico para o qual a carne foi levada revelou a droga em quatro peças de carne que haviam sido postas para descongelar. Além disso, diligências posteriores revelaram o aluguel, por parte do senhor Jasper, de um cofre no qual guardava documentos falsos e grande quantia em dinheiro.

O senhor Jasper foi denunciado e, antes da produção da prova da acusação em juízo, foi requerida pelo escritório do *Crown's Prosecutor* uma decisão que assegurou a manutenção em sigilo, para o próprio acusado, de parte da prova produzida durante a investigação criminal, inclusive o resultado de uma interceptação telefônica. O acusado, então, sob o argumento de que teria sido prejudicado em sua defesa, recorreu da decisão que deferiu a manutenção do sigilo, tendo a ação condenatória corrido formalmente por todas as etapas previstas pelo sistema processual britânico. Como última tentativa de reverter aquela decisão e, por conseguinte, obter acesso à prova apta a fundamentar a desconstituição de sua condenação, peticionou à Comissão Européia de Direitos Humanos que reconheceu a admissibilidade da petição.

### **3 Do direito invocado pelas partes**

Em sua petição à Corte, o senhor Eric Jasper visou ver reconhecida a violação aos seus direitos humanos, como estatuído pelos §§ 1º e 3º, (b) e (d), do art. 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como obter uma reparação razoável na forma do art. 41 da Convenção

para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. O governo de Sua Majestade rechaçou a pretensão do peticionário por entender que não existiu qualquer violação de referida Convenção, assegurando terem sido observados todos os princípios atinentes à ampla defesa e ao devido processo legal.

Os dispositivos invocados pelo peticionário visam, antes de tudo, assegurar um processo dialético, presidido por um órgão imparcial, de modo que impeça que a força econômica e a organização do Estado pactuante sejam os fatores predominantes na prestação jurisdicional. Desse modo, é conferida à defesa a oportunidade de conhecer e se manifestar, em um prazo que permita uma preparação adequada, sobre todas as provas e ilações tecidas pela acusação. Com tal fundamento em seu favor, o reclamante buscou impugnar decisão judicial que reconheceu o direito de a acusação manter em sigilo uma série de elementos de prova, colhidas durante a investigação criminal e que, no entender do patrono do peticionário, teria tolhido o direito a uma preparação adequada.

Do mesmo modo, sustentou que, ao não lhe ser concedida vista de tais elementos, não pôde preparar uma impugnação adequada, quer à medida tomada pelo órgão de persecução, quer, em sede recursal, à decisão do juízo de 1º grau que considerou válido o sigilo decretado. Por derradeiro, defendeu o peticionário a necessidade de que, pelo menos, fosse nomeado pela justiça inglesa um curador *ad litem* (*special counsel*) com acesso a tais provas e a missão de patrocinar os interesses do reclamante na luta pela quebra do sigilo, sem, contudo, ter para com o então réu, ou seu defensor, a obrigação, ou sequer o direito, de revelar o teor da prova suprimida.

Contra a pretensão do peticionário, a Grã-Bretanha erigiu a necessidade da manutenção de sigilo de determinadas provas, cuja divulgação seria prejudicial ao interesse público, seja por resultar

em séria ameaça contra a vida de agentes e testemunhas, seja por prejudicar investigação em andamento contra outros suspeitos. O sigilo, aqui, mostra-se como elemento fundamental para a proteção não do Estado, mas da segurança da sociedade.

Com efeito, ao proteger agentes e testemunhas, bem como as técnicas de investigação utilizadas em determinado caso criminal, é possibilitado aos órgãos encarregados da segurança da sociedade progredir no combate à criminalidade sem, contudo, negar o direito dos acusados a um julgamento justo e imparcial. A prova omitida tem sua relevância para a defesa controlada pelo judiciário que, por ter a obrigação de manter o sigilo, preserva íntegros os interesses em jogo.

A defesa do Reino Unido funda-se em vários dispositivos, entre os quais o *Interception of Communications Act* de 1985, o *The Criminal Procedure and Investigation Act* de 1996, o *Special Immigration Appeals Act* de 1997, o *Northern Ireland Act* de 1998, este editado após os fatos, e o regulamento denominado Linhas Gerais (*Guidelines*), editado pelo Procurador-Geral da Coroa, que normatiza o exercício da acusação e que teve sua legalidade reconhecida, ao menos em parte, pelo *common law* em *R. vs. Ward*, *R. vs. Trevor Douglas K.*, *R. vs. Davis, Johnson and Rowe*, *R. vs. Keane*, *R. vs. Rasheed*, *R. vs. Winston Brown* e *R. vs. Turner*.

