PODER EXECUTIVO ESTADUAL

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADPF - 132

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial
27/02/2008 16:55 25832

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento no art. 102, § 1°, da Constituição Federal e no art. 1° e segs. da Lei n° 9.882, de 3.12.99, vem apresentar **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**, indicando:

1. como *preceitos fundamentais violados*, o direito à igualdade (art. 5°, *caput*); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5°, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, IV); e o princípio da segurança jurídica (art. 5°, *caput*), todos contidos na Constituição da República; e

2. como *atos do Poder Público causadores da lesão*:

a) o art. 19, II e V e o art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n° 220, de 18.07.1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro. Inteiro teor em anexo, doc. n° 1), se interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais;

b) o conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive e notadamente o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis.

Subsidiariamente, caso esse Eg. Tribunal entenda não ser hipótese de cabimento de ADPF – o que se admite apenas para argumentar, sem conceder – o autor requer que o pedido seja conhecido como Ação Direta de Inconstitucionalidade, para o fim de se atribuir interpretação conforme aos referidos dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro e também ao art. 1723 do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), que dispõe sobre o regime jurídico da União Estável[1]. A interpretação requerida deverá excluir a possibilidade de se dar a tais disposições normativas aplicação geradora de conseqüência discriminatória incompatível com a Constituição.

A demonstração da satisfação dos requisitos processuais, bem como da procedência do pedido, de sua relevância jurídica e do perigo da demora será feita no relato a seguir.

I. NOTA PRÉVIA[2]

SÍNTESE DAS IDÉIAS QUE FUNDAMENTAM A PRESENTE AÇÃO

I.1. As relações homoafetivas e o Direito

1. 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

[1] Código Civil (Lei nº 10.406/2002), 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".

[2] Algumas idéias, informações e passagens da presente peça foram colhidas em Luís Roberto Barroso, "Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil", *Revista de Direito do Estado* 5:167, 2007.

desdobramento, assumiram publicamente 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 o tema.

2. Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. De fato, tais parcerias existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o Direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejável situação de insegurança. 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 da presente petição.

I.2. Fundamentos filosóficos

3. A presente ação se assenta sobre dois fundamentos filosóficos. O primeiro deles é que o homossexualismo é um fato da vida. Seja ele considerado uma condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa não é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Deve-se destacar, ademais, que o homossexualismo – e as uniões afetivas entre

pessoas do mesmo sexo que dele decorrem – não viola qualquer norma jurídica, 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.

4. O segundo fundamento filosófico da ação aqui proposta consiste no reconhecimento de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O Poder Público não pode nem deve praticar ou chancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis. Às instituições políticas e jurídicas toca a missão de acolher – e não de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

II.3. Fundamentos jurídicos

5. A presente ação se desenvolve em torno de duas teses centrais. A primeira 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 segunda tese é a de que, ainda quando não fosse uma conseqüência imediata 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, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional.

6. Os princípios em questão são o da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. A analogia, por sua vez, impõe a extensão, a uma hipótese não prevista no ordenamento, da norma aplicável à situação mais próxima. Pois bem: a situação que melhor se equipara à da união afetiva não é, por certo, a *sociedade de fato*, em que *duas ou mais* pessoas empreendem esforços para fins comuns, geralmente de natureza econômica. A analogia adequada, como se constata singelamente, é a da união estável, situação em que duas pessoas compartilham um projeto de vida comum, baseado no afeto. Chega-se aqui ao conceito-chave no equacionamento do tema: é sobretudo a *afetividade*, não a sexualidade ou o interesse econômico, que singulariza as relações homoafetivas e que merece a tutela do Direito.

II. QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES

DIREITO DE PROPOSITURA E CABIMENTO DA ADPF

II.1. Legitimação ativa e pertinência temática

7. Nos termos do art. 2°, I, da Lei n° 9.882/99, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da

Constituição Federal[3]. Nesse rol, estão incluídos os Governadores de Estado. A pertinência temática, por sua vez, não é difícil de demonstrar, o que se fará na seqüência.

