



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - Uniceub
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

THAMARA RAQUEL DE GODOY MAIA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOAFETIVOS**

Brasília
2012

THAMARA RAQUEL DE GODOY MAIA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOAFETIVOS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito no Centro universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Julio Cesar Lérias Ribeiro.

Brasília
2012

Dedico o presente trabalho à minha família, sempre presente, em especial aos meus pais, Sueli e Vandimur, que são meu alicerce e nunca mediram esforços em prol da minha saúde e felicidade. São exemplo de luta e de coragem e sem eles não chegaria até aqui; ao meu amado, Raphael Montandon por todo amor, carinho, paciência e companheirismo desempenhados até mesmo nos dias em que eu menos merecia; e aos meus amigos, por trazerem alegria os meus dias, e por me ajudarem a levantar nos momentos de fraqueza, me fazendo acreditar que meus sonhos são possíveis.

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida, e por estar sempre presente em todos os momentos da minha jornada. A Ele toda honra e toda a Glória; ao meu orientador, Júlio Cesar Lérias Ribeiro, pelos ensinamentos; e ao meu querido amigo Gabriel Haddad Teixeira pela disposição e carinho ao ajudar na revisão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho fundamentou-se em pareceres de juristas, filósofos e doutrinadores, com o objetivo de demonstrar que o conceito de família ampliou-se e com ele surgiu à necessidade de ampliar da mesma forma o direito. A discussão deu-se diante dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, discutiu-se a possibilidade de estender ao casal homoafetivo o mesmo direito à adoção que já possuíam os casais heterossexuais. Foi demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro não demonstra impedimento à adoção conjunta por casais homoafetivos, pois permite a adoção isolada por pessoa, independentemente da sua opção sexual. Diante da lacuna jurídica acerca do assunto, ficou entendido que a melhor forma de interpretação jurídica utilizada para o caso da adoção homoafetiva seria por analogia dar o mesmo tratamento ao dado aos casais heterossexuais.

Palavras-chave: Direito de Família; Adoção; Homoafetividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 DIREITO DE FAMÍLIA E A ADOÇÃO	7
1.1 Direito de Família Contemporâneo	7
1.2 Adoção: Generalidades.....	11
1.3 Adoção e Homoafetividade.....	16
2 ADOÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO	20
2.1 A Incompletude do Ordenamento Jurídico	20
2.2 Adoção Homoafetiva e a Constituição de 1988	25
2.3 Adoção Homoafetiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil Brasileiro de 2002	29
3 JURISPRUDÊNCIA	33
3.1 Jurisprudência Favorável à Adoção Homoafetiva	33
3.1.1 ADI nº 4277 e ADPF nº 132	33
3.1.2 REsp nº 889852/RS	36
3.2 Jurisprudência Desfavorável à Adoção Homoafetiva	39
3.2.1 AGI nº 2010.00.2.006328-2 /TJDFT	39
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	46
ANEXO I	50

INTRODUÇÃO

A presente monografia terá como tema a adoção conjunta por casal homoafetivo, e sua delimitação será a possibilidade jurídica desta adoção. O tema se mostrará ainda polêmico, dividindo opiniões, pois ainda há uma parcela da sociedade que se mostra conservadora em relação aos tipos de entidades familiares, esquecendo-se de alguns dos princípios pilares da Constituição Federal, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade.

O presente tema possui relevância social e jurídica, pois as uniões homoafetivas são um fato social, merecendo atenção da sociedade, do Estado e do judiciário.

O problema central indagará sobre a possibilidade de o ordenamento permitir a adoção conjunta por pessoas de mesmo sexo. Se o questionamento resultar em afirmativa, por que ainda há resistência de alguns tribunais em deferir esse tipo de adoção? Se a resposta for negativa, há a necessidade de reforma da norma com o intuito de incluir no ordenamento esse direito? O ordenamento jurídico do Brasil permite a adoção isolada quando um dos parceiros é homossexual, portanto, qual será a diferença entre esse tipo de adoção isolada e conjunta?

Nesse trabalho serão observadas as questões relativas ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o que poderá possibilitar a concessão da adoção conjunta à casais homoafetivos, que demonstrarem viver em uma relação afetiva, pública e contínua com o objetivo de formar uma família.

As hipóteses defendidas serão as de que o ordenamento jurídico já permite a adoção por casais homoafetivos, pois não há impedimentos acerca desse assunto; de que não há necessidade de alteração da norma, pois a analogia já preenche a lacuna deixada pelo legislador; de que, apesar de controversa a questão, os argumentos que são contra essa possibilidade jurídica são de cunho moral, dotados de preconceito; de que a adoção conjunta se mostrará mais benéfica

que a adoção isolada, evitando assim deixar a criança e o adolescente desprotegidos de seus direitos.

O presente trabalho tem como marco teórico a socioafetividade como critério para a adoção, gerando implicações na adoção homoafetiva.

A metodologia a ser usada será bibliográfica e documental

No primeiro capítulo, será feita uma breve análise do Direito de Família e suas transformações ao longo do tempo. É no seio familiar que o indivíduo tem o seu primeiro contato com as relações sociais, por isso, o Direito de Família possui grande importância no contexto social. Será demonstrado que o indivíduo tem liberdade, que decorre da autonomia da vontade, para constituir sua família, não competindo ao Estado impor a forma como a família deverá ser integrada, apenas devendo protegê-la.

O capítulo abordará também os direitos fundamentais que permeiam a esfera do Direito de Família, em especial os mais relevantes ao instituto da adoção.

Tal capítulo tratará de algumas das características da adoção, tais como a sua natureza jurídica, os seus requisitos básicos e seus resultados. O capítulo abordará a questão da adoção e a homoafetividade, buscando o posicionamento da doutrina diante de tal tema.

