



Mensagem nº 639.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de
Processamento Inicial

07/08/2009 18:15 97459



Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal:

Para instruir o julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 07 de agosto de 2009.

A Sua Excelência o Senhor
Ministro **GILMAR FERREIRA MENDES**
Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



PROCESSO Nº 00400.011783/2009-91

ORIGEM : STF – Mensagem nº 96, de 28 de julho de 2009.

ASSUNTO : Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.

Despacho do Advogado-Geral da União

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas **INFORMAÇÕES Nº AGU/ - RM 01 /2009** elaboradas pelo Advogado da União **DR. ROGÉRIO MARCOS DE JESUS SANTOS**.

Brasília, 07 de agosto de 2009.


JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
Advogado-Geral da União



Despacho do Consultor-Geral da União nº 1.427/2009

PROCESSO Nº 00400.011783/2009-91

ORIGEM : STF – Mensagem nº 96, de 28 de julho de 2009.

ASSUNTO : Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277

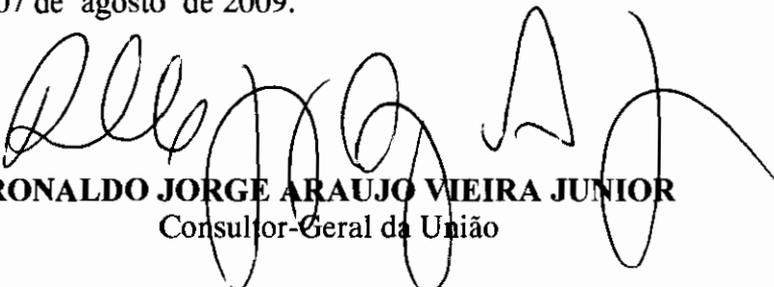
RELATORA: Ministra ELLEN GRACIE

Senhor Advogado-Geral da União,

Estou de acordo com as INFORMAÇÕES Nº AGU/RM-01/2009 elaboradas pelo Advogado da União Dr. ROGÉRIO MARCOS DE JESUS SANTOS.

À consideração.

Brasília, 07 de agosto de 2009.



RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR
Consultor-Geral da União



INFORMAÇÃO Nº AGU/RM 01 /2009

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4277

REQUERENTE: PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPUBLICA E CONGRESSO NACIONAL

Senhor Consultor-Geral da União,

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República, com pedido de liminar, contra o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “ institui o Código Civil” , *verbis*:

“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”.

I – DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

Com fundamento no art. 102, § 1º da CF e na Lei nº 9.882/99, a PGR ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, recebida inicialmente com o número ADPF nº 178-1/800.



A requerente narra as discriminações sofridas pelas pessoas com orientação sexual homoafetiva e procura demonstrar que o tratamento legislativo dado à matéria não se coaduna, principalmente, com o **princípio da dignidade da pessoa humana**, verdadeiro vetor axiológico de toda a ordem constitucional, com o **princípio constitucional da igualdade** e, reforçado **pela proibição constitucional de discriminação**, aduzindo que estes são preceitos fundamentais violados pelos atos do Poder Público.

Com efeito, pretende que, a partir deste prisma, **sejam feitas leituras constitucionais sistemáticas do ordenamento infraconstitucional no sentido de possibilitar o mesmo tratamento de entidade familiar dado as uniões de pessoas de sexo diferente às pessoas do mesmo sexo.**

Procura demonstrar o cabimento da ADPF: a) elencando os preceitos fundamentais violados; b) os atos do Poder Público violadores destes preceitos fundamentais; c) a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade.

Traz inúmeras citações das áreas de psicologia e sociologia sobre o tema homoafetividade.

Trata a controvérsia sobre o ponto de vista da ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à liberdade, da proteção à segurança jurídica.

Traz ainda, inclusa à inicial, cópia de representação formulada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadãos com pareceres proferidos pelo Professor Gustavo Tepedino da UERJ e Luiz Roberto Barroso, também da mesma Universidade.

II – DO PEDIDO

Veicula a Petição inicial os seguintes pedidos: a) que seja 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; b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.



Solicita a distribuição por dependência à ADPF 132, posto que tem entendimento de que o objeto desta última é idêntico à proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Com efeito, pede a interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 6,º da Constituição, asseverando para tal que “ a Constituição 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.”

Conclui que “a redação do art. 226, § 6,º da CF, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que ela não contém qualquer vedação para o reconhecimento das uniões homoafetivas.”

No mesmo passo, aduz que a interpretação destes dispositivos 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.**

III - PEDIDO CAUTELAR

Pede cautelarmente que o STF declare a) a obrigatoriedade do reconhecimento de toda união entre pessoa do mesmo sexo que satisfaça os mesmos requisitos exigidos para a caracterização de união estável; (b) a equiparação dos companheiros desta união aos companheiros da união estável, no que tange aos respectivos direitos e deveres.

E, como pedido final, reproduz os pedidos cautelares.

IV- DA EMENDA À INICIAL

Em emenda a inicial, a PGR, em atendimento ao despacho do Ministro Gilmar Mendes, traz os atos do Poder Público que considera violadores de preceito



fundamental: a) o não-reconhecimento pelo Estado brasileiro da união estável formada entre pessoas do mesmo sexo; b) o conjunto de decisões judiciais, proferidas por inúmeros tribunais, inclusive pelo STJ, que, interpretando a Constituição de forma equivocada, negam o caráter de união estável à união entre pessoas do mesmo sexo.

E, como pedido subsidiário, pede o conhecimento da presente ADPF como Ação Direta de Inconstitucionalidade, **com pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil.**

O STF recebeu a Ação como ADIN nº 4277.

V – DA SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Por meio da Mensagem nº 96, datado de 28 de julho do corrente ano, o Ministro Gilmar Mendes, solicitou ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República informações sobre o alegado na petição inicial, a serem prestadas no prazo de dez dias, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

VI – DO MÉRITO

A QUESTÃO FÁTICA

Se revela incontroversa, posto ser uma realidade para qual não se pode fechar os olhos, a união entre pessoas do mesmo sexo. E isso, sem qualquer aporte histórico da questão. Assim, no Brasil e no mundo, pessoas do mesmo sexo convivem em regime de união estável, amparados ou não pela legislação, embora diversos países do mundo já tenham alterado seu sistema de direito positivo para incluir a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Destarte, estas alterações de interpretação dos marcos legais, ou mudanças operadas nas legislações de diversos países, foram frutos da luta pela consolidação de direitos civis, pela efetivação de direitos, e dessa luta participam as pessoas com orientação sexual diversa. Assim, movimentos em prol do direito de liberdade de orientação sexual, pela identidade de gays e lésbicas e diminuição do preconceito muito



contribuem para esse novo quadro social e, por via de consequência, para desenho institucional do tema.

Entre nós, diferentes visões se lançam sobre a questão da união homoafetiva, sendo que a principal é a do obstáculo jurídico aposto pela existência do § 3º do art. 226, e praticamente reproduzido no art. 1723 do CC, objeto da impugnação pela Procuradoria-Geral da República.

MORAL E DIREITO

Neste debate, se não podemos fazer uma separação absoluta entre moralidade e direito, sob pena de cairmos numa fundamentação sem sentido das normas de convivência social, o oposto também se revela verdadeiro¹. Assim, há que se ter, no mínimo, um cuidado com equiparação das normas jurídicas como normas morais, sem desconhecer, é certo, e assim, sem desconsiderar que todas as normas jurídicas, por certa concepção, serem, na verdade conteúdo do que se convencionou chamar de “mínimo ético”.

Com efeito, a teorização da moral aqui se faz particularmente necessária. Isto porque é cediço que das objeções levantadas aos princípios constitucionais que fundamentam o direito das pessoas homoafetivas, o argumento da imoralidade é um dos, senão, o mais forte.

Em face do lugar, não se pretende discutir as teorias da filosofia moral, conquanto se possa demonstrar que não é destituído de importância, pois, mesmo nesta seara, as questões concernentes ao “o que é moralidade”; ao intenso debate sobre o relativismo cultural, ao subjetivismo na ética e a relação entre moralidade e religião guardam relação íntima com o tema em debate.