#### **4 Da matéria apreciada pela Corte Européia dos Direitos Humanos**

De acordo com a transcrição do julgamento, a Corte Européia não tem como, *in abstracto*, determinar a presença de interesse público apto a fundamentar decisão que manteve desconhecida de acusado, em processo criminal, parte da prova produzida durante a persecução pré-processual. A competência para apreciar a prova

produzida em julgamento, e, portanto, a necessidade do sigilo, é das cortes dos Estados nacionais. Todavia, compete à Corte examinar e assegurar se foi conferido ao acusado um julgamento imparcial, sendo-lhe garantidos todos os meios de defesas cabíveis, em especial a chance de impugnar tal decisão.

A Corte, então, deve velar pelo respeito ao contraditório e à igualdade de armas; em suma, pelo direito a um julgamento justo (*fair trial*), como consagrado pelo art. 6º da Convenção. Para a Corte, impõe-se que os elementos de um processo criminal, incluindo aqueles de natureza procedimental, devem ser submetidos ao contraditório (*adversarial trial*), assegurando-se à defesa e ao órgão de persecução igualdade de armas (*equality of arms*), ou seja, no direito das partes de conhecer e se manifestar a respeito das provas e alegações produzidas pela parte adversa. Ao mesmo tempo, a acusação deve informar a defesa sobre todos os elementos substanciais de prova que detém contra o acusado, garantindo-lhe amplo acesso a eles.

No caso presente, estão em conflito a necessidade do sigilo decretado pelo órgão de acusação sobre determinados elementos de prova produzidos durante a investigação criminal e o direito da defesa de ter meios para pugnar pelo conhecimento, não só da natureza de tais elementos, mas também do seu conteúdo. Curiosamente, o aspecto processual, aqui representado pelos princípios do contraditório (*adversarial trial*) e de paridade de armas (*equality of arms*), ganha preponderância sobre a matéria de fundo, qual seja, o direito de a acusação manter em sigilo parte das provas obtidas contra o acusado. Na verdade, o cerne da discussão reside na adequação dos meios conferidos à defesa para contestar a decisão administrativa e a forma pela qual se verifica o controle jurisdicional de tal ato, sendo tais princípios erigidos ao *status* de garantias do direito à liberdade.

O art. 6º da Convenção prevê, em seus dispositivos, vários direitos de natureza processual destinados a assegurar um julgamento equânime (*fair trial*), especialmente em sede criminal. Contra a alegada violação a esses direitos, o órgão de persecução levantou o seu direito à manutenção do sigilo de determinados elementos de prova, com fundamento no interesse público, como estabelecido pelo Procurador-Geral da Coroa, por meio de regulamento, denominado Linhas Gerais (*Guidelines*), editado posteriormente sob a forma de legislação, não sem antes ter o seu conteúdo definido e delimitado pelo *common law* em uma série de precedentes.

Por isso tudo, a Corte, no caso em tela, limitou-se a verificar se as garantias processuais asseguradas pela Convenção foram respeitadas.

## **5 O conflito entre a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e o direito de o Estado manter em sigilo elementos de prova**

O art. 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais é cláusula que prevê, de forma expressa e minuciosa, os princípios processuais que deverão ser adotados em processo criminal ou civil pelos Estados pactuantes, com o intuito de garantir um julgamento justo e imparcial. As alíneas *b* e *d* do n. 1 prestigiam o direito de o acusado dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa e de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

Todavia, no seu *caput*, o n. 1 do art. 6º admite, de forma expressa, que, embora o julgamento deva ser público, o acesso à sala

de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade possa ser prejudicial para os interesses da justiça.

Dessarte, admite a Convenção a possibilidade de ser decretado o sigilo em função do interesse público.

No caso sob apreço, o órgão de persecução peticionou ao juízo de primeira instância solicitando a manutenção do sigilo sobre parte dos elementos de prova em seu poder, tendo sido a defesa notificada de tal intenção sem, contudo, ser informada acerca da natureza ou do conteúdo da prova suprimida, bem como conferida a oportunidade de, após oferecer um esboço de sua tese defensiva, solicitar a vista dos elementos aptos a substanciar seus argumentos, o que foi indeferido pelo juiz.