No segundo capítulo, será abordada a adoção perante o ordenamento jurídico. Será feito um breve estudo sobre a incompletude do ordenamento jurídico, na visão de Norberto Bobbio e de algumas formas possíveis de se completar as lacunas existentes.

Também será feita uma sucinta análise do ordenamento jurídico em relação à adoção, e terá como principais referências a Constituição Federal Brasileira de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 e a Lei 12.010 de 2009, bem como as alterações advindas desta.

Em cada referência serão analisados os pontos principais em relação à adoção, a criança e ao interesse do casal homoafetivo em adotar.

No terceiro capítulo, será feita uma análise jurisprudencial sobre a aplicação judicial da adoção homoafetiva. Serão expostos entendimentos que vem

sendo adotados pelos tribunais, tanto no 2º grau de jurisdição como nos tribunais, sobre a possibilidade de deferimento da adoção por casais homoafetivos, como forma de garantir, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o princípio do melhor interesse da criança.

1 DIREITO DE FAMÍLIA E A ADOÇÃO

No presente capítulo serão abordadas questões essenciais, que devem ser analisadas para o entendimento do tema principal da adoção homoafetiva. Será abordado o Direito de Família sob o seu aspecto contemporâneo, a adoção e suas generalidades, e por fim, a adoção perante a homoafetividade.

1.1 Direito de Família Contemporâneo

A complexidade das relações sociais e as diferenças entre os indivíduos fizeram nascer o que temos hoje por Estado, como ente central. León Duguit expressa essa ideia com clareza:

“Mas se, como dizem certos sociólogos, existem sociedades humanas em que não aparece sinal algum de diferenciação política, é evidente que em quase todas as sociedades humanas, nas mais humildes e nas mais bárbaras, como nas mais poderosas e nas mais civilizadas, encontramos indivíduos que parecem mandar noutros indivíduos e que impõem a execução das suas ordens aparentes pelo emprego da força quando ela se torna necessária.”¹

Juntamente com a criação do Estado, vem o Direito aplicado por ele, e desde então, surgem os questionamentos sobre as diferenças entre o Direito Público e o Direito Privado.

Sobre essa distinção, Eugênio Facchini Neto aponta:

“O Direito Público passa a ser visto como o ramo do Direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como ramo do Direito que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo da liberdade).”²

Conforme apontamentos de Miguel Reale, “no amplo domínio do Direito Privado destaca-se o Direito Civil como Direito fundamental ou Direito comum

¹ DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris Ed., 2005, p. 27.

² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 17.

a todos os homens, no sentido de disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas”.³ E, ainda dentro desse conceito, as ramificações do Direito Civil representam, no conceito de Clóvis Beviláqua, “o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”.⁴

Diante disso, é demonstrada a importância do Direito de Família no contexto social, visto que é na família que o ser humano tem o primeiro contato com as relações sociais.

Arnoldo Wald relata em seu texto que o conceito que família sofreu grande variabilidade ao longo dos tempos:

“A noção de família tem variado através dos tempos, e, numa mesma época, a palavra tem sido usada em acepções diversas. No direito romano não apenas significava o grupo de pessoas ligadas pelo sangue, ou por estarem sujeitas a mesma autoridade, como também se confundia com o patrimônio nas expressões *actio familiae erciscundae*, *agnatus proximus familam habeto* e outras.

Atualmente, conhecemos, ao lado da família em sentido amplo – conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, ou seja, os descendentes de um tronco comum -, a *família em sentido estrito*, abrangendo o casal e seus filhos legítimos, legitimados ou adotivos. Alguns autores incluem no grupo familiar os domésticos que vivem no lar conjugal. O próprio Código Civil utiliza a palavra “família” ora num sentido, ora em outro.

A vigente Constituição Federal dispõe, no § 4º do seu art. 226: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.⁵

Da mesma forma, Paulo Lobo, ao fazer referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem, demonstra que todos os modelos de família existentes devem ser protegidos constitucionalmente:

“A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o *direito de fundar uma família*, estabelecendo o art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Desse dispositivo defluem conclusões evidentes: a) família não é só aquela constituída pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas; b) a família não é célula do Estado (domínio da política),

³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 357.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

⁵ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5

mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua.”⁶

A respeito da natureza jurídica do direito de família, Paulo Lobo defende que “o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública”.⁷ Seu ponto de vista é justificado no fato do direito de família ser, como ele mesmo chama, “visceralmente composto de direitos pessoais (...). A realização da pessoa humana e de sua dignidade no ambiente familiar é sua finalidade. Nada é mais privado que a vida familiar”⁸

Nessa mesma linha de entendimento, Arnaldo Rizzardo discorre:

“A principal característica deste direito é a finalidade tutelar que lhe é inerente. Direciona-se a proteger a família, os bens que lhe são próprios, a prole, e muitos outros interesses afins.

Daí, por esta sua destinação, praticamente é colocado como um direito público, ou quase público, pois é função do Estado a sua proteção (art. 226 da Constituição Federal), levando a participar o Ministério Público em todos os litígios que envolvem relações familiares. (...)

Mas a íntima aproximação ao direito público não retira o caráter privado, pois está disciplinado num dos mais importantes setores do direito civil, e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão. As relações adstringem-se às pessoas físicas, sem obrigar o ente público na solução dos litígios. A proteção às famílias, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado na observância ou não das regras correspondentes pelos cônjuges ou mais sujeitos da relação jurídica.”⁹

Diante disso, o direito de família tem natureza privada, apesar da maioria de suas normas serem de ordem pública. E por ser eminentemente privado, não cabe ao Estado interferir no direito de família e determinar a forma como as famílias devem se comportar. A família contemporânea atende à função da afetividade e a não-violação aos princípios constitucionais.