8. Com efeito, no Estado do Rio de Janeiro existe grande número de servidores que são partes em uniões homoafetivas estáveis. Diante disso, colocam-se para o Governador do Estado e para a Administração Pública questões relevantes relativamente às normas sobre licenças por motivo de doença de *pessoa da família* ou para acompanhamento de *cônjuge*, bem como sobre previdência e assistência social. A indefinição jurídica acerca da aplicabilidade de tais normas aos parceiros de uniões homoafetivas sujeita o Governador, como chefe da Administração Pública, a conseqüências jurídicas perante o Tribunal de Contas do Estado, o Ministério Público e a Justiça estaduais, seja qual for a linha interpretativa pela qual venha a optar. Ademais, após a Constituição de 1988 e a legislação subseqüente, que expandiram de forma importante o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade no país, parece impróprio que o Chefe do Executivo Estadual adote determinada interpretação que se apresenta controversa sem levar a questão, pelos meios próprios, ao Supremo Tribunal Federal[4].

---

[3] CF, art. 103: "Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

[4] Como se sabe, o reconhecimento de legitimidade ativa ao Presidente da República e ao Governador de Estado para a propositura das ações de controle abstrato até levou alguns autores a questionar a subsistência da tese, tradicional no Direito brasileiro, de que as referidas autoridades poderiam negar aplicação a lei ou ato normativo que considerassem inconstitucional. Em certos casos, como na questão ora discutida, sequer se cuida de negar aplicação, mas sim da necessidade

9. De parte isto – que já seria suficiente –, existem milhares de parcerias afetivas unindo pessoas do mesmo sexo no Estado do Rio de Janeiro. É natural e legítimo, assim, que o Governador do Estado, agente público eleito, represente também os interesses dessa parcela da coletividade. Note-se que as demandas relacionadas com a matéria aqui discutida deságuam perante o Poder Judiciário do Estado, que tem produzido decisões divergentes. A pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, terá impacto positivo sobre pessoas domiciliadas no Estado e sobre as instituições estaduais.

10. Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, cabe agora examinar a presença dos requisitos de cabimento da ADPF.

II.2. Cabimento da ADPF

11. A Lei n° 9.882, de 3.12.99, que dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental[5], contemplou duas modalidades possíveis para o instrumento: a argüição autônoma e a incidental. A argüição aqui proposta é de natureza *autônoma*, cuja matriz se encontra no *caput* do art. 1° da lei específica, *in verbis*:

---

inafastável de se adotar uma das interpretações possíveis. Ainda assim, parece mais do que desejável que o Chefe do Poder Executivo se valha da legitimidade que lhe é conferida para provocar a manifestação desse Eg. STF e afastar o risco de adotar solução posteriormente declarada inconstitucional, em prejuízo de direitos fundamentais e da própria segurança jurídica. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2006, p. 69-71.

[5] Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não-autoaplicabilidade da medida. V. *DJU*, 31 mai.1996, AgReg na Pet 1.140, Rel. Min. Sydney Sanches.

> *"Art. 1°. A argüição prevista no § 1° 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".*[6]

12. A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo.

13. São três os pressupostos de cabimento da argüição autônoma: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Confira-se, a seguir, a demonstração da satisfação de cada um deles na hipótese aqui examinada.

(i) Ameaça ou violação a preceito fundamental

[6] A argüição incidental decorre do mesmo art. 1°, parágrafo único, I: "Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição", combinado com o art. 6°, § 1° da mesma lei: "Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos *processos que ensejaram a argüição*, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria" (grifo acrescentado).

14. Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução "preceito fundamental". Nada obstante, há substancial consenso na doutrina de que nessa categoria hão de figurar os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1° a 4°). Também os direitos fundamentais se incluem nessa tipificação, compreendendo, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5° e segs). Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4°) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais *sensíveis* (art. 34, VII), cuja violação justifica a decretação de intervenção federal[7].

15. Conforme será aprofundado a seguir, na questão aqui posta os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, IV), um dos fundamentos da República; os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade (art. 5°, *caput*), reforçados pela enunciação de que um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro é a promoção de uma sociedade livre e sem preconceitos (art. 3°, IV); e o princípio da segurança jurídica (art. 5°, *caput*, entendido, também, como corolário imediato do Estado de direito[8]).

---

[7] Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2006, p. 250.

[8] Nesse sentido, a título de exemplo, v. STF, *DJU*, 5 nov 2004, MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes: "Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público".