¹ Por evidente, não se discute aqui a importância da moral para o convívio social, destaque com isso a lição de Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins, no seu “Filosofando: Introdução à Filosofia. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 275, de que “É de tal importância a existência do mundo moral que se torna impossível imaginar um povo sem qualquer conjunto de regras. Uma das características fundamentais do homem é ser capaz de produzir interdições (proibições).” E complementa numa lição bastante conhecida de que “Segundo o antropólogo francês Lévi Strauss, a passagem do reino animal ao reino humano, ou seja, a passagem da natureza à cultura, é produzida pela instauração da lei, por meio da proibição do incesto. É assim que se estabelecem as relações de parentesco e de aliança sobre as quais é construído o mundo humano, que é simbólico.”



Como ponto inicial, forte na doutrina de James Rachels, poderíamos dizer que “ A filosofia da moral é uma tentativa de alcançar um entendimento sistemático da natureza da moralidade e do que ela exige de nós – nas palavras de Sócrates, é o entendimento de “como deveríamos viver” e porquê.”²

E, ao perquirir sobre as atitudes que poderiam ser classificadas como morais ou imorais, certamente, para os efeitos que aqui nos interessam, está a homossexualidade, - que, relembre-se, por sua importância conceitual para o debate, até o termo foi alterado, tendo um vista que o antigo termo “homossexualismo”, denotava uma ação doentia – assim, como nos ensinam os autores que estudaram esta forma de comportamento humano.

Por sua importância, novamente nos valem do ensinamento do autor sobre uma questão importante, qual seja, do relativismo cultural. Trabalhando com o exemplo da cultura onde as mulheres são excisadas, Rachels nos fornece uma possível linha de raciocínio que bem serve para a questão posta em debate na ADIN 4277.

“ Na verdade, este é um padrão que pode ser utilizado racionalmente ao se considerar qualquer prática social: **podemos perguntar se a prática promove ou impede o bem-estar das pessoas afetadas por ela.** E, como uma conclusão, podemos perguntar se existe um conjunto alternativo de disposição social que faria um trabalho melhor para promover o bem-estar delas. Em caso positivo, concluímos que a prática existente está inadequada.”³

Ora, a partir desta lição, que podemos amoldar ao debate sobre as uniões homoafetivas, posto que se pode perguntar legitimamente: a homossexualidade “promove ou impede o bem-estar das pessoas afetadas por ela? E isso, sem desconsiderar que se utiliza aqui a expressão ‘afetadas’ em função da frase do autor. Com isso, nos parece que a resposta seria invariavelmente que promove o bem estar delas, posto ser manifestação da liberdade de orientação sexual, uma vez que, o que impede o bem-estar delas, não é a condição de homossexual, é o tratamento preconceituoso, discriminatório do meio social e, as vezes, do Poder Público, com relação a elas.

Outrossim, a frente, especificamente sobre o debate moral da homossexualidade, o autor aduz:

² RACHELS, James. Filosofia da Moral.

³ RACHELS, James. Os Elementos da Filosofia da Moral. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2006, p. 28-29.

Para concluir retornaremos à discussão sobre homossexualidade. Se considerarmos as razões relevantes, o que encontraremos? O fato mais pertinente é que os homossexuais estão buscando a única forma de viver que lhes permite uma chance de felicidade⁴. Sexo é particularmente um motivo bem forte – não é difícil entender por quê – e poucas pessoas são capazes de ter uma vida feliz sem satisfazer suas necessidades sexuais. Não devemos, contudo, nos concentrar apenas no sexo. Vários escritores homossexuais já disseram que a homossexualidade não está relacionada à pessoa com a qual você faz sexo, mas a pessoa pela qual você se apaixona. Um boa vida, para homossexuais, bem como para todo mundo, pode significar a união com a pessoa que se ama, com todas as implicações. Ademais, os indivíduos não escolhem suas opções sexuais tanto os homo quanto os heterossexuais estão nessa posição sem ter escolhido sobre a questão. Por conseguinte, dizer que as pessoas não devem expressar sua homossexualidade geralmente é condená-las a uma vida infeliz.⁵ (grifamos).

Complementa seu raciocínio, pelo que basta para nos levar a uma primeira conclusão sobre o aspecto fático do problema lançado ao debate:

Se pudesse ser demonstrado que gays e lésbicas representam algum tipo de ameaça para o restante da sociedade, seria um forte argumento para os opositores. Na verdade, as pessoas que compartilham da perspectiva de Falswell geralmente afirmam isso. Mas quando examinados imparcialmente, tais argumento demonstram não ter fase factual alguma. À exceção da natureza de seus relacionamentos sexuais, não há diferença alguma entre homo e os heterossexuais em suas características morais ou em suas contribuições para a sociedade. A idéia de que os homossexuais são, de alguma forma personalidades sinistras, prova

⁴ Aqui, sobre a busca de um projeto de vida a conclusão de Daniel Guerin no seu Um Ensaio sobre A Revolução Sexual “ Conclusão? Penso que hoje, cada vez mais – e como isso me deixa contente! – existe uma tendência geral de diminuir a diferença entre os dois sexos. Muitas vezes acontece não podermos mais distinguir uma garota de um rapaz. No que diz respeito aos homossexuais, penso antes de tudo naqueles que são presos como um delinqüente comum por terem tentado satisfazer sua sexualidade através de um ato que era a plena expressão deles mesmos. Penso em todos os homossexuais que sentem uma grande dificuldade em se assumir, em suportar a reprovação social de que são objeto e que são atormentados pela idéia do suicídio. Em relação a isso recebi cartas perturbadoras. O mais urgente é devolver-lhes o gosto de viver.

⁵ Op. Cit. p.45.



ser um mito similar ao mito de que as pessoas negras são criminosas ou que os judeus são avarentos.” (grifamos).

O caso contra a homossexualidade, assim, se reduz à afirmação familiar de que ‘não é natural’ ou à afirmação geralmente feita pelos conservadores religiosos, de que é uma ameaça aos “valores familiares”. Quanto ao primeiro argumento, é difícil saber o que fazer com ele, porque a noção de “não natural” é muito vaga. O que exatamente isso quer dizer? Existem pelo menos três significados possíveis.⁶

E, após escrutinar estes argumentos, assevera que

Esse tipo de observação vaga, certamente, não fornece razões para condenar algo.

A idéia de que a homossexualidade não é natural, e de que há algo errado com ela, possui um apelo intuitivo para muitas pessoas. No entanto, aparece como um argumento sem consistência. Caso não se encontre nenhum entendimento melhor de “não natural” essa forma de pensar deve ser rejeitada.⁷ (grifamos).

Esse entendimento é particularmente importante, e por demais destacado na peça exordial, qual seja, a possibilidade de, ***via interpretação conforme***, se elastecer os comandos concernentes à união estável já prevista no Código Civil para possibilitar que se abarque, e assim, possa fazer parte do suporte fático, também as relações estáveis homoafetivas, com as características ali elencadas diversos estudos sobre o relacionamento das pessoas do mesmo sexo foram desenvolvido.

E, para aprofundar de toda esta discussão sobre valores morais, uma outra lição apresenta o tema de forma a bem compreende-lo, assim, nas palavras de Maria Lúcia A. Aranha e M. H. P. Martins:

Nessa perspectiva, a vida moral se funda numa ambigüidade fundamental, justamente a que determina o seu caráter histórico. Toda moral está situada no tempo e reflete o mundo em que a nossa liberdade se acha situada. Diante do passo que condiciona nosso atos, podemos nos colocar à distancia para reassumi-lo ou recusá-lo. A historicidade do homem não reside na mera

⁶ Idem, ibidem,

⁷ Op.cit. p. 47.



continuidade no tempo, mas constitui a consciência ativa do futuro, que torna possível a criação original por meio de um projeto de ação que tudo muda.”⁸ (grifamos).

Ora, parece indubitável que, pelo menos nos últimos anos, em razão mesmo de todos os avanços democráticos, a tolerância com as pessoas que partilham da orientação homossexual cresceu de forma significativa. E isto é justamente fruto do que as autoras afirmaram, no sentido de se recusar muita mais o preconceito nos dias atuais. E isso deve se refletir também na interpretação jurídica, mormente, na interpretação das normas constitucionais.