Paulo Lobo afirma que “família não é só aquela constituída pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas”. E ainda acrescenta:

⁶ LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1-2.

⁷ LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25.

⁸ LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25-26.

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5-6.

“Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.”¹⁰

Antes mesmo da chegada do Código Civil de 2002, Eduardo de Oliveira Leite utilizava o termo autoridade parental:

“O termo autoridade parental ao termo pátrio poder, de conotação romana e que privilegia a *potestas* masculina, inadmissível no atual estágio de evolução do direito brasileiro. Na realidade, hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só pátrio, na ótica do constituinte de 1988, mas sim parental, isto é, dos pais, do marido e da mulher, iguados em direitos e deveres, pelo art. 226, § 5.º da Constituição Federal.”¹¹

Segundo Aluísio Santiago Júnior, “pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.¹²

A expressão pátrio poder existente no Código Civil de 1916 foi substituída por poder familiar atendendo aos princípios constitucionais da igualdade entre os cônjuges e no interesse dos filhos menores.¹³

Silvio Rodrigues o define da seguinte forma:

“Poder Familiar é, ao mesmo tempo, uma autorização e um dever legal para que uma pessoa exerça as atividades de administração dos bens e de asseguramento do desenvolvimento dos direitos biopsíquicos do filho incapaz, pouco importando a origem da filiação.”¹⁴

A justificativa para a alteração da nomenclatura pátrio poder ocorreu devido a prevalência do cônjuge do sexo masculino sobre os filhos, demonstrando dessa forma a desconfiguração da mulher para exercer tal função. Com a mudança, ficou claro que ambos exerceriam a direção da sociedade conjugal.¹⁵

¹⁰ LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.194.

¹² SANTIAGO JÚNIOR, Aluísio. *Direito de Família*. Belo Horizonte: Inédita, 1998, p. 317.

¹³ CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 43.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.356.

¹⁵ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

Dessa forma, fica evidenciada a busca pela igualdade de sexos, na sociedade em geral e na sociedade conjugal, e o exercício simultâneo e conjunto da incumbência legal imposta pelo Estado.

Porém, diversos juristas analisam e criticam a expressão, sob o argumento de que a expressão mais adequada seria nomear esse poder/dever de "autoridade parental", pois a palavra autoridade traduz de forma mais clara o sentido da função dos pais em diante dos filhos, e o termo parental se adequa melhor a esse tipo de relação.¹⁶

O poder familiar, então é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, com o objetivo de proteção destes.¹⁷

1.2 Adoção: Generalidades

Com a transformação da concepção de família na sociedade ao longo da história, a adoção sofreu profundas transformações conforme o Direito de Família foi sofrendo mutações. A proteção à família oscila nos ordenamentos jurídicos, de acordo com as expectativas e características de cada sociedade em um determinado momento.

A adoção, contemporaneamente, está presente na ideia de dar oportunidade ao ser humano de ser inserido em um núcleo familiar de forma efetiva e plena, de forma a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo. Dessa forma, é demonstrado que o mais importante não é dar um filho a quem não conseguiu procriar de forma biológica, nem mesmo se trata de uma solução para a esterilidade ou para a solidão.¹⁸

No momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho, não devendo ser chamado, portanto, de filho adotivo, e sim de filho legítimo.¹⁹ A Carta

¹⁶ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.356.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 913.

¹⁹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 272.

Magna traz uma revolução no assunto ao estabelecer no artigo 227, parágrafo 6º que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²⁰

Dessa forma, com o advento da Lei 12.010/2009 (Nova lei da adoção), o Código Civil Brasileiro de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no que tange a igualdade entre os filhos, independente da origem, passaram a corresponder mais à proteção impressa na norma constitucional que impõe a igualdade entre todos os filhos. A origem será findada no momento da adoção, e dessa forma o filho passa a integrar a família de forma total e definitiva e sua condição não pode ser impugnada nem por ele mesmo, nem por seus pais.²¹

A ordem jurídica brasileira optou pelo critério da socioafetividade para a definição do que é família. Tal critério pode ser percebido, dentre outros momentos, quando o texto jurídico trata com total igualdade de direitos os filhos biológicos e os que foram adotados. Isso demonstra que a filiação não é um dado da natureza, e sim uma construção cultural, com base na convivência, no afeto.²²

A adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, por se tratar de procedimento e não de único ato e depende de decisão judicial para produzir seus efeitos, gerando parentesco civil. Não pode ser revogada, pois diz respeito ao estado de filiação, que é indisponível. E, de acordo com o artigo 39 do ECA, é ato personalíssimo, portanto, não se admite seu exercício por procuração.²³ A adoção é complexa por se tratar de procedimento e não de único ato, gerando o parentesco civil.

O Código Civil de 2002 instituiu o sistema de adoção plena, ou seja, tanto para os menores quanto para os maiores de 18 anos a adoção tem as mesmas características e são sujeitas à decisão judicial. Com a Lei 12.010/2009, o sistema de adoção no Brasil passou a ser regido integralmente pelo ECA.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988).

²¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273.

²² LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273.

²³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273.

A nova Lei da Adoção encara esse instituto como medida excepcional, valorizando a família biológica, sem deixar de admitir que a família socioafetiva também é dotada da mesma dignidade.²⁴ O parágrafo 1º do artigo 39 do ECA, com redação introduzida pela lei, traz de forma explícita a adoção como medida excepcional depois de terem sido esgotados todos os esforços para a manutenção da criança na família natural ou extensa, abrangendo os parentes próximos. Se nenhum deles manifestar interesse em cuidar da criança ela será entregue para a adoção.²⁵

Segundo Paulo Lobo, essa condição prévia ao interesse dos parentes limita a criança na inserção familiar, pois ao invés de ser acolhida pelo desejo e pelo amor, “será apenas um parente acolhido por outro, sem constituir relação filial.”²⁶

A adoção implica no corte total em relação à família de origem, ao contrário do modelo anterior de adoção simples, que permitia a duplicidade de vínculo (adotante e família de origem), não havendo nenhuma relação com os demais membros da família do adotante.