(ii) Ato do Poder Público

16. Como decorre do relato explícito do art. 1° da Lei n° 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Na hipótese aqui versada, como apontado inicialmente, os atos do Poder Público violadores dos preceitos fundamentais em questão são de ordem normativa e judicial. Os atos normativos consubstanciam-se no art. 19, II e V e no art. 33 (incluindo seus dez incisos e seu parágrafo único), todos do Decreto-lei n° 220/75 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), que têm a seguinte dicção:

> *"Art. 19 - Conceder-se-á licença:*
> *(...)*
> *II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;*
> *(...)*
> *V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;" (Redação dada pela Lei n° 800/1984).*
>
> *"Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:*
> *I - salário-família;*
> *II - auxílio-doença;*
> *III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;*

IV - financiamento imobiliário;
V - auxílio-moradia;
VI - auxílio para a educação dos dependentes;
VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;
VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;
IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;
X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.
Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas".

17. Os dispositivos transcritos conferem direitos aos familiares de servidores públicos – como assistência médica e auxílio-funeral – ou mesmo aos próprios servidores em razão de eventos que ocorram aos membros de sua família. Nesse segundo caso, encontra-se, por exemplo, a licença concedida ao servidor pela doença de familiar. Tornou-se pacífico que tais direitos devem ser estendidos aos servidores que mantêm uniões estáveis heterossexuais. Porém, existe incerteza se podem ser aplicados às uniões homoafetivas. O autor da presente ação entende que sim, mas a tese não é pacífica.

18. Os atos de natureza judicial que motivam a presente ação consistem no conjunto de decisões proferidas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, predominantemente, vem negando equiparação entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis convencionais. De fato, inúmeros acórdãos recentes negam a possibilidade de se atribuir o *status* de entidade familiar a essas uniões. Confiram-se, exemplificativamente:

"RELACIONAMENTO ENTRE HOMENS HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. PLEITO OBJETIVANDO A HABILITAÇÃO COMO PENSIONISTA. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DA DEVIDA INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, a ela não se aplicam as disposições da Lei nº 8.971/94, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque, a Carta Magna, em seu artigo 226, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, consignando no parágrafo 3º que 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. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Por outro lado, ausente comprovação da inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento post mortem), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-

se de rigor a improcedência do pedido"[9] (decisão em anexo, doc. nº 2).

"Ação declaratória. Busca de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. Nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende a união entre pessoas do mesmo sexo. Não demonstrado o esforço comum, também não há que se falar em divisão de patrimônio ou de habilitação no inventário de um dos companheiros, falecido. Precedentes. Desprovimento do recurso"[10] (decisão em anexo, doc. nº 3).

19. Embora haja decisões esporádicas em sentido diverso[11], o fato é que o entendimento jurisprudencial majoritário viola

[9] TJRJ, j. 19 jun. 2007, AC 2006.001.59677, Rel. Des. Antonio Eduardo Duarte.

[10] TJRJ, j. 9 mar. 2006, AC 2005.001.28033, Rel. Des. Renato Simoni. No mesmo sentido, v. TJRJ, j. 28 nov. 2007, AC 2007.001.44569, Rel. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira (decisão em anexo, doc. nº 4).

[11] A título de exemplo, v. TJRJ, j. 5 abr. 2005, AC 2004.001.30635, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim: União estável. Relação homoafetiva entre mulheres. Dado o principio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscricão 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 8.971/94 e 9.278/96. Interpretação sistemática do disposto no par. 3. do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e a mulher referida na dita norma, esta' vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o conceito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, ate' mesmo para fins previdenciários. Pedido de partilha de patrimônio pretensamente comum que, na hipótese, e' indeferido por estar evidenciada a inexistência de relação estável como unidade familiar, tanto que o vinculo perdurou por apenas dois anos, no curso dos

direitos fundamentais das pessoas envolvidas, razão pela qual o autor pede ao Supremo Tribunal Federal que reconheça este fato e supere esta orientação.

(iii) Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (subsidiariedade da ADPF)

20. *A exigência de "inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade" não decorre da matriz constitucional do instituto, tendo sido imposta pelo art. 4°, § 1°, da Lei n° 9.882/99.* Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do "outro meio" referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir[12]. O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF.