Novamente, as autoras trazem ensinamento sobre a ética discursiva de Habermas, que também se amolda ao debate e contribui para o entendimento da questão:

A ética discursiva é uma teoria da moral que recorre à razão para sua fundamentação. Embora sobre a influencia de Kant, não se fundamenta no conceito de razão reflexiva, mas de razão comunicativa. Ou seja, enquanto na razão Kantiana o juízo categórico está fundado no sujeito e supõe a razão monológica (do monologo), o sujeito em Habermas é descentrado, porque a razão comunicativa supõe o diálogo, a interação entre os indivíduos do grupo, mediada pela linguagem, pelo discurso.

A razão comunicativa é mais rica por ser processual, construída a partir da relação entre os sujeitos, enquanto seres capazes de se posicionarem criticamente diante das normas. Nesse caso, a validade das normas não deriva de uma razão abstrata e universal, nem depende da subjetividade narcisica de cada um, mas do consenso encontrado a partir do grupo, do conjunto dos indivíduos.

Portanto, a subjetividade se transforma em intersubjetividade. Se retomássemos o exemplo dado anteriormente (no item sobre Kant), a validade da norma “não roube” deveria estar fundada na razão comunicativa e resultaria do discurso interpessoal.

Evidentemente, a interação entre os sujeitos precisa se fazer sem os recursos de pressões típicas do sistema econômica (que se baseia na força do dinheiro), ou do sistema político (que se funda no

⁸ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 2ª ed. São Paulo :Moderna, 1993,



exercício do poder). A ação comunicativa supõe o entendimento entre os indivíduos que procuram, pelo uso argumentos racionais, convencer o outro (ou se deixar convencer) a respeito da validade da norma: instaura-se aí o mundo da sociabilidade, da espontaneidade, da solidariedade, da cooperação.⁹ (grifamos).

Assim, para que haja esta ética discursiva é preciso, no mínimo que os argumentos sejam levantados de forma transparente e, como vimos com James Rachels, os argumentos contrários seja a homossexualidade em si, ou a possibilidade, aqui debatida, de união estável entre pessoas do mesmo sexo, não passam pelo teste da racionalidade, muito ligados que estão a argumentos totalmente vinculados a visões de mundo estereotipadas, intolerantes e preconceituosas¹⁰, que devem sim ser respeitados, mas não devem servir de parâmetro para uma razão pública.

A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO TEMA

A questão da abordagem jurídico-constitucional da homoafetividade está relacionada diretamente a temas relevantes do direito constitucional, dentre eles, **a) o papel das normas constitucionais no ordenamento jurídico; b) o papel da jurisdição constitucional do regime democrático de direito ; c) via de consequência deste último, a garantia dos direitos fundamentais da minorias.**

Além disso, no tocante ao aspecto da interpretação, dois problemas se apresentam, um de ordem interpretativa da legislação ordinária em face do texto constitucional, princípio da interpretação conforme e outro da interpretação das próprias normas constitucionais em suas relações de convivência posto, como é cediço, não haver inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

⁹ Op. Cit. p. 289.

¹⁰ Da mesma forma, não esqueçamos que “Alguns autores têm afirmado que o sexo mantém intimas relações com o poder; que a sexualidade tem estado comprometida com as relações de dominação existentes ao longo destes anos de civilização humana. Para Freud, a repressão e a sublimação dos instintos sexuais corresponde a uma condição necessária para a vida em sociedade; para Reich, a repressão da sexualidade está a serviço das sociedades autoritárias; e Foucault sustenta que o capitalismo avançado espalha o sexo e aumenta o seu poder através dele. Enfim, alude-se a uma faceta do poder que não costuma ser abordada nos manuais de ciência política. Trata-se de um poder invisível, subterrâneo, que age na penumbra, e pode ser tão eficiente quanto a polícia ou as instituições judiciárias.” Sexo e poder nas sociedades autoritárias: a face erótica da dominação. Guido Mantega in. Sexo e Poder. Org. Guido Mantega. São Paulo:Círculo do Livro, 1985. p. 9.





Com efeito, desenvolver hoje a temática de direitos de pessoas homoafetivas é direta ou indiretamente tocar em temas caros a ciência do direito constitucional. E os desdobramentos desta premissa são inúmeros.

Assim, em lição sobre a evolução da proteção dos direitos fundamentais, Paulo Gonet Branco leciona:

“O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequada para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelo no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momento adversos ao respeito devido ao homem.”¹¹

E esta lição tem particular importância, posto existir uma enorme distância de análise dos que ainda raciocinam com a tese invertida de Kruger¹², de que “São os direitos fundamentais que giram em torno da lei” posto que, advém desse pensamento todo um déficit de concretização e, por conseguinte de aplicabilidade das normas constitucionais, uma vez que, embora seja fruto de um poder constituinte originário ou mesmo derivado, as normas constitucionais para terem eficácia, por esse raciocínio, necessitariam quase sempre da interposição do legislador ordinário.

Daí a conseqüência de que o legislador ordinário pode, se quiser, paralisar a eficácia normativa da constituição. E isto em sede de direitos fundamentais se revela de uma gravidade ímpar.

E, pelo menos no atual quadro do pensamento jurídico-constitucional, esse absurdo lógico não pode prosperar, posto que inverteria mesmo a própria pirâmide jurídica, uma vez que a normatividade constitucional estaria a depender de uma atitude do

¹¹

¹² Se aceita como um axioma a afirmação de KRÜGER de que “não são os direitos fundamentais que se movem no quadro das leis, mas as leis que se movem no quadro dos direitos fundamentais”.



legislador ordinário, principalmente, advirta-se, em sede de direitos fundamentais, como o caso que aqui se debate, posto que se refere diretamente a princípios jurídicos constitucionais dos mais valiosos, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, como não cansam de afirmar os doutrinadores, “ verdadeiro vetor axiológico de toda a constituição”, além dos princípios da liberdade (liberdade de orientação sexual), da privacidade, da igualdade e da segurança jurídica.

Assim, se em torno de uma realidade fática se enredam tantos princípios constitucionais, a falta de uma legislação sobre a matéria não poderia, sob pena de violar o texto constitucional, como aliás pede a Ação Direta, impedir o gozo de direitos por aqueles que, sem sombra de dúvidas, estão sob o pálio da proteção constitucional.

Por outro lado, se invertermos a premissa, e assim a tomarmos como “ são as leis que giram em torno dos direitos fundamentais” extrai-se de forma muito tranqüila que o legislador ordinário está adstrito as regras e princípios estabelecidos e consagrados na Carta Política, não podendo dali se afastar, sob pena de qualquer norma que o fizer ser inquinada de inconstitucionalidade.

Posto ser assim, é cediço que não poderia o legislador, por ação ou omissão, impedir a realização de direitos consagrados de forma límpida no texto constitucional sem afrontá-la na sua letra e no seu espírito.

Resulta assim, que a opção interpretativa possível do artigo 1.723 do Código Civil, que impede o reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo não se mostra compatível com direitos fundamentais expressamente encampados pelo legislador constituinte originário. Donde se poder falar em inconstitucionalidade desta possibilidade interpretativa.

Corolário lógico do afirmado é que a única opção que se mostra em consonância com a Constituição, realizando assim, uma concordância de suas normas, posto que se poderia chamar ao debate em defesa de uma interpretação restrita do dispositivo do Código Civil o § 3º do art. 226, que abaixo debatemos, é a que privilegia a não discriminação, a tolerância, a igualdade e a liberdade de opção sexual e de perseguir um projeto de vida não vedado pelo ordenamento jurídico. A possibilidade de união estável, seja por aplicação analógica ao art. 1.723 do Código Civil, seja por aplicação direta dos comandos constitucionais que iluminam a questão.

Em socorro a este entendimento, cabe destacar a enorme mudança operada nas últimas décadas com relação ao entendimento da aplicabilidade das normas constitucionais e, por via de consequência, da própria jurisdição constitucional.



Assim, não seria demasiado lembrar que a constituição deixou de ter um papel secundário no ordenamento jurídico, um papel circunscrito a “mera exortação” ou “de argumento de política” para, alcançar um patamar superior neste ordenamento jurídico.

No tocante ao debate sobre união estável, este aspecto da aplicabilidade direta de normas constitucionais tem uma relevância impar, uma vez que, sujeitando-se todos a incidência direta das normas constitucionais, não necessitariam as pessoas afetadas quanto ao problema de não conseguirem reconhecimento de seus relacionamentos homoafetivos como união estável nos moldes consagrados no Código Civil, de interposição do legislador.