Os legitimados a adotar são todas as pessoas capazes civilmente, com idade superior a dezoito anos, qualquer que seja o seu estado civil. Dessa forma, uma pessoa viúva, solteira, divorciada – independente de seu estado civil – pode adotar, desde que esteja dentro dos requisitos e prove condições para a inserção do adotando no núcleo familiar substituto.²⁷ Além do limite de idade, a legislação também exige uma diferença de idade de, pelo menos, dezesseis anos de idade entre o adotante e o adotado, conforme o disposto no artigo 42, parágrafo 3º do ECA.

A explicação para essa diferença é dada por Galdino Augusto Coelho Bordallo, ao dizer que tal medida evitará que se confundam os limites que há entre o amor que é entre pais e filhos, amor essencialmente filial, e àquele entre

²⁴ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

²⁵ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Lei 8.069/90. Artigo 42, parágrafo 3º.

²⁶ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 920.

homem e mulher, onde a atração física é preponderante.²⁸ Além disso, a medida visa legitimar o processo de adoção, garantindo uma racionalidade no processo que assegura a aparência de legitimidade de parentesco.²⁹

Há também algumas restrições à adoção no ordenamento jurídico. Não podem adotar os ascendentes e descendentes e os irmãos do adotando, conforme o parágrafo 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa vedação é justificada pela força do vínculo que já existe entre as partes envolvidas, o que poderia causar uma confusão conceitual, inclusive em relação aos alimentos e à sucessão. Além disso, essas pessoas já estão ligadas por um vínculo afetivo, não tendo justificativa a adoção.³⁰

Também não é permitida a adoção de um tutelado ou curatelado pelo seu tutor ou curador enquanto não forem prestadas as contas de sua administração, com o intuito de prevenir um eventual ato inescrupuloso de adoção.³¹ Afirmar-se na doutrina que essa regra preserva o “sentido ético e socioafetivo da adoção, na medida em que busca afastar a possibilidade de que a constituição do vínculo parental seja levada a efeito com finalidades espúrias, ligadas ao locupletamento ilícito”.³²

Dentre os requisitos para adoção é exigida a comprovação, que será feita em juízo da estabilidade da família que pretende adotar. Essa exigência não diz respeito somente à união estável, mas sim que o casal que pretende adotar demonstre ter um lar constituído e administrado, e razoável para receber um novo membro.³³

Por obrigatoriedade, a adoção de menor é acompanhada do estágio de convivência estabelecido pelo artigo 46 do ECA. Paulo Lobo demonstra que de forma lamentável a nova Lei da Adoção desconsiderou como preferência para a adoção o estágio de convivência de fato, apenas admitindo quando decorrente de guarda ou tutela legal.

²⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, *Adoção*, p.214.

²⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.275.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 921.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 922.

³² FACHIN, Luiz Edson, *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 168.

³³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278 *Direito das Famílias*.

O estágio de convivência tem prazo fixado pela autoridade judiciária e deve preceder à adoção. No caso de adoção por estrangeiro ou por brasileiro residente fora do país, esse estágio deve ter no mínimo trinta dias e deve ser cumprido no território nacional. Tal medida permite que a autoridade e seus auxiliares avaliem a convivência da adoção.

A adoção implica na completa extinção da relação familiar que o adotando tinha com sua família anterior e traz segurança à nova relação jurídica estabelecida, garantindo a proteção integral e prioritária do interessado.³⁴ Todo vínculo anterior será cessado. Também são apagadas as origens ancestrais no momento da adoção.

Como se trata de um novo núcleo familiar, com filiação socioafetiva, a adoção merece especial proteção do Estado. Dessa forma, ao ser estabelecida essa nova relação o filho adotivo não poderá investigar a sua paternidade, mas somente terá direito de conhecer a sua origem biológica, genética. Está expresso no artigo 48 do ECA que o adotado tem esse direito após os 18 anos, e antes dessa data o acesso aos seus dados ancestrais biológicos dependerá de autorização judicial, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.³⁵

O vínculo com a família anterior é totalmente cessado, contudo o próprio dispositivo legal traz exceção, para fins de impedimentos matrimoniais, com a finalidade de impedir o incesto. Diante disso, apenas o registro anterior é mantido com o objetivo de impedir o casamento entre o adotado e os componentes da família anterior, quais sejam, os ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau.

Conforme o artigo 1.628 do Código Civil, todos os efeitos jurídicos da sentença de adoção se iniciam com seu trânsito em julgado, exceto quando o adotante morrer durante o procedimento de adoção. Em regra, com o trânsito em julgado ocorrerá a extinção do poder familiar anterior, passando a ser pertencente aos pais adotivos.³⁶

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 931.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 931.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 933.

Além dessa ruptura, a adoção traz consigo outros efeitos jurídicos: o acréscimo de sobrenome pelo adotado; o estabelecimento do poder familiar com o adotante; o direito de cobrar alimentos do adotante, do seu pai, e dos demais parentes obrigados à prestação alimentícia; e o direito à sucessão hereditária do adotante e demais parentes sucessíveis, na qualidade de herdeiro legítimo e necessário.

A adoção é irrevogável e não pode ser extinta por ato das partes, porém a jurisprudência vem admitindo a dissolução da adoção em casos excepcionais, para resguardar assim o melhor interesse do adotado, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.³⁷

1.3 Adoção e Homoafetividade

Mesmo entre os que veem as uniões homossexuais como expressão da afetividade a questão que mais divide opiniões é a que diz respeito à possibilidade de casais do mesmo sexo adotarem uma criança.³⁸ Um dos argumentos utilizados por aqueles que são a favor, é que o impedimento da adoção por casais homoafetivos inviabiliza a realização do projeto pessoal como seres humanos, de constituírem família com filhos a quem transmitir valores, crenças e amor ao longo da vida.