---

qual a autora se relacionou, engravidou e deu à luz a um filho de seu ex-patrão, tudo a demonstrar que a relação entre as companheiras não gozava de estabilidade. Seja como for o cotejo entre a prova testemunhal e documental revela que não há qualquer prova de que a autora tenha contribuído para a aquisição do pequeno patrimônio adquirido apos o inicio da relação, mesmo porque não tinha bens nem emprego, não caracterizada, pois, uma sociedade de fato. Sentença reformada. Recurso provido. Precedente citado: Resp 148897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 10/02/1998" (decisão em anexo, doc. nº 5). No mesmo sentido, v. TJRJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel.ª Des.ª Letícia Sardas" (inteiro teor em segredo de Justiça).

[12] Embora na ADPF n° 17 (DJU 28 set. 2001), o Relator, Min. Celso de Mello, não tenha conhecido da argüição, por aplicação da regra da subsidiariedade, esse ponto não lhe passou despercebido, como se vê da transcrição da seguinte passagem de seu voto: "**É claro** que a **mera possibilidade** de utilização de outros meios processuais **não basta**, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir, **revelar-se-á** essencial que os instrumentos disponíveis **mostrem-se** aptos a sanar, **de modo eficaz**, a situação da lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade **não pode** – e não deve – ser invocado para **impedir** o exercício da ação constitucional de argüição de

21. Ora, a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e eficácia contra todos, elementos que, como regra, não podem ser obtidos por meio de ações de natureza subjetiva. Ademais, caso se pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Esse é o entendimento que tem prevalecido nesse Eg. STF[13].

---

descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, numa dimensão **estritamente** objetiva, a **realização jurisdicional** de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a **indevida** aplicação do princípio da subsidiariedade **poderia** afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, **o que representaria**, em última análise, a **inaceitável** frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com **grave** comprometimento da própria **efetividade** da Constituição.

Daí a **prudência** com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita no **art. 4º, § 1º,** da Lei nº 9.882/99, em ordem a **permitir** que a utilização da **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público" (negrito no original).

[13] *DJU*, 2 dez. 2002, p. 70, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes: "De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

(...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

22. No caso presente, a impugnação se volta, em primeiro lugar, contra lei estadual anterior à Constituição de 1988. Na linha da tradicional jurisprudência dessa Eg. Corte, trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo dessa natureza será capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais. Da mesma forma, inexiste qualquer ação objetiva que possa ser instaurada contra a linha jurisprudencial que prevalece na justiça estadual, em violação dos preceitos fundamentais aqui destacados.

III. NO MÉRITO

OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS E A SOLUÇÃO IMPOSTA PELA ORDEM JURÍDICA

III.1. Preceitos fundamentais violados

23. Como foi referido, os atos do Poder Público – notadamente as decisões judiciais – que negam reconhecimento jurídico às uniões entre pessoas do mesmo sexo violam de forma direta um

---

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogados ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.

(...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da argüição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional".

conjunto significativo de preceitos fundamentais, que incluem: a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o direito à liberdade, do qual decorre a proteção à autonomia privada, bem como o princípio da segurança jurídica. Confira-se uma exposição objetiva de cada uma das violações.

a) Princípio da igualdade

24. 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 fraterna, pluralista e sem preconceitos"*. O art. 3° 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. 5° reafirma que *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"*. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo[14] e à discriminação contras as mulheres[15].

25. Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição proíbe todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a

[14] CF/88, art. 5°, XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

[15] CF/88, art. 5°, I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas[16]. Embora tais considerações já fossem suficientes para evidenciar o evidente vício de inconstitucionalidade decorrente do não reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, duas observações parecem importantes.

26. Em primeiro lugar, veja-se que a jurisprudência desse Eg. STF reconhece de maneira pacífica a possibilidade de aplicação direta do princípio da igualdade para afastar práticas discriminatórias, ainda quando não haja legislação infraconstitucional dispondo sobre determinada questão específica. E isso até mesmo para impor aos particulares um dever de não-discriminação[17], superando eventuais considerações sobre a autonomia privada das partes envolvidas. Com muito mais razão, não deve essa Eg. Corte hesitar em coibir discriminação praticada pelo próprio Poder Público, a quem se reconhece não apenas a obrigação de se abster de violar direitos fundamentais, mas também um dever positivo de atuar na sua proteção e promoção[18].