Confira-se a lição de Canotilho sobre a aplicabilidade direta das normas constitucionais:

Aplicabilidade directa significa, desde logo, nesta sede – direitos, liberdades e garantias – a rejeição da (idéia criacionista) conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor K. Kruger que, na época atual, se assistia à deslocação da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*¹³.

Com efeito, além desta aplicabilidade direta, que, como visto possibilita o gozo de direitos fundamentais sem a necessidade de uma ação legislativa, outra consequência é retirada da lição de Canotilho, a de que não poderia este mesmo legislador impedir o gozo do direito, no caso, do direito a união estável de determinados relacionamentos, posto que, se assim o fizesse estaria incidindo em inconstitucionalidade:

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. (cfr. Arts.17º e 18º/1). Significa também que eles valem directamente a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (cfr. CRP, art. 18º/3). Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais

¹³ CANOTILHO, J.J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 1178.



implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidores de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga. Se se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a inconstitucionalidade superveniente das normas pré-constitucionais em contradição com eles¹⁴.

Por conseqüência desta lição, cujo único reparo é que tanto na doutrina quanto na jurisprudência constitucional não seguimos a tese da inconstitucionalidade de normas anteriores ao texto constitucional, não poderia o legislador proibir mesmo a equiparação da união estável homoafetiva com a união estável de pessoas de sexo diversos.

O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ainda na busca quanto à resposta quanto a indagação, o sistema jurídico-constitucional impede a união de pessoas de mesmo sexo? Ou ao revés, são as visões morais pré-estabelecidas que procuram encontrar fundamentos constitucionais para tal.

Ora, se é certo que a disciplina constitucional específica da união estável reconduz a homem e mulher, porém, e com idêntica dignidade normativa, se não mais, diríamos nós, os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, devem, sem dúvida, proporcionar que todos na República Federativa do Brasil possam desenhar e buscar um projeto de vida e, mais ainda um projeto de vida com a pessoa que desejam.

Além do mais, a todas as luzes, se pode afirmar que a busca deste projeto não afeta direitos fundamentais de terceiros, e sendo assim, estes não poderiam impedir a busca e realização deste projeto por quaisquer visões outras, sejam políticas, religiosas, que não as consagrados como limites a autonomia individual posta diretamente pelo constituinte originário.

E não parece crível que o constituinte que elevou a valor-norma a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a privacidade, a igualdade e a segurança jurídica impedir um gozo de um direito que não afeta de qualquer forma outras pessoas.

¹⁴ Idem, ibidem.



BOA FÉ E PRÉ COMPREENSÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em reforço ao debate da aplicabilidade direta das normas constitucionais, abordamos aqui os problemas relacionados à boa-fé e pré-compreensões na interpretação constitucional, podemos dizer que, sob uma outra lente, o que nos permite traduzir e interpretar o mundo são nossas vivências, nossa história, com suas alegrias e tristezas, vitórias e frustrações. O que percebemos, traduzimos e interpretamos do mundo está condicionado por nossa história, que constrói nosso olhar valorativo do mundo, nossas preferências e preconceitos.

Com efeito, elegemos como ponto de partida para este debate a lição desenvolvida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no tocante a quem cabe densificar os princípios jurídicos constitucionais. Assim, em torno desse problema, a afirmação do constitucionalista bandeirante de que:

Num Estado de Direito, num sistema democrático – num Estado Democrático de Direito, no sentido que dá à expressão o art. 1º, caput, da Lei Magna em vigor -, organizado segundo a separação dos poderes, é indiscutível que essa densificação (o desdobramento em regras do princípio) compete ao legislador. Realmente, o princípio do Estado de Direito é o da legalidade: “Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Constituição, art. 5º, II).

A seu turno, a edição da lei – expressão da vontade geral na fórmula famosa de Rousseau – cabe a representação popular, eleita. O povo se governa “por meio de representantes eleitos, ou diretamente” (Constituição, art. 1º, parágrafo único).

Num Estado de Direito, portanto, cabe senão ao legislador densificar os princípios.¹⁵ (grifamos).

Ora, a partir desta fórmula, cabe perguntar, estaria o Poder Judiciário vedado, ao interpretar e aplicar as normas constitucionais, densificar de forma direta e imediata determinados princípios constitucionais?

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 395-96.



E a resposta é dada pelo próprio Manoel Gonçalves Ferreira Filho, amainando sua própria afirmação anterior, posto que, para ele, assim como para quase toda doutrina constitucional

Observe-se, ainda a propósito das normas constitucionais, que, ora elas se apresentam como princípios, ora como regras.

Tal distinção não é essencial – diga-se desde logo – para a aplicabilidade das normas constitucionais. Embora os princípios, normalmente, pela indefinição relativa de sua hipótese e pela pluralidade de soluções que enseja o seu dispositivo, não sejam exequíveis por si mesmos, **pode a Constituição considerá-los auto-executáveis.** É o que faz a Carta Magna de 1988 no art. 37, caput. Isto significa que sua densificação ou concretização fica a cargo do aplicador.¹⁶

Com efeito, se se está a se falar em princípios da administração pública, como de aplicabilidade direta, posto que pode o aplicador densificá-lo, *a fortiori*, **o que dizer então de normas (princípios) definidores de direitos fundamentais, a exemplo dos que aqui são chamados para resolver a questão da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, como o princípio da não discriminação (inciso IV do art. 3º), do princípio da igualdade (art. 5º), do princípio da liberdade (caput, 5º), do princípio da segurança jurídica, (art. 5º), do princípio da privacidade (inciso X do art. 5º) e, por fim, o elo de todos eles, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, inciso III do art. 1º, fundamento mesmo da própria República.**

Por evidente, tal debate em torno das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais foi prontamente solvido pelo próprio constituinte originário que explicitamente foi incisivo quanto a aplicabilidade direta destas normas ao taxativamente consagrar a fórmula da aplicabilidade imediata no § 1º do art. 5º da CF:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O que não passou despercebido da pena do bandeirante constitucionalista, visto que este nos lembra que:

¹⁶ Op.cit.p.393.



“Louve-se a intenção dos constituintes, qual seja a de tentar impedir que os direitos não permaneçam como letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade.

Contudo, o caminho escolhido não é suficiente para atender o objetivo colimando.

Donde se pode perfeitamente inferir que uma norma constitucional, mesmo definidora de direitos ou garantias fundamentais, somente pode ser aplicada se for completa.

O tema se liga a distinção entre normas “auto-executáveis” ou bastantes em si”, e normas “não-auto-executáveis” ou ‘não bastantes em si’ As primeiras são suscetíveis de aplicação imediata porque são completas, dispensam regulamentação, enquanto as segundas por falta de regulamentação, são inaplicáveis.”¹⁷

E a frente, conclui que

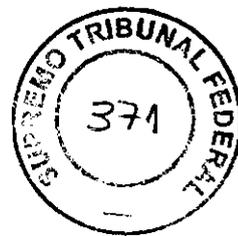
A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga-se o que disser a Constituição, uma norma incompleta. E a melhor prova disto é que a Constituição, que no §2º do art. 5º, afirma solenemente a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevê no mesmo art. 5º, LXXI, um mando de injunção para o caso em que direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora.

Em conclusão, somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia.¹⁸

Restar saber, então, por esta linha de análise, se os princípios retro enumerados, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da não discriminação, todos basilares para a configuração do nosso Estado Democrático de

¹⁷ Op.cit.p.314.

¹⁸ Op. Cit. p. 315.



Direito, poderiam ter um conteúdo de normas “auto aplicáveis” ou, na sua expressão, “bastantes por si mesmo”, o que equivaleria a uma, no mínimo, desnecessidade de interposição legislativa para terem operatividade.

Como vimos, parece tranqüilo a afirmação de que estes princípios valem por si. Podendo o legislador, numa ponderação de bens regulá-los de forma a conformá-los em função de outros direitos fundamentais, no caso de colisão de direitos, principalmente, o que não poderia fazer, e isso já dissemos, é impedir a realização de direitos sem nenhuma razão pública justificável.

NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

O princípio da interpretação sistemática da constituição e chamado para contribuir com a solução do problema, e muito ajuda. Confira-se por todos, sob este ponto, a lição de André Ramos Tavares, para que:

A doutrina tem assinalado a imperiosidade em proceder, sempre a uma harmonização dos significados atribuíveis as normas constantes de uma mesma Constituição. Isso significa a idéia de contradições dentro de uma mesma Constituição, entre normas originárias, como já se referiu. Essas idéias desenvolvem-se tendo como suporte a interpretação sistemática.

Sendo a Constituição um sistema, deve-se admitir a coesão entre as normas, de maneira a considerá-las ordenadas e perfazendo um corpo harmônico.¹⁹”

Assim, a possibilidade de ocorrência de falsas antinomias entre os próprios postulados constitucionais não é algo que se dê como intransponível, pelo contrário, o conjunto de princípios interpretativos, ou postulados interpretativos como alguns querem, solucionam de maneira confortável o problema da falsa colidência entre o §3º do art. 226 e as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que fundamentam a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Por todas essas razões, não cabe aqui o argumento central dos que se opõe aos direitos das pessoas de se unirem de forma estáveis com pessoas do mesmo sexo de

¹⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. São Paulo:Saraiva, 2008,p. 86.

que a “formulação lingüística como ponto inicial e limite externo da atividade interpretativa”, posto que, na lição de Francesco Ferrara, trazida por André Ramos Tavares, quando do estudo da relação ente a linguagem constitucional em face da interpretação:

(...) A interpretação literal é o primeiro estágio da interpretação. Efetivamente, o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramáticas.” Realmente, todo vocábulo é possuidor de um significado lingüístico próprio e específico (caso contrário não estria apto a alcançar um mínimo necessário para a comunicação, que é sua própria razão de ser). Este deve ser extraído numa operação preliminar, pelo intérprete do Direito. **É, realmente, a primeira etapa da atividade interpretativa.**²⁰

Pois bem, esta lição de André Ramos Tavares é fundamental para o deslinde da questão, uma vez que aqueles que inaditem a possibilidade do texto constitucional abrigar também a união estável de pessoas do mesmo sexo realizam tão somente uma interpretação literal da norma constitucional. E param por aí, e, na lição elegante do mestre da PUC de São Paulo, esta é apenas “a primeira etapa da atividade interpretativa”. E isso diz muito no caso em debate, posto que do outro lado estão normas “fundamentais” que incidem sobre a questão e devem ter eficácia e efetividade, sob pena de, pelo menos neste aspecto, serem ineficazes e inefetivas. Tudo que não se quer de uma Constituição num Estado Democrático de Direito.

Poder-se-ia, além do principio da interpretação sistemática acrescentar comentários quanto a maximização das normas constitucionais, da interpretação evolutiva e principalmente sobre o principio da unidade da Constituição e conseqüências na atividade interpretativa.

Posto que a utilização destes princípios muito nos ajuda a saber se a opção interpretativa aqui desenvolvida é arbitrária, destituída de fundamento, posto que haveria aí tão somente um ato de vontade, e não um ato de inteligência.

Além do mais, nesse debate colhe-se a advertência de Manoel Gonçalves Ferreira Filho quanto à questão da boa-fé²¹. Estariam aqueles que advogam a possibilidade

²⁰ Op. Cit. p. 80-81.

²¹ Confira-se sua lição “ (...) A interpretação, por isso, tem um pressuposto, um pressuposto de boa fé – o interprete deve procurar o que o legislador quer, não aquilo que lhe parece melhor, ainda que mais justo. Ao



de uniões estáveis homoafetivas agindo de má-fé frente ao disposto na literalidade da suso referida norma constitucional?²²

Pergunta-se também, estariam aqueles que, a exemplo da peticionária, simplesmente materializando um ato de vontade, próprio de um “sentimentalismo” contrário do disposto vigorosamente no texto constitucional?

Por outro lado, quanto à crítica de que poderia a Corte Constitucional estar legislando se adotasse o entendimento esposado nesta manifestação, acatando assim o pedido veiculado pela Procuradoria-Geral da República, anote-se, para este efeito, a lição de Inocêncio Mártires Coelho no tocante ao papel da jurisdição constitucional:

Noutras palavras, cientes do seu papel e da sua autoridade, essas Cortes devem usar os superpoderes de que dispõem para proteger a Constituição como um todo, arbitrando serenamente, mas com firmeza, as inevitáveis tensões entre os valores constitucionais permanentes – insuscetíveis de nova discussão – e as sempre contingentes políticas públicas, que todo governo implementa e nenhum constituinte jamais pretendeu regular²³.

Concluindo para tanto que:

menos num Estado Democrático de Direito e, sobretudo de Direito, pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (princípio da legalidade, CF, art. 5º, parágrafo único). Especialmente num Estado Democrático de Direito, em que somente a lei gera direitos e proibições, e, mais, em que a lei é fruto da representação popular.

A interpretação consiste em determinar o sentido e o alcance da norma, a partir da compreensão do enunciado que a exprime, de acordo com o pressuposto: a boa-fé. É ela um ato de conhecimento, não de vontade. Op. Cit. p. 380-81.

²² Atente-se para o problema, particularmente sensível na questão, da pré-compreensão. Veja-se a propósito o seguinte enxerto de Luis Roberto Barroso “ 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 interprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão. É hoje pacífico que o papel do interprete 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 freqüência, valorações in concreto e escolhas fundamentadas.

Por que assim é, há um dever ético do interprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciaram sua argumentação. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo.” BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil.

²³ Inocêncio Mártires Coelho. In Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166.



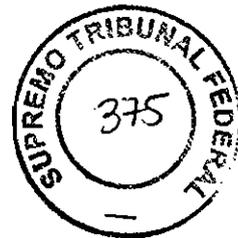
Em suma, nem o protagonismo irresponsável, nem o alheamente apassivador, porque um e outro não se compadecem com o princípio da lealdade constitucional e, ainda, podem comprometer a credibilidade e apropriada sobrevivência da jurisdição constitucional como criatura da Constituição. Afinal de contas, como afirmou Hopker Aschof, primeiro Presidente do Tribunal Constitucional da Alemanha, não é tarefa dessa Corte decidir sobre lutas políticas, **mas apenas assegurar que nessas disputas se respeitem as normas da Lei Fundamental**, um pensamento substancialmente idêntico ao do Juiz Owen Roberts, da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao dizer que não compete a esse tribunal nem aprovar nem censurar nenhuma política legislativa. (grifamos).

Colocada a questão nestes termos, não se vislumbra aqui um “protagonismo irresponsável”, e da mesma forma, não se quer um “alheamento apassivador”, que este sim, impediria a concretização de direitos fundamentais, posto que uma das funções da Corte, na lição do professor Inocêncio é justamente “assegurar que nessas disputas se respeitem as normas da Lei Fundamental”²⁴.

MAIS UMA VEZ: A APLICABILIDADE DIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

Nos parece que a questão posta em debate se revela um *locus* especial para a discussão da possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais, posto que as normas trazidas na inicial para fundamentar o pedido, quais seja, a) o princípio 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, podem sim levar ao reconhecimento da “ obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.”

²⁴ Além disso, com relação a força normativa da Constituição, I.M Coelho leciona: Apesar dessa sobrevalorização da lei, de resto compreensível no contexto da luta pela implantação do Estado Liberal burguês – uma forma de organização política que vigorou no Ocidente por mais de uma centúria e veio a ser batizada como Estado Legislativo – apesar disso, como toda forma histórica, , também esse modelo de Estado de Direito, em dado momento, **começou a dar sinais de esgotamento, cedendo lugar ao chamado Estado constitucional, assim denominado porque em seu âmbito a Constituição, outrora um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, veio a se materializar e tornar-se operativa, passando inclusive a controlar a validade das leis e, nos casos difíceis, servir como fórmula de busca de soluções circunstancialmente adequadas.** Op. Cit. p. 180.



Isto porque, como já ventilado linhas atrás, no tocante a proteção de minorias, a tese contrária, de que necessita de interposição do legislador para a proteção destes direitos sexuais que resolvem estabelecer relações homoafetivas acaba, no campo fático, levando a discriminação destas pessoas, e sob a ótica jurídico-constitucional, vulnerando estas normas constitucionais de maior relevo. O que torna as condutas que violam estas ditames, quando emanadas do Poder Público, com a pecha de inconstitucional.