De acordo com Taísa Ribeiro Fernandes, a questão da adoção é a mais difícil e crucial dentre todas as que se referem aos direitos e deveres dos indivíduos que convivem em união homoafetiva.³⁹

Parte da doutrina e da jurisprudência se opõe a adoção homoafetiva. Segundo Melissa de Mattos Blum, o instituto da adoção procura construir uma entidade familiar e por isso duas pessoas do mesmo sexo não podem adotar,

³⁷ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 210.

³⁹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais: efeitos jurídicos*. Editora Método. 2004. p. 111.

porque nunca irão conseguir imitar a posição de pai e mãe, ainda que um dos parceiros tenha o sexo psicológico invertido.⁴⁰

Segundo Taísa Ribeiro Fernandes, aqueles que são contra a adoção por pares homoafetivos esquecem que a maternidade ou paternidade é uma função desempenhada pelos pais e, portanto, não está obrigatoriamente atrelada a sexualidade destes. Um pai pode exercer a função de pai e mãe, da mesma forma que filhos criados somente pela mãe a veem desenvolvendo a função feminina, de mãe, e a masculina, de pai.⁴¹

O principal argumento para o impedimento da adoção por casais homossexuais é o fato de estes terem escolha sexual diversa dos demais, e tal situação causaria prejuízos ao desenvolvimento da criança ou adolescente. Nesse sentido, avalia Rainer Czajkowski:

“A objeção que em primeiro lugar avulta é a de que o adotante homossexual não é um bom referencial para o menor adotado. Esta assertiva não decorre de nenhuma impressão sobre a qualidade ou moralidade das relações sexuais que o adotante mantém; decorre sim da constatação de que a conduta sexual do adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor. E não se diga que o homossexualismo é uma opção, a ser livremente manifestada por qualquer um. O adotante, no papel de pai (ou de mãe, se for mulher), influencia e condiciona o comportamento do adotado.”⁴²

Se tal assertiva fosse plenamente verdadeira, então famílias constituídas por casais heterossexuais não teriam filhos homossexuais, pois seu comportamento não os influencia a isso.

Em relação às consequências psicológicas que crianças adotadas por casais do mesmo sexo podem sofrer, Maria Berenice Dias garante que tais preocupações são afastadas por quem estuda os casos de famílias homoafetivas

⁴⁰ BLUM, Melissa de Mattos. *Adoção homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.advogado.adv/estudantesdireito/direitodecuritiba/melissademattosblum/adocaohomoafetiva.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2012.

⁴¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 111.

⁴² CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre – à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 232.

com prole. Não é possível vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães.⁴³

Segundo Taísa Ribeiro Fernandes, poderia ser um impedimento à adoção o preceito que diz que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável. Porém, a própria autora discorre que tudo se resolverá quando for dada uma interpretação finalística a norma, satisfazendo até mesmo os preceitos constitucionais da isonomia e da não discriminação por opção sexual. Diante disto, as uniões homoafetivas, em relação à adoção, deverão ser abrangidas, se forem estáveis, duradouras e constituírem uma família.⁴⁴

Maria Berenice Dias frisa que, se existir uma união verdadeira, o interesse em adotar é legítimo, mesmo que as pessoas sejam do mesmo sexo, pois há verdadeira vantagem ao adotando.⁴⁵

Em relação à possibilidade da adoção por casais homoafetivos, essa se mostra plausível diante da lei, por meio dos empregos jurídicos de interpretação acrescidos ao conjunto legal que constitui as diversas formas de composição familiar. O operador do Direito deve definir quais os valores jurídicos serão garantidos juridicamente, uma vez que a este tipo de adoção traz obstáculos de natureza ética e cultural como também impedimentos aos domínios técnicos e jurídicos a serem superados.⁴⁶

Dessa mesma forma, Edileuza Gobbo se posiciona a favor:

“A inadmissibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais só vem em prejuízo do menor, principalmente quanto ao aspecto patrimonial, já que, sendo filho, passa a ter todos os direitos pertinentes à filiação, guarda, alimentos e sucessórios, que, ao invés de ter em relação a duas pessoas, terá apenas em relação ao adotante.”⁴⁷

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Editora Livraria do Advogado. 2004, p. 124.

⁴⁴ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 109.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 108.

⁴⁶ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130.

⁴⁷ GOBBO, Edileuza. *A adoção por casais homossexuais*. Revista Consulex, n. 47, 2000.

As famílias contemporâneas não possuem mais apenas a função de procriar, mas primordialmente a conexão de seus entes através do afeto, mesmo não havendo vínculo biológico. Diante disso, é possível e legítima a adoção por casais do mesmo sexo.

Táisa Ribeiro Fernandes conclui:

“Se os parceiros, ainda que do mesmo sexo, vivem em uma verdadeira união estável, dentro de um lar respeitável e duradouro, cumprindo aqueles os deveres assemelhados aos dos cônjuges e companheiros, como lealdade, a fidelidade e a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de afetos e vidas, haverá, também, legítimo interesse na adoção, não se podendo ignorar a existência de reais vantagens para o adotado.”⁴⁸

Dessa forma, fora exposto que grande parte da doutrina argumenta a favor da possibilidade da adoção homoafetiva, demonstrando reais benefícios para o adotando ao fazer parte de um núcleo familiar.

⁴⁸ FERNANDES, Táisa Ribeiro. *Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, p. 113.

2 ADOÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico demonstra uma lacuna em relação ao direito de casais homoafetivos adotarem conjuntamente. Por isso, mostra-se necessário analisar como deve ser feita a completude do tema.