---

[16] Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 48.

[17] 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: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 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* 19 dez. 1997, RE 161243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004.

[18] Sobre o chamado dever de proteção, v. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 257: "Outra importante conseqüência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos

27. Em segundo lugar, é preciso constatar que a ofensa ao princípio da igualdade, na hipótese, ocorre de forma direta, afetando seu núcleo essencial. Com efeito, embora o referido princípio envolva diversas sutilezas e complexidades, o ato impugnado ofende o seu conteúdo mais tradicional e elementar, relacionado à chamada igualdade formal. Em termos simples, cuida-se da proibição de que a ordem jurídica confira tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais. Tal comando não se dirige apenas ao legislador, exigindo também que os intérpretes, ao atribuir sentido e alcance às leis, evitem a produção de efeitos discriminatórios *in concreto*. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, eles deverão proceder inclusive de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição, exatamente o que se pede na presente ação.

28. Isso não significa 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. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo[19]. Nesse ponto, vale notar que certos critérios são considerados especialmente suspeitos pela ordem constitucional, como aqueles baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3°, IV). No item

---

fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados".

[19] Luís Roberto Barroso, Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 161.

gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la.

29. De qualquer forma, porém, não seria necessário elencar razões para impedir o tratamento diferenciado. A lógica é exatamente a inversa. Onde não exista motivo legítimo a exigir distinção, a regra há de ser o tratamento igualitário. Com a ressalva de que, em um Estado democrático e pluralista, tais motivos devem ser amparados por argumentos de razão pública e não por visões de mundo particulares, de ordem religiosa ou moral. Ainda quando endossadas por numerosos adeptos ou mesmo pela maioria, fato é que tais concepções não são obrigatórias e não podem, portanto, ser impostas pelo Poder Público.

30. No caso em exame, nenhum princípio ou valor protegidos pela Constituição são promovidos por meio do não reconhecimento das uniões afetivas desenvolvidas entre pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, o que se produz é uma violação direta ao propósito constitucional de se instituir uma sociedade pluralista e refratária ao preconceito. Não por acaso, os principais argumentos invocados para tentar defender a desequiparação pecam pela incoerência[20], ingressam no terreno da simples intolerância[21] ou são

[20] É o caso, por exemplo, do argumento de que as uniões homoafetivas não devem ser reconhecidas pela impossibilidade de procriação. Ora, há muito se cristalizou o entendimento de que o elemento central das uniões estáveis e do próprio conceito de família são a afetividade e o propósito de se construir uma convivência voltado ao respeito e apoio mútuos. Interpretado com coerência, o argumento da impossibilidade de procriação deveria servir para negar reconhecimento também às uniões formadas por casais estéreis ou mesmo àqueles que simplesmente não queiram ter filhos. A rigor, serviria até para negar *status* familiar às chamadas famílias monoparentais. Isso vai de encontro a todo o desenvolvimento teórico

embasados por concepções religiosas[22]. Certamente respeitáveis, mas insuscetíveis de imposição coativa em um Estado laico.

31. Nesses termos, a violação ao princípio da igualdade é verdadeiramente manifesta, não havendo um único argumento defensável no espaço público capaz de justificar a desequiparação jurídica entre as uniões afetivas com base na orientação sexual dos envolvidos.

b) Direito à liberdade, do qual decorre a autonomia privada

32. Um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar formalmente aos indivíduos um direito de escolha entre diferentes projetos de vida lícitos, como também propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar[23]. A liberdade, em sua feição geral, é pressuposto para o desenvolvimento da

---

experimentado pelo direito de família sob o influxo da Constituição de 1988, caracterizado pela prevalência da afetividade em detrimento das estruturas rigidamente hierarquizadas e voltadas à mera reprodução de padrões tradicionais.

[21] É o caso de estigmas tradicionais como as idéias de que os homossexuais seriam por natureza promíscuos ou indignos de confiança.