Resulta, assim, que não há que se falar em necessidade de interposição legislativa para a concretização de direitos que estão dentro do âmbito de proteção destes direitos fundamentais, uma vez que não se trata verdadeiramente de uma omissão legislativa, pois não se esta a pedir que a mais Alta Corte declare existir um vácuo legislativo que precisa ser preenchido seja por ato administrativo, seja por Lei.

Se está, sim, a pedir que se declare que estes dispositivos constitucionais possuem força normativa autônoma, como bem demonstrar inúmeros autores que teorizam sobre a aplicabilidade imediata destes direitos fundamentais postos na constituição da República.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Não é preciso grande esforço para se perceber que a causa em debate se confunde com a própria história dos direitos fundamentais, posto que os avanços no campo dos direitos fundamentais não podem parar. Não obstante a conhecida afirmação de Bobbio de que “hoje não se trata de positivizar os direitos fundamentais, mas de implementá-los”, podemos dizer que a “a história ainda não acabou”, e que ainda há muito a caminhar no sentido da proteção dos valores fundamentais da pessoa humana, consagrados no elenco das cláusulas protetoras das direitos fundamentais, mormente o art. 5º da CF.

Assim, a proteção efetiva de minorias, verdadeira função da jurisdição constitucional, mostra-se inafastável no caso das uniões homoafetivas. São justamente nestas questões delicadas, nestas que envolvem um profundo debate sobre a separação Igreja e Estado, de reconhecimento e preconceito, que se mostra necessária à atuação da jurisdição constitucional no sentido de fazer valer a normas constitucionais fundamentais.



DIREITO A PRIVACIDADE

No nosso direito fundamental, a privacidade, em boa medida deve muito à jurisprudência da Suprema Corte americana, e, mesmo sabedores de que, em decisões como *Bowers v. Hardwick* (1986) esta Corte aceitou a criminalização da homossexualidade²⁵, sob o fundamento, dentre outros, de que “esta prática era não era “ profundamente entranhada na tradição e na história da nação”, embora, como nos lembra Eduardo Appio “ Durante o julgamento do caso *Bowers*, dois juízes da Suprema Corte sustentaram a decisão tomada pela Corte de Apelação da Georgia em favor de *Hardwick* e que havia declarado a inconstitucionalidade das leis da Georgia. O Justice Stevens sustentou que:

“ a liberdade essencial de escolha sobre como conduzir condutas privadas de natureza sexual certamente que compreende o direito de se engajar em atividades não reprodutivas de cunho sexual que outros possam considerar imorais.” O Justice Balckmun, por sua vez, defendeu que “ **o Estado no presente caso está legislando a respeito de formas particulares de privacidade baseadas em conduta sexual consentida**”²⁶. (grifos).

Contudo, este precedente foi revertido no caso *Romer v Evans* (1996), e principalmente no caso *Lawrence v. Texas* (2003, “ O caso mais recente envolvendo os direitos dos gays na Supre Corte dos Estados Unidos é o caso *Lawrence v. Texas*, de 2003, no qual, por uma maioria de seis votos contra três, a Suprema Corte decidiu que era inconstitucional a lei do Texas que proibia seus cidadãos de se engajar em atividades sexuais com pessoas do mesmo sexo.

Ainda sobre a evolução dos direitos na Suprema Corte Americano Appio leciona:

A opinião predominante foi retratada – como no caso anterior em 1996 – pelo Justice Kennedy, o qual sustentou que a lei estadual do Texas violava a cláusula do devido processo legal substantivo. A Justice O Connor – hoje, pode-se lembrar que no caso *Planned Parenthood v. Casey* de (1992), “ **a Suprema Corte enfatizou que o direito á privacidade envolvia “ escolhas centrais para a dignidade**

²⁵ Confira-se a evolução do debate sobre o assunto, uma vez que até 1961 os cinqüenta Estados norte-americanos consideravam a conduta (homossexual) como criminosa. Appio, op. cit. p. 255.

²⁶ APPIO, Eduardo. Direitos das Minorias. São Paulo: RT, 2008. p. 255.



“pessoal e autonomia” e que “ o direito de definir seu próprio conceito de existência, fé, significado do universo e do mistério da vida humana”²⁷.

Com efeito, este precedente, mesmo voltado para a questão não diretamente ligadas a união homoafetiva , no diz muita coisa. Principalmente no tocante ao possível conteúdo de um direito a privacidade, que englobaria, pelos seus termos “escolhas centrais para a dignidade pessoa e autonomia” ou de “ definir seu próprio conceito de existência”, o que certamente abarca as opções sexuais.

Uma outra doutrina, a de Flavia Piovesan traz importantes julgados da Corte Européia de Direitos Humanos envolvendo casos de pessoas discriminadas por serem homossexuais, no primeiro deles, no tocante a pessoas afastadas da Real Força Aérea e da Marinha do Reino Unido, nos informa que

A Corte acolheu os dois casos, sob o fundamento de que a política de banir a presença de homossexuais nas forças armadas, mediante investigação na vida privada e sexualidade, constituía violação aos arts. 8º (direito ao respeito à vida privada) e 14 (proibição de discriminação) da Convenção Européia. Argumentou que tal prática constituía uma flagrante discriminação e indevida ingerência no direito ao respeito à vida privada, não justificável à luz do § 2º do art. 8º da Convenção como uma medida “necessária em uma sociedade democrática”.²⁸

Ou no caso em que uma pessoa realizou operação de mudança de sexo e postulou em juízo que lhe fossem possível as alterações nos assentos e registros, que foi negada na Jurisdição Doméstica. Recorrendo a Corte Européia de Direitos Humanos, a decisão, na mesma linha da anterior, é assim resumida pela doutrinadora:

A Corte assumiu a necessidade de recorrer a uma interpretação dinâmica e evolutiva, de modo a aplicar a Convenção à luz das condições da realidade atual. Ressaltou que a falta de consenso na sociedade a respeito do status de um transexual (pós-operação) não pode ser compreendida como uma mera inconveniência ou formalidade. Não parece lógico, entendeu a Corte, permitir que a

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ PIOVESA, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Org. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 314.



aludida cirurgia seja feita pelo sistema nacional de saúde e depois negar suas implicações legais e impacto jurídico. Tal situação tem gerado à peticionaria consequência de alto relevância.

(...) Realçou ser a essência da Convenção assegurar o respeito a dignidade humana e a liberdade, o que abrangeria, no século XXI, o direito dos transexuais ao desenvolvimento pessoal e a segurança física e moral de forma plena, tal como assegurada as demais pessoas. A zona intermediária em que os transexuais pos operados se situam não é mais sustentável. Ponderou não haver nenhum suposto interesse público a caracterizar a chamada “margem de apreciação” para eventualmente legitimar a restrição do direito da peticionaria. Na ponderação de bens, a Convenção mostrou-se absolutamente favorável ao direito da peticionaria.²⁹

DIREITO A IGUALDADE

Sobre o direito a igualdade, mais uma vez lição magistral de Flávia Piovesan no sentido de que

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

A par de outras considerações sobre o direito de igualdade, principalmente quantos as violações que se perpetraram em razão das intolerâncias, aduz a autora que hoje, muito mais que um direito a igualdade se vê um direito a diferença.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as

²⁹ Op.cit,p.315.



populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, entre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também como direito fundamental, o direito a diferença. Importa o respeito a diferença e a diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.³⁰

E, asseverando que hoje o princípio da igualdade se sustenta em dois pilares: o da redistribuição e o do reconhecimento, leciona:

Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora: “ O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função do status

E, na complementa esta lição com Boaventura de Souza Santos

Ainda Boaventura acrescenta ‘temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.’”

Acrescentando ainda que:

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva contruir e afirmar a igualdade com respeito a diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. A emergência conceitual do direito a diferença e do reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz dos movimentos sociais e o surgimento de

³⁰ Op.cit.



uma sociedade civil plural e diversa do marco do multiculturalismo.³¹

Daí que, longe de violar dispositivos constitucionais, a afirmação dos direitos fundamentais, **sob a ótica da liberdade de opção sexual**, sob a ótica do respeito a diferença, mostra-se, na verdade, em total compasso com a Constituição Federal e, assim, com o sistema de direitos humanos por ela protegidos, e mais, com todo o sistema internacional de direitos humanos, construído sob uma pauta axiológica que veda a discriminação, a intolerância e procura valorizar a diferença.