2.1 A Incompletude do Ordenamento Jurídico

A concepção jurídica positivista do direito dominou todo o século passado e, ainda nos dias correntes, exerce patente influência nos limites do fazer hermenêutico.

Com efeito, o surgimento da doutrina do positivismo jurídico remonta ao próprio surgimento do Estado moderno.

Com sua ascensão, o direito deixa de ser um fenômeno social de aplicação variada a cada uma das comunidades pluralistas e passa a ser uma exclusividade do Estado que concentra sua criação e aplicação. Este movimento é definido por Norberto Bobbio como o *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*⁴⁹.

Norberto Bobbio defende que o conceito de norma jurídica pode ser analisado sob vários enfoques, de acordo com a corrente doutrinária de quem o está analisando. Reconhece que, mesmo sendo legítima a abordagem da experiência jurídica pela ótica da normatização há outras abordagens dessa experiência que consideram como elementos característicos fatos diversos das regras de conduta. Dessa forma, demonstra a existência de três correntes: a corrente institucionalista, a corrente relacionista e a corrente normativista.⁵⁰

Para nosso estudo, a corrente mais importante é a normativista, que percebe o direito como norma. Esta não é excluída pelas outras duas correntes, mas sim funciona como pressuposto de validade de ambas. De acordo com Bobbio, as

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909. P. 27.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 3. ed., 2005, p. 23-44.

teorias se integram cada uma evidenciando um aspecto da experiência jurídica: “a teoria da relação, o aspecto da intersubjetividade; a da instituição, o da organização social; a normativista, o da regularidade”⁵¹ Destacando que, dos três, o aspecto fundamental é sempre o aspecto normativo visto que os primeiros são condições necessárias mas a regularidade (existência e eficácia da regra) é condição necessária e suficiente.

A norma, então, poderia ser enunciada como prescrição de comportamento, permissiva ou proibitiva, emanada de uma dada sociedade organizada e destinada a assegurar – mediante sanção externa e institucionalizada⁵² – a consecução de fins previamente definidos pela sociedade que a criou.

O termo lacuna expressa uma falha no sistema jurídico verificável toda vez que determinadas situações fáticas não estejam disciplinadas no ordenamento⁵³.

Se considerássemos o sistema normativo como um todo fechado e completo, não haveria que se falar em lacunas, posto que haveria a delimitação da atuação jurídica de forma geral, afastando surpresas a partir do postulado: “tudo que não está juridicamente proibido, está permitido”,⁵⁴ o direito se tornaria onipresente, com respostas para qualquer situação. As lacunas ganhariam sentido de mero sonho e ficção, que em consequência, não é jurídico.

No entanto, conceber a existência de permissão genérica, baseada em uma postulação filosófica, não se afigura correto, uma vez que a administração somente pode fazer aquilo que antecipadamente a lei autorize⁵⁵. Outrossim, é necessário considerar que a lei nem por mais genérica que seja não consegue abranger a quantidade de relações da vida social e, por isso, defender a plenitude da ordem jurídica é aceitar que a mesma acabe “engessada”, uma vez que não seria permitido que o direito acompanhasse a evolução da sociedade.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 3. ed., 2005, p. 44.

⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 3. ed., 2005, p. 160.

⁵³ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

⁵⁴ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 edição. São Paulo: Malheiros, 2001. p.76.

Contudo, a teoria das lacunas sofre alguma alteração, uma vez que se leva em conta que a Constituição se limita a abordar em linhas gerais assuntos de interesse público ou privado sem exauri-los, “muitos sustentam que esta deficiente compleição normativa traduziria uma reserva de práxis política”⁵⁶

Segundo Norberto Bobbio, “a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite.”⁵⁷ Dessa forma, um ordenamento jurídico é dado como completo quando o juiz consegue encontrar uma norma que regule qualquer caso real, quando nenhum caso que não possa ser regulado com alguma norma existente no sistema. Se o sistema é incompleto o ordenamento jurídico tem uma lacuna.⁵⁸

Em comparação, um sistema é incoerente quando existem normas tanto que proíbem determinada conduta quanto aquela que permite; e incompleto é o sistema que não possui nem a norma que proíbe a conduta, nem a que permite.⁵⁹

Se no sistema falta unidade, devem ser retiradas as contradições e se faltar à completude, devem ser preenchidas as lacunas.⁶⁰

Um ordenamento pode tolerar em seu corpo normas incompatíveis sem que isso custe a sua validade, porém, em relação à completude, diante de um determinado ordenamento que é caracterizado pelo princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, ela será uma necessidade, indispensável ao funcionamento do sistema.⁶¹

Quando ocorrem antinomias jurídicas e a aplicação da justiça é colocada em situação que não pode ser solucionada por meio da justiça formal, recorre-se à equidade, que, no dizer de Perelman, “numa tendência de não tratar de

⁵⁶ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 115.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 115.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 116.