No sistema da *common law*, a acusação tem o dever de informar previamente à defesa quais as provas em seu poder que de alguma forma podem prejudicar a tese de acusação. Em 1981, o Procurador-Geral da Coroa baixou regulamento (*Guidelines*), sem força de lei, explicitando quais seriam as exceções a tal dever, tendo por fundamento o interesse público (*public interest*). Basicamente, qualquer elemento de prova que não tivesse sido utilizado para sustentar a denúncia, ou que, embora utilizado, tivesse sido apresentado em versão editada, deveria ser considerado material descartado e, portanto, sem interesse para a defesa, desde que não constituísse prova material do crime ou de suas circunstâncias. No entanto, qualquer elemento não utilizado que se enquadrasse no conceito

de “material sensível”, definido como aquele elemento probatório colhido pela acusação sob o dever de manutenção de sigilo (v.g., documentos bancários), que fosse pertinente à segurança nacional, que pudesse colocar em risco de vida investigadores, testemunhas e informantes, que tivesse o condão de atrapalhar investigações em andamento, quer por alertar suspeitos, quer por revelar métodos de investigação, ou que contivesse detalhes delicados da vida privada do produtor de dito material, não poderia ser franqueado à defesa. Isso, é claro, desde que essa supressão não fosse prejudicial à tese defensiva.

As *Guidelines* foram contestadas seguidamente, desde 1992, em *R. vs. Ward*, e posteriormente *R. vs. Trevor Douglas K.*, *R. vs. Davis, Johnson and Rowe*, *R. vs. Keane*, *R. vs. Rasheed*, *R. vs. Winston Brown* e *R. vs. Turner*. A Corte de Apelações da Inglaterra decidiu que a acusação tinha o dever de submeter ao controle judicial toda e qualquer decisão de acobertar determinados elementos de prova, sob alegação de interesse público (*public interest immunity*), sem a qual a persecução penal deveria ser abandonada. Aquela corte nacional decidiu que, mesmo nos casos excepcionais, nos quais a natureza da prova impede que a defesa seja notificada, a acusação deve peticionar ao juiz que, *ex officio*, deverá ponderar (*balancing act*) a necessidade (*desirability*) de se preservar o interesse público em face dos interesses da justiça referentes à liberdade e à vida. Somente elementos não utilizados considerados substanciais (*material*) deveriam ser submetidos ao controle judicial, competindo à acusação selecionar a prova que era (a) relevante às questões suscitadas na denúncia, mas não utilizada, ou (b) pertinente a um fato não consubstanciado na denúncia ou revelado pela prova a ser utilizada ou, ainda, (c) elementos indiciários de (a) e (b).

Posteriormente, tais regulamentos, como delimitados pela *common law*, foram positivados por meio de diploma legal, criando

a exigência de uma dupla notificação à defesa, com o intuito de lhe garantir o acesso a toda prova que possa minar a tese da acusação, bem como sustenta a tese da defesa o *The Criminal Procedure and Investigation Act* de 1996. Por sua vez, os ditames do *Interception of Communications Act* de 1985 permitem a interceptação telefônica, por mandado emitido pelo Secretário do Interior (*Home Secretary*), com o intuito de evitar a prática de crime grave, mas impedindo, entretanto, que o resultado de tal interceptação seja utilizada como prova em juízo. Além disso, o Reino Unido, por meio do *Special Immigration Appeals Act* 1997 e do *Northern Ireland Act* 1998, criou a figura do curador *ad litem* (*special counsel*). Esses documentos prevêem, em casos que envolvem a segurança nacional, a possibilidade da nomeação, pelo Procurador-Geral, de defensor que, apesar de obrigado a defender os interesses do seu representado, não responde a ele, tendo a obrigação de manter em sigilo a informação tida por confidencial.

## **6 Conclusão: a decisão da Corte Européia de Direitos Humanos no Caso Jasper**

Como se deduz do exposto, o direito ao acesso a todas as provas em poder do órgão de acusação não é um direito absoluto, sendo admissível a decretação do sigilo pelo órgão de persecução criminal, inclusive em relação ao acusado, quando o interesse público ou a defesa dos interesses fundamentais de outros indivíduos assim o demandarem, seja em função da segurança nacional, ou para possibilitar a proteção de testemunhas, de agentes da lei e de métodos de investigação. Tanto assim que a parte reclamante não contesta a possibilidade de ser decretado o sigilo, mas o fato de não ter sido conferido ao acusado um julgamento imparcial, sendo-lhe assegurado todos os meios de defesa cabíveis, em especial a chance de impugnar tal decisão, conforme consagrado pelo art.