É justamente por isso que Flavia Piovesan diz que

“Sob o prisma do sistema global de proteção, constata-se que o direito a igualdade e a proibição da discriminação foram enfaticamente consagrados pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”³²

No mesmo sentido, quanto ao sistema regional de proteção aos direitos humanos aduz:

“ A cláusula da proibição da discriminação é também enunciada enfaticamente pela Convenção Americana de 1969, ao estabelecer o dever dos Estados-partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (art. 1º)³³.

Com isso se verifica que, não somente no ordenamento jurídico doméstico, mas também no que toca ao sistema de proteção de direitos humanos internacional ou regional, se verifica a vigência do princípio da igualdade, sob o viés da não discriminação. O que poderia ler a um raciocínio de que, mais uma vez, longe de violar a Constituição, dar guarida a pretensão de pessoas do mesmo sexo constituírem união estável é render homenagens tanto a Constituição Federal e aos diversos sistemas de proteção de direitos humanos, como visto.

³¹ Op. Cit. p. 298.

³² Op. cit. p. 310.

³³ Op. Cit. p. 310.



Não discrepa destas lições Inocêncio Mártires Coelho ao lecionar sobre os fundamentos do Estado de Direito. Destacando para tanto que o princípio do pluralismo político vai além do conceito de política para abarcar inúmeros pluralismo na sociedade e, como já o fizeram os autores antes mencionados, reforçam o papel a diferença e da tolerância no convívio social.

Assim está vazada sua lição:

Embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a preferência políticas e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na polis, ou seja, um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras -, um valor fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: *não só, mas também*. (grifamos).

E remarcando a dimensão de liberdade para as escolhas e realizações de projetos de vida, afirma:

Dessarte, falar em pluralismo político significa dizer que, respeitadas as poucas restrições estabelecidas na própria Lei Fundamental – pois nesse terreno é imperativa a reserva de Constituição -, o indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem lhe aprouver, imune a intromissões de terceiros, sejam elas provenientes do Estado, por tendencialmente invasor, ou mesmo de particulares.³⁴

Na seqüência:

“ Atente-se, a propósito, afim de melhor delinear-mos esse princípio, para o que disse Paul Ricoeur a respeito das fases por que passou o fato do pluralismo até chegarmos aos dias atuais, em que se proclama o direito à diferença como inerente à própria dignidade da pessoa humana: a) inicialmente, tolera-se aquilo que se desaprova mas não se pode impedir; b) a seguir, tenta-se compreender as convicções contrárias as nossas, mas sem

³⁴ Op. Cit. p. 178.



aderir a elas; c) e, finalmente, reconhece-se o direito ao erro, ou seja, o direito de todo indivíduo de acreditar no que bem entender e de levar a vida como lhe convier, com a só condição de que as suas escolhas pessoais não causem prejuízo a outrem, nem impeçam o exercício de igual direito pelos demais integrantes do grupo. (grifamos).

Esta parte da lição do professor paraense é de importância capital para o debate aqui travado, posto que alinhava duas questões fundamentais, uma, de que deve-se garantir o direito a diferença; outra, de que o limite deste direito é que não causem prejuízo a outrem e nem impeçam o exercício de igual direito pelos demais. E isso, de forma límpida, o direito a união estável de pessoa do mesmo sexo não ofende. A seguir conclui seu raciocínio:

O mesmo se diga da idéia de tolerância – correlata ao conceito de pluralismo – a significar que ninguém pode ser vítima de preconceitos, de ódio ou perseguições pelo simples fato de ser diferente, como tem acontecido no curso da História, em que pesem os esforços de quantos nos advertem de que o normal é ser diferente e que os traços característicos de cada indivíduo não devem ser vistos como estigmas mas, antes, como expressão da sua metafísica singularidade.³⁵ (grifamos).

JURISPRUDENCIA DO STF.

ADIN 3300 REL. MIN. CELSO DE MELO

Na Adin nº 3300, Rel. Min. Celso de Mello, embora extinguindo a ação sem julgamento de mérito por perda de objeto, uma vez que a autora impugnava o art. 1º da Lei nº 9.278/96, derogada pelo art. 1723 do Código Civil de 2002, trouxe argumentos favoráveis à união homoafetiva, registre-se aqui, para todos os efeitos, que o Min. Poderia ter se circunscrito tão somente aos aspectos processuais da questão, não abordando, como fez, de forma direta o problema jurídico-constitucional em debate. O que revela, no seu entender, “ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA

³⁵ Op. Cit. p.178-79.



QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS” Cujos principais trechos do voto são abaixo transcritos, pelo valor para o deslinde da questão:

Homoafetividade - União entre pessoas do mesmo sexo - Qualificação como entidade familiar (Transcrições) ADI 3300 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO 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, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF. DECISÃO:

(...).

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 arguição 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 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 (LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família –Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “União Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS (“União Homossexual: O Preconceito & a Justiça”, p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque: “A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou



discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).” (grifei)

Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: “Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) “(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém,



em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como 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 (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, “in abstracto” – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator * decisão pendente de publicação ³⁶

³⁶ **ALGUNS EXEMPLOS DE LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA**

Em Mato Grosso do Sul:

“LEI Nº 3.150, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2005.



UMA CONSTITUIÇÃO DISCRIMINATÓRIA?

Sobre o levantado, da existência de uma Constituição discriminatória, Eduardo Appio, no seu Direito das Minorias, bem desenha o quadro em que a questão dos direitos de liberdade e igualdade das pessoas homossexuais:

O argumento em favor da deferência e modéstia judicial neste caso, situado exclusivamente na arena política a resolução do problema, apresenta uma série de problemas para aqueles que se denominam “substancialistas”, o que redundaria dizer, não-textualistas (e não-originalistas). Se o não textualismo implica uma opção clara do intérprete em buscar fora do texto expresso da Constituição o valor moral que melhor atenda o objetivo da regra que está sendo interpretada, **estabelecendo uma clara escala hierárquica em favor da proteção dos direitos fundamentais, como então defender que é o texto da Constituição que permite a discriminação por orientação por conta de uma menos-valia de determinados cidadãos de nosso país**, talvez a falha não seja do processo democrático em si – que terá, segundo Streck, de ser revisto-, mas

Consolida e atualiza a Lei nº 2.207, de 29 de dezembro de 2000, que instituiu o Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul - MSPREV.

Publicada no Diário Oficial nº 6.633, de 23 de dezembro de 2005.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO DA CONSOLIDAÇÃO DO MSPREV

Art. 1º Fica consolidado e atualizado na forma desta Lei, o Regime Próprio de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, instituído pela Lei nº 2.207, de 29 de dezembro de 2000, com alterações introduzidas pela Lei nº 2.590, de 26 de dezembro de 2002, e Lei nº 2.964, de 23 de dezembro de 2004.

Parágrafo único. A consolidação e atualização promovidas por esta Lei decorrem de preceitos expressos nas Emendas Constitucionais nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e nº 47, de 5 de julho de 2005, bem como na Lei Federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

Seção III

Dos Dependentes

Subseção I

Da Identificação

Art. 13. São beneficiários do MSPREV, na condição de dependente do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de dezoito ou inválido;

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro, A PESSOA DO MESMO SEXO QUE MANTÉM UNIÃO HOMOAFETIVA PÚBLICA E DURADOURA COM O SEGURADO, e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de dezoito anos ou inválido; (redação dada pela Lei nº 3.591, de 9 de dezembro de 2008);

(...)"

antes de uma interpretação nitidamente textualista que se mostra incompatível com a nossa estrutura democrática.³⁷ (grifamos).

Sobre esta passagem do importante texto de Appio, somente um pequeno reparo. Se se busca, à toda evidência, a proteção dos direitos de liberdade, de igualdade, de privacidade, e se mostra perfeitamente amoldável ao âmbito de proteção do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, então, e isso se mostra decisivo para desenlace da questão, não se esta a buscar fora do texto constitucional o valor a ser defendido, pelo contrário, no máximo, o que existe é uma colisão interna de direitos, fato aliás, por demais comum na jurisprudência constitucional, que deve ser solvido pela regras hermenêuticas, ou no dizer de Canotilho, “ pelo catálogo-tópico dos princípios de interpretação constitucional, em especial pelos princípios da unidade da constituição, da máxima efetividade, da concordância prática ou da harmonização e o princípio da força normativa da constituição.