⁶⁰ SAVIGNY, F. C. *Sistema del diritto romano attuale*. tradução italiana. p. 267.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 118.

forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial”.⁶²

A analogia é de difícil conceituação, pois não possui um só conceito justificável, mas vários conceitos. Segundo Atienza Rodríguez, “a noção de analogia é de difícil ou impossível definição, pois não existe um conceito de analogia, senão uma pluralidade de conceitos, ou, mais exatamente, uma família de conceitos”.⁶³

Quanto à sua aplicação, ocorrendo dois fatos que exijam a concordância “nos aspectos decisivos para a valoração jurídica”.⁶⁴, para que sejam determinados estes aspectos decisivos, explica Larenz que:

“Se é ou não o caso, pode determinar-se não só com o auxílio das categorias lógicas de “identidade” ou “não identidade”, mas requer-se, sobretudo, o esclarecimento dos aspectos decisivos da valoração expressa na regulação legal. A isso há que acrescentar a constatação positiva de que a situação de facto a julgar iguala em todos esses aspectos o que está legalmente regulado, assim como a constatação negativa de que as diferenças que subsistem não são de tal ordem que excluam aqui a valoração legal. Na analogia jurídica trata-se sempre, portanto, de um processo do pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal. Para conhecer que elementos da hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal, e porque é que o são, é preciso recorrer aos fins e idéias fundamentais da regulação geral, à *ratio legis*.”⁶⁵

Existem também os princípios gerais de direito, que são utilizados para uma resposta definitiva, segundo Del Vecchio, no caso concreto de ausência de uma norma reguladora, os princípios gerais de direito são utilizados para uma resposta ao terminativa, colocando que é vedado ao magistrado negar-se a decidir a pretensão dada pelas partes.⁶⁶

Segundo Suzana Marques, “*principium* significa origem, começo ou princípio”. Ainda segundo ela:

⁶² PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 39.

⁶³ RODRÍGUEZ, Manuel Atienza. *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986, p. 15.

⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 461.

⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 461-462

⁶⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Sobre os princípios gerais do direito. Direito, estado e filosofia*. Tradução de Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica, 1952. p. 115-116.

“Quando houver uma lacuna na lei, o juiz deverá valer-se dos princípios para decidir o caso concreto, dentro da estrutura normativa e dialética do processo, pois, conforme prevê o art. 126, do Código de Processo Civil, o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade na lei. Quando da elaboração de uma lei, o legislador não pode prever todas as situações fáticas, pois as relações humanas são dinâmicas e complexas e, se não houvesse a fonte principiológica, muitas vezes o Estado-Judiciário não poderia prestar seu serviço de declarar o direito preexistente, no caso concreto discutido em um processo, objetivando apaziguar conflitos sociais.”⁶⁷

Maria Berenice Dias, por sua vez, distingue princípios constitucionais de princípios gerais de direito:

“Os princípios constitucionais dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico. É equivocada a ideia de que os princípios vêm por último no ato integrativo. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira inversão hermenêutica. Os princípios vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do Direito. Não se podem confundir princípios constitucionais e princípios gerais de direito. Confundi-los seria relegar os princípios constitucionais para uma posição subalterna à lei juntamente com as demais fontes do Direito: a analogia e os costumes que são invocáveis na omissão do legislador. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação pelo método indutivo e cabem ser invocados quando se verificam lacunas na lei. A norma constitucional está no vértice do sistema. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica.

(...) A Constituição Federal consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo, primeiro passo para sua aplicação.

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, destacando que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.”⁶⁸

Dessa forma, os princípios constitucionais não são aplicáveis apenas no caso de existência de lacuna na lei, como acontece com os princípios gerais de direito, mas devem preceder a própria interpretação da lei, determinando a forma como esta se dará e garantindo-lhe a máxima eficácia.

Cabe ressaltar que os princípios não se contradizem. Em casos de aparente conflito, devem ser ponderados, de forma que a prevalência de um ou de

⁶⁷ MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do direito de família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 34.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54.

outro seja decidida de acordo com as peculiaridades de cada situação, mediante a utilização do critério da equidade.

O ordenamento jurídico, portanto, se mostra completável por meio dos processos de integração do Direito. Portanto, a completude não se mostra um requisito essencial.

Nesse contexto, Maria Berenice Dias defende que a falta de previsão legislativa não pode ser justificativa para que o magistrado negue a prestação jurisdicional, nem mesmo seja motivo para deixar de ser reconhecido direito que merece chancela jurídica. Assim, afirma que o “silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve socorrer-se dos princípios constitucionais que estão no vértice do sistema”.⁶⁹

2.2 Adoção Homoafetiva e a Constituição de 1988

A hierarquia das normas, no direito comum, segue um critério rígido de escalonamento das normas, onde os diplomas normativos estão colocados em um sistema que, tem na sua base a norma mais inferior e no seu ápice a norma mais superior. Hans Kelsen traz um quadro de normas aplicáveis a ser construído pela Ciência do Direito, a partir da interpretação dos textos legais. O quadro seria um rol de possíveis normas, interpretações, diante do texto a ser aplicado.⁷⁰

As normas, segundo o ordenamento jurídico ensinado por Bobbio, são dispostas hierarquicamente, de forma escalonada. Ao imaginar as normas dispostas numa pirâmide, no seu ápice estaria a norma suprema, chamada fundamental, da qual as outras normas dependem para serem eficazes e tenham validade. Logo, é correto afirmar que o sistema normativo possui um ordem na qual as normas se classificam segundo um grau determinado de superioridade, desde a norma inferior até a norma suprema, isto é, a norma que o comando normativo depende.⁷¹

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 48.

Entretanto, deve ser observado que a norma fundamental destacada não é a Constituição do Estado, e sim uma norma superior que dá validade a esta. Segundo Kelsen, essa norma é chamada de “norma fundamental pressuposta”, e justifica seu nome por ser uma norma hipotética, que não está codificada mas que é pressuposta devido à aceitação da sua existência quando são obedecidos os comandos ditados por determinada autoridade.⁷²

Para Kelsen, o fundamento pressuposto que valida uma determinada norma, não é o fato de essa norma ter sido inserida em certo tempo e local, e sim, que a norma deve ser seguida pelas ordens e mandamentos emanados daquele que a inseriu no ordenamento.⁷³

Bobbio discorre que, “dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental.” Nesse sentido, tal norma pode ser formulada da seguinte maneira: “O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade.”⁷⁴

Assim, de acordo com o exposto acima, pode-se concluir que existe uma hierarquia entre as normas, que podem ser escalonadas:

“a) norma fundamental; b) Constituição Federal; c) Lei (Lei Complementar, Lei Ordinária, Lei Delegada, Medida Provisória, Decreto Legislativo e Resolução); d) Decretos Regulamentadores do Poder Executivo; e) Outros diplomas dotados de menor extensão de eficácia e mais tênue intensidade normativa.”⁷⁵

No Brasil, o instituto da adoção foi tratado pela primeira vez no Código Civil de 1916, e possuía como finalidade básica oferecer um filho aos indivíduos que não poderiam tê-los por fatores biológicos.