[22] Nesse domínio, destacam-se os argumentos de desrespeito a um suposto padrão "normal" de moralidade ou aos valores cristãos. A ordem jurídica conta com normas e instrumentos para coibir condutas prejudiciais a terceiros. Saindo desse campo, é preciso reconhecer que 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. Quanto aos valores cristãos, tal discussão certamente é pertinente no âmbito interno das confissões religiosas, que são livres para manifestar suas crenças e convicções de maneira pacífica. Não se trata, contudo, de argumento capaz de justificar práticas discriminatórias por parte de um Estado laico.

[23] 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. Ronald Dworkin, *Sovereign virtue*, 2000, p. 453 e ss..

personalidade. No entanto, certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção reforçada[24]. 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*[25]. E não de forma clandestina.

33. 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 significa 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. Esta 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.

---

[24] Daniel 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".

[25] Nesse sentido, v. Érika Harumi Fugie, Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF?, *Revista dos Tribunais 813*:64, 2003, p. 76: "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* 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".

34. A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade[26], largamente empregado por esse Eg. STF, exige que a imposição de restrições seja justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. 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 o fim de compatibilizar os interesses em conflito.

35. 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 determinadas concepções particulares, que podem até ser majoritárias, mas que não se impõem como juridicamente vinculantes em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral[27], próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos*

---

[26] Sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, v. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 311 e ss.; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 244; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 116-7; e Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 152-3.

[27] Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 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 pude, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores*".

adequados[28]. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

c) Princípio da dignidade da pessoa humana

36. É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana[29]. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo[30]; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual "reconhecimento"[31].

---

[28] Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, 1997, p. 370-1: "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".

[29] Ana Carla Harmatiuk Matos, *União de 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".

[30] Esta é, como se sabe, uma das máximas do *imperativo categórico* kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. V. Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1951. V. tb. Ted Honderich (editor), *The Oxford companion to Philosophy*, 1995, p. 589; Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: *Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005; e Ricardo Terra, *Kant e o Direito*, 2005.

[31] V. Charles Taylor, A política do reconhecimento. In: *Argumentos filosóficos*, 2000; José Reinaldo de Lima Lopes, O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: Celio Golin; Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (org.), *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*, 2003.

A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

37. 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 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.

38. 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", que deve ser atribuído às identidades particulares, ainda quando sejam minoritárias. 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 ao longo da história, caracterizando uma verdadeira política

oficial de discriminação. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

d) Princípio da segurança jurídica

39. 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, indispensáveis à paz de espírito e, por extensão, à paz social. A importância da segurança jurídica é reconhecida de maneira enfática pela jurisprudência desse Eg. Tribunal, justificando até mesmo que, em certas circunstâncias, sejam preservados os efeitos de atos inconstitucionais ou se lhes conceda alguma sobrevida, a despeito da gravidade do vício que ostentam. Não é preciso sequer chegar perto desses extremos para constatar que a exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um regime específico similar, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica. A demonstração do argumento é simples.

40. 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.

41. 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, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis[32]. Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

42. Da mesma forma, a indefinição sobre o regime aplicável afeta também terceiros que estabeleçam relações estatutárias ou mesmo negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva[33]. O primeiro grupo identifica exatamente a relação entre o Estado e os servidores públicos, que envolve uma série de direitos atribuídos aos servidores e seus familiares, como o direito a licenças – por motivo de doença do companheiro ou para acompanhá-lo em caso de transferência do direito à inclusão do companheiro no plano de saúde funcional, ao auxílio-funeral, ao auxílio-doença, dentre muitos outros. Tais direitos já são reconhecidos aos servidores que mantêm uniões afetivas heterossexuais estáveis, de modo que a única discussão aqui diz respeito à legitimidade de se discriminar indivíduos com base em sua orientação sexual.

---

[32] 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".

[33] Sobre o tema, vejam-se Hélio Borghi, *União estável & casamento – Aspectos polêmicos*, 2003, p. 60, e Zeno Veloso, *União estável*, 1997, p. 86-7. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.

43. No plano negocial, lembre-se 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. Ainda que essas relações não sejam diretamente afetadas pela definição do regime jurídico dos servidores, é certo que este tende a ser tomado como elemento indicativo e, de qualquer forma, a ordem jurídica deve guardar coerência interna.