O mesmo constitucionalista nos adverte ainda que:

Recomendar que as minorias empreendam os esforços necessários para aprovar uma Emenda à Constituição e que, nesse meio-tempo, devam retardar ou mesmo abandonar opções existenciais que para a maioria de nós significaria a renúncia do próprio sentido da vida (digna) – como estabelecer vínculos públicos de afeto com outras pessoas sem qualquer discriminação – é uma idéia menos próxima do substancialismo e mais próxima do textualismo e, por via de consequência, do próprio procedimentalismo. A resposta não está no texto, mas sim no valor a ser protegido³⁸.

Mais uma vez o reparo, posto que, uma Constituição que fez uma opção clara, indiscutível pelo princípio da dignidade da pessoa humana, dela não se poderia retirar o sentido de que proíbe projetos de vida em comum, pela razão de as pessoas serem do mesmo sexo. Assim, nos parece que tanto o valor e texto estão em conformidade, e não o contrário.

Com efeito, há que se privilegiar uma interpretação constitucional que privilegie os conteúdos presentes nos princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação, do direito a privacidade. Princípios consagradores de valores da mais alta

³⁷ Op. Cit. p. 374.

³⁸ Idem, ibidem.



importância para a sociedade, regras de convivências balisares, construídas ao longo dos tempos.

Assim, mais uma vez a lição de Eduardo Appio é esclarecedora:

Existe, contudo, outro direito de conteúdo bem mais amplo, porque diretamente conectado à dignidade da pessoa humana, ou seja, à liberdade. Isto significa dizer, protegendo o direito de os cidadãos estabelecerem relações jurídicas de natureza estritamente sentimental, porque somente por meio dessas entidades (familiares) se reconhecem como indivíduos singulares no contexto social, o que traz profundas repercussões de natureza moral e psicológica, o Estado está protegendo a liberdade humana³⁹.

E, tomando esta assertiva como ponto final da manifestação, o candente apelo do doutrinador por uma interpretação que privilegie a liberdade e a igualdade, para que um grupo importante de pessoas possam estabelecer laços sentimentais duradouros, e assim, buscar pelas suas felicidades, construindo projetos de vida em comum:

Uma interpretação constitucional que assuma que o objetivo declarado do constituinte de 1988 foi discriminar determinado grupo de pessoas por conta de sua orientação sexual aceita a premissa de que essas pessoas não fora politicamente consideradas seres humanos completos e que, bem por isso, não gozam do mesmo status jurídico dos demais. Uma Constituição com este viés discriminatório romperia com a tradição de proteção dos direitos individuais fundamentais, com especial ênfase na liberdade humana, pois estaria impedindo determinadas pessoas de estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo, mesmo que essa vedação implicasse a completa renúncia das mais importantes expectativas desses seres humanos. A Constituição – interpretada desta maneira – estaria em contradição com seus fundamentos básicos, ou seja, com os alicerces indispensáveis para a manutenção de sua coerência interna⁴⁰.

³⁹ Op.cit.p.378.

⁴⁰ Idem, ibidem.



Registre-se isso uma vez mais. O § 3º do art. 226 da Constituição não pode ser lido no sentido de impossibilitar a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, e assim realizar uma verdadeira discriminação sem um “ motivo racionalmente adequado, posto ser um ganho da evolução da perspectiva decisiva para este debate que, para se discriminar é sempre necessário se desincumbir do ônus argumentativo, e assim, na razão prática procurar os elementos que justifiquem o discrimen.

E aqui simplesmente estes elementos não existem. Não há ganho algum para as pessoas que não pertencem ao campo, por assim dizer, da homoafetividade, não há, por via de consequência, qualquer argumento que viabilize a coerência da argumentação de que haveria ali uma norma discrimem.

Assim, nos parece que a melhor interpretação deva se dar no sentido de que a norma jurídico insculpida no texto do § 3º do art. 226 impede é a discriminação entre pessoas casadas e pessoas que vivem em união estável, e não que impede que pessoas do mesmo sexo possam conviver em união estável, porque aí estaria em contradição com outras normas constitucionais, como retro salientado, e dever-se-ia, assim, utilizarmos dos processos de soluções destes conflitos, claro, sem recorrer a qualquer argumento sobre normas constitucionais inconstitucionais, mas, dentro mesmo do processo interpretativo, solver a questão.

Dessarte, por este ponto de vista **não há um silêncio eloqüente posto na norma**. Há tão somente uma regulação jurídica de aspecto da convivência humana que antes era tida como antissocial, não natural, prejudicial a sociedade e a família. Igualmente se vê hoje as uniões homoafetivas. A par disso, é possível dizer que o constituinte não regulou a matéria, deixando assim um espaço interpretativo que deve ser preenchido pelos princípios jurídico-constitucionais, que como visto, bem demonstração que a solução pende em muito para a conclusão de que é possível, nos marcos institucionais postos, o preenchimento, se se assim considerar, de forma analógica, pela jurisdição constitucional, desta lacuna⁴¹.

⁴¹ Nesse sentido, por todos, Luis Roberto Barroso: “ É certo, por outro lado, que a referencia 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 contém indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência 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 relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios e os fins que a justificaram.

Insita-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “ união estável entre homem e 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



Assim, merecem prosperar os pedidos formulados na inicial no sentido de que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, em razão da aplicação do princípio da interpretação sistemática da constituição, corolário lógico disto é que o princípio da interpretação conforme permite que se afaste do espectro semântico do art. 1.723 do Código Civil, a compreensão de que tão somente as pessoas de sexo diferentes estariam abrangidas pelo dispositivo, conquanto há que se render, no mesmo passo, homenagens aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, no viés da liberdade de opção sexual, do estado laico e por fim do princípio constitucional da igualdade, como visto acima.⁴²

É alvissareira a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da técnica da interpretação conforme, verdadeiro ganho hermenêutico consagrado pela ciência do direito constitucional, poder, em muito, contribuir com esta esperança.

Nesse sentido, a ação se revela jurídica e constitucionalmente adequada, nos termos sustentados nestas informações, revelando-se, por isso, ser possível ao Colendo Tribunal que sejam declaradas inconstitucionais as interpretações que impossibilitem que pessoas do mesmo sexo possam estabelecer uniões homoafetivas, e assim para os efeitos sucessórios e previdenciários, sejam restabelecidos os plenos direitos destas pessoas.

Assim, toda a argumentação é no sentido de que os princípios constitucionais fartamente elencados não impedem que o regime jurídico da união estável, inicialmente trazido pelo legislador constituinte como forma de impedir a discriminação que antes se operava nas relações entre homem e mulher que não eram casados, seja

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.” (grifamos). Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.” In. Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. P.29.

⁴² Por último, uma citação importante para o debate aqui travado, onde se discute sobre possibilidade de união estável de pessoas, então, por via de consequência projetos de vida em comum, projetos de felicidade, talvez. Assim, sobre a busca de um projeto de vida a conclusão de Daniel Guerin no seu Um Ensaio sobre A Revolução Sexual

“ Conclusão? Penso que hoje, cada vez mais – e como isso me deixa contente! – existe uma tendência geral de diminuir a diferença entre os dois sexos. Muitas vezes acontece não podermos mais distinguir uma garota de um rapaz. No que diz respeito aos homossexuais, penso antes de tudo naqueles que são presos como um delinqüente comum por terem tentado satisfazer sua sexualidade através de um ato que era a plena expressão deles mesmos. Penso em todos os homossexuais que sentem uma grande dificuldade em se assumir, em suportar a reprovação social de que são objeto e que são atormentados pela idéia do suicídio. Em relação a isso recebi cartas perturbadoras. O mais urgente é devolver-lhes o gosto de viver. (grifamos).



aplicado aos parceiros homoafetivos, uma vez ali encontrados os mesmos requisitos para tal.

VII - CONCLUSÃO

Pelo exposto, as razões aduzidas nesta peça demonstram que será inconstitucional interpretação que negue às pessoas do mesmo sexo o direito ao reconhecimento da união estável.

São essas as considerações que submeto à apreciação superior, para que, acaso aprovadas, possam ser remetidas ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para que preste informações na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Brasília, 7 de agosto de 2009

Rogério Marcos de Jesus Santos

Advogado da União