6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cabe à Corte velar pelo respeito ao contraditório (*adversarial trial*), assegurando-se à defesa e ao órgão de persecução igualdade de armas (*equality of arms*), ou seja, o direito das partes de conhecer e se manifestar sobre as provas e alegações produzidas pela parte adversa, em suma, pelo direito a um julgamento justo (*fair trial*).

Para a Corte, impõe-se que os elementos de um processo criminal, inclusive aqueles de natureza procedimental, devem ser submetidos ao contraditório. Ao mesmo tempo, a acusação deve informar à defesa sobre todos os elementos substanciais de prova que detém contra o acusado, garantido a ela amplo acesso a tais elementos. Contudo, qualquer dificuldade criada ao direito de defesa deve ser compensada por um procedimento de controle judicial, em que o interesse público na manutenção do sigilo será ponderado com o direito à ampla defesa, assim assegurando um julgamento justo (*fair trial*).

Ademais, a prova mantida em sigilo não foi utilizada para substanciar a condenação, tendo tais elementos de convicção ficado à disposição do juízo durante toda a duração do processo, assim cumprindo os requisitos de controle judicial estabelecidos pela *case law*. Por sua vez, a Corte Européia não tem como, *in abstracto*, determinar a presença de interesse público apto a fundamentar decisão que manteve desconhecida de acusado em processo criminal parte da prova produzida durante a persecução pré-processual. A competência para apreciar a prova produzida em julgamento, e, portanto, a necessidade do sigilo, é das Cortes dos Estados Nacionais. Após uma ponderação dos interesses em conflito, a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu, por maioria, que no caso do senhor Jasper não houve qualquer violação à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, uma vez

que foi assegurada à defesa amplo direito de participação na formação da decisão que resultou na manutenção do sigilo. Tanto assim que teve a parte o direito de recorrer contra tal decisão, o que foi feito, não obstante não ter logrado êxito.

## Referências

COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Fitt vs. The United Kingdom* [GC], n. 29777/96, ECHR 2000-II. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=696372&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>. Acesso em: 26 set. 2007.

\_\_\_\_\_. *Jasper vs. The United Kingdom* [GC], n. 27052/95, ECHR 16 February 2000. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Jasper%20%7C%20United%20%7C%20Kingdom&sessionId=2367954&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 26 set. 2007.

MINISTRY OF JUSTICE. *Immigration Act 1971*. Disponível em: <<http://www.statutelaw.gov.uk/LegResults.aspx?LegType=All+Primary&PageNumber=59&NavFrom=2&activeTextDocId=1578007>>. Acesso em: 24 set. 2007.

\_\_\_\_\_. *Interception of Communications Act 1985*. Disponível em: <<http://www.statutelaw.gov.uk/legResults.aspx?LegType=All+Legislation&title=Interception+of+Communications+Act&searchEnacted=0&extentMatchOnly=0&confersPower=0&blanketAmendment=0&TYPE=QS&NavFrom=0&activeTextDocId=1300663&PageNumber=1&SortAlpha=0>>. Acesso em: 24 set. 2007.

OFFICE OF PUBLIC SECTOR INFORMATION. *The Criminal Procedure and Investigation Act 1996*. cap. 25. Disponível em: <<http://www.opsi>.

gov.uk/acts/acts1996/ukpga\_19960025\_en\_1>. Acesso em: 24 set. 2007.

\_\_\_\_\_. *Special Immigration Appeals Act 1997*. Disponível em: <[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1997/ukpga\\_19970068\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1997/ukpga_19970068_en_1)>. Acesso em: 24 set. 2007.

\_\_\_\_\_. *Northern Ireland Act 1998*. Disponível em: <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980047.htm>>. Acesso em: 24 set. 2007.



# NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* (ESMPU), com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de artigos que versem sobre matéria jurídica ou afim, de autoria de membros e servidores do MPU ou de colaboradores externos à Instituição e de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU. O envio e a publicação de trabalhos no *Boletim* hão de atender às normas a seguir apresentadas.

## 1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira (somente para autores estrangeiros), com no máximo quarenta laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, pelo fax (61) 3313-5185, o Formulário de Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação em Meio Eletrônico, disponível na página da ESMPU, no endereço <[www.esmpu.gov.br](http://www.esmpu.gov.br)>, no link “Formulários”, devidamente preenchido e assinado.

- 1.4. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato RTF (*Rich Text Format*), ou .doc (*Word*), por meio eletrônico, para o endereço <editoracao@esmpu.gov.br>.
- 1.5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023).
- 1.6. O Núcleo de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelo telefone (61) 3313-5114.

## 2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.