44. Nesse sentido, é necessário dar verdadeiro enquadramento jurídico às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. É perfeitamente possível interpretar o Direito posto de forma a se obter esse resultado e não se vislumbra nenhum outro valor de estatura constitucional que aponte em sentido oposto. Também por esse motivo, portanto, impõe-se o acolhimento da presente ADPF. Após essas considerações sobre o conteúdo dos preceitos fundamentais violados na hipótese, cumpre aprofundar a discussão a respeito das soluções possíveis à luz da ordem constitucional.

III.2 A solução imposta diretamente pela aplicação adequada dos referidos preceitos fundamentais: inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável

45. Os preceitos fundamentais aqui descritos são dotados de inegável densidade normativa e devem ser aplicados diretamente ao caso, determinando que as relações homoafetivas sejam submetidas ao regime jurídico da união estável. A aplicação direta de princípios constitucionais não suscita maior controvérsia, sendo admitida pela jurisprudência desse Eg. STF[34]. Em relação ao princípio da igualdade, como foi mencionado, há inclusive precedente de aplicação direta às relações privadas, a despeito da inexistência de legislação infraconstitucional específica. Com muito mais razão, tal princípio deve ser imposto ao próprio Poder Público, impedindo que promova a desequiparação entre indivíduos com base em critérios irrazoáveis.

46. A partir dessa conclusão, torna-se necessário conferir aos dispositivos indigitados do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro interpretação conforme à Constituição para reconhecer que os direitos ali previstos devem ser aplicados também às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Do mesmo

[34] Como se sabe, esse Eg. Tribunal admite até mesmo que órgãos administrativos apliquem diretamente a Constituição, sem intermediação legislativa. Tal entendimento foi cristalizado, *e.g.*, na MC na ADC 12/DF – *DJU*, 1 set. 2006, Rel. Min. Carlos Britto – de cuja ementa se extrai o seguinte trecho: "A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade". Com muito mais razão, não se pode negar ao Poder Judiciário em geral, e ao STF em particular, a possibilidade e até mesmo o dever de aplicar diretamente o núcleo dos princípios constitucionais.

modo, deve o STF declarar que, à luz da ordem constitucional e legal em vigor, as uniões homoafetivas hão de receber, por parte da jurisprudência, o mesmo tratamento jurídico das uniões estáveis convencionais, sob pena de se produzirem reiteradas violações a preceitos fundamentais.

47. Há apenas uma última observação a fazer: a conclusão a que se acaba de chegar não é afetada pelo art. 226, § 3°, da Constituição, que protege expressamente a união estável entre homem e mulher[35]. Como se sabe, esse dispositivo teve como propósito afastar definitivamente qualquer discriminação contra as companheiras, consolidando uma longa evolução que teve início, sintomaticamente, em decisões judiciais. Não faria nenhum sentido realizar uma interpretação a *contrario sensu* do referido artigo, de modo a expandir seu sentido e convertê-lo em norma de exclusão, ou seja, exatamente o oposto de seu propósito original. Tal interpretação seria claramente incompatível com os preceitos fundamentais referidos, devendo ser rechaçada.

III.3. Uma solução alternativa: reconhecimento da existência de uma lacuna normativa, a ser integrada por analogia

48. O Direito tem a pretensão de regular todas as situações relevantes para o convívio social, ainda quando não haja norma específica. Para tanto, são previstos métodos de integração da ordem jurídica, como a analogia e o recurso aos costumes e princípios

[35] 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".

gerais do Direito. O ponto não é controverso e dispensa comentários adicionais.

49. Pois bem. Ainda que esse Eg. STF entenda impossível a aplicação direta dos preceitos fundamentais referidos para regular as relações homoafetivas, parece inegável que há uma situação de fato a exigir tratamento jurídico. Como referido, a existência de uma orientação homossexual, que é indiscutivelmente lícita, produz como conseqüência inevitável o surgimento de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, que são, portanto, igualmente lícitas. No âmbito de tais uniões ou, pelo menos, sob a sua constância, relações existenciais e patrimoniais são travadas, com repercussão para os envolvidos e mesmo para terceiros. Seria no mínimo anacrônico fingir que tal situação não existe, mantendo os casais homossexuais e os indivíduos que com eles estabelecem relações em um verdadeiro limbo jurídico.

50. A aplicação dos métodos de integração ao caso é natural e intuitiva. O conhecimento convencional registra que a analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para dada situação de fato a uma outra situação semelhante, que não foi prevista pelo legislador. Para que a analogia seja cabível, é necessário que as duas situações apresentem os mesmos elementos essenciais, que terão motivado determinado tratamento jurídico. É exatamente essa a hipótese em discussão.

51. Com efeito, os elementos essenciais da união estável são identificados pelo próprio Código Civil e estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas:

convivência pacífica e duradoura, movida pelo intuito de constituir entidade familiar. Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas destacam que a família deve servir de ambiente adequado para o desenvolvimento de seus membros, apresentando como traços característicos a comunhão de vida e assistência mútua entre os envolvidos, emocional e prática.

52. Pois bem. Parece impossível negar a presença de tais elementos nas uniões entre pessoas do mesmo sexo sem incorrer em preconceito contra os próprios indivíduos homossexuais. Seria como afirmar que essas pessoas não seriam capazes de estabelecer vínculos afetivos e de confiança. Como afirmar, em síntese, que seriam incapazes de amor e companheirismo. Nenhum argumento de razão pública embasaria assertivas como essas.

53. Por tudo isso, nada mais natural do que estender o regime jurídico da união estável, previsto no art. 1723, do Código Civil, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. **Veja-se que não se trata aqui de mera interpretação de lei, mas sim da interpretação da legislação ordinária à luz dos princípios constitucionais, atividade que esse Eg. STF tem desenvolvido em diversas oportunidades.** Vale o registro, aliás, de que tal solução já foi acolhida em diversas decisões judiciais. A título de exemplo, confira-se a seguinte ementa de acórdão do TRF da 4ª Região:

> *"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 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.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão"[36].

[36] TRF 4ªReg., *DJU*, 10 ago. 2005, AC 2000.71.00.009347-0, Rel. João Batista Pinto Silveira.

IV. DOS PEDIDOS

IV.1. Pedido cautelar

54. A presença do *fumus boni iuris* – na verdade, do bom direito – foi demonstrada ao longo da exposição. Já o *periculum in mora* se manifesta (i) nos riscos para o Governador e para a Administração Pública que se vêem cotidianamente obrigados a tomar decisões que podem gerar impugnações judicias e, mais que isso, procedimentos sancionatórios e (ii) na frustração de direitos fundamentais de parceiros em relações jurídicas homoafetivas, que estão sujeitos, inclusive, ao trânsito em julgado dos pronunciamentos judiciais respectivos. Por tais razões, pede-se a este Eg. Tribunal que declare, em sede de liminar, a validade das decisões administrativas que equiparem as uniões homoafetivas às uniões estáveis e que suspenda o andamento dos processos e os efeitos das decisões judiciais que hajam se pronunciado em sentido contrário.

IV.2. Pedido principal

55. Por todo o exposto, o requerente espera que seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte declare que o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, às relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais aqui explicitados – igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica – seja pela aplicação analógica do art. 1.723 do

Código Civil, interpretado conforme a Constituição. Como conseqüência, pede-se que este Eg. Tribunal:

a) Interprete conforme a Constituição a legislação estadual aqui indigitada – art. 19, II e V e art. 33, do Decreto-lei nº 220/75 –, assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis;
b) Declare que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais.

IV.3. Pedido subsidiário

56. Por fim, subsidiariamente e por eventualidade, caso este Eg. Tribunal entenda pelo descabimento da ADPF na hipótese – o que, repita-se, admite-se apenas para argumentar, sem conceder –, requer o autor seja a presente recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição (i) dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e, bem assim, (ii) do art. 1723 do Código Civil, para o fim de determinar que este dispositivo não seja interpretado de modo a impedir a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, impondo-se, ao revés, sua aplicação extensiva, sob pena de inconstitucionalidade.

57. No tocante às normas da legislação estadual pré-constitucional, é importante enfatizar que a lógica dominante na Corte, reiterada na ADIn nº 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Conseqüentemente, não seria de se admitir impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.

Nestes termos,

P. deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 25 de fevereiro de 2008.

LÚCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado

SÉRGIO CABRAL
Governador do Estado