⁷² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221 .

⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 58-59.

⁷⁵ DE OLIVEIRA, José Pérciles. Hierarquia das Normas no Direito do Trabalho. *Revista de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, Ano 2, Ed. Nº 06 (Abr. /Jun. de 2011).

Ao longo dos anos, as antigas regras mudaram, trazendo consigo novos conceitos acerca da adoção, inclusive dando ao adotando a garantia de ser tratado da mesma forma que os filhos legítimos.

Para a concessão da adoção é preciso preencher os requisitos estipulados pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Dentre estes, cabe destacar que é permitido ao maior de 18 anos adotar individualmente, sem levar em conta a sua opção sexual. Dessa forma, não há óbice para a adoção por uma pessoa homossexual, pois a sua orientação não constitui um juízo crítico que impeça a adoção. Cabe salientar que, o direito constitucional à igualdade traz o dever de não discriminação e, portanto, não conceder adoção a um casal baseado somente na sua opção sexual constitui discriminação vedada pela lei.

A esse respeito vejamos o entendimento de Luciana Faísca Nahas:

“A questão da adoção por homossexuais é controvertida. Em relação a um homossexual individualmente não existem motivos para a negativa, já que há o permissivo legal da adoção por uma pessoa. A problemática existe na adoção por casais homossexuais, que indubitavelmente passa primeiro pelo reconhecimento ou não, como entidade familiar dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo.”⁷⁶

Porém, as polêmicas e divergências se encontram na adoção conjunta de casais homoafetivos, por não haver lei específica que regule tal questão.

A Constituição de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 3º, prescreve que a união estável entre homem e mulher é reconhecida como entidade familiar. Não há norma regulando a união estável entre pessoas de mesmo sexo, porém, em recente julgado do Supremo Tribunal Federal foi reconhecida a união estável entre indivíduos do mesmo sexo

O princípio da dignidade da pessoa humana é definido por Paulo Lobo como sendo o “núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”. Segundo ele, viola tal princípio “todo

⁷⁶ NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual. Proteção Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 136.

ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto.”⁷⁷

Maria Berenice Dias entende que “a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.” Discorre, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana “é o mais universal de todos os princípios, pois serve de baliza aos demais. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais”.⁷⁸

Diante disso, pode-se depreender que nenhuma interpretação de texto normativo será considerada válida se afrontar esse princípio, pois a lei existe em função do homem e não o homem em função da lei.

O princípio da igualdade está expresso na Constituição Federal de 1988⁷⁹, tem sido interpretado em seu sentido material, substancial, sendo chamado também de princípio da isonomia.

Luís Roberto Barroso, ao tratar desse princípio, defende:

“Ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas das suas incidências, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, muitas vezes impõe o tratamento desigual a fim de contrabalançar desigualdades reais. Por um lado, se é possível distinguir pessoas e situações, a fim de lhes dar tratamento jurídico diferenciado, isto não significa que qualquer desequiparação seja válida. O princípio da isonomia se destina exatamente a vedar as desequiparações que não tenham um *fundamento* racional e razoável e que não se destinem a promover um *fim* constitucionalmente legítimo. Veda-se o arbítrio, o capricho, o aleatório, o desvio.”⁸⁰

Diante disso, o princípio da isonomia poderia ser descrito da seguinte forma: “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Segundo Barroso, para se atingir a igualdade material muitas vezes é requerido o tratamento diferenciado para que as desigualdades reais sejam equilibradas.

⁷⁷ LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 57.

⁷⁹ Artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 113.

A adoção conjunta por casais homossexuais não recebe tal tratamento diferenciado, por culpa do preconceito e da intolerância. A igualdade não tem por objetivo eliminar as diferenças, mas sim respeitá-las.

Paulo Lobo define o princípio da afetividade como aquele que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.⁸¹ E conclui que “a força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador”⁸²

O mesmo autor define o princípio do melhor interesse da criança da seguinte forma:

“O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.”⁸³

Diante disso, fica demonstrado que a criança e o adolescente têm o direito líquido e certo de serem adotados, com o objetivo de atingirem um crescimento saudável, na convivência em uma família estável, com laços de afeto.

Pelo exposto, tem-se a necessidade da interpretação extensiva do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, de modo a incluir os casais formados por homossexuais no rol de entidades familiares contidas nesse artigo.

2.3 Adoção Homoafetiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil Brasileiro de 2002

O instituto da adoção encontra-se normatizado nos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos artigos 1618 a 1629 do Código Civil. No Brasil existem duas maneiras de realizar a adoção de acordo com a idade do adotado – a do maior de 18 anos, que é regida pelo Código Civil; e, do menor até os 18 anos, sendo conduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸¹ LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

⁸² LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

⁸³ LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

De acordo com o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que um indivíduo esteja habilitado a adotar é necessário que ele esteja inscrito no cadastro de adotantes, bem como satisfazer e cumprir determinados requisitos.

Nesse sentido, Antônio Fonseca discorre:

“Para a adoção de crianças e adolescentes, o art. 50 e §§ da Lei nº. 6.069/90 determina que a autoridade judiciária mantenha um registro de pessoas que podem adotar, ou seja, uma listagem de pessoas previamente habilitadas e consideradas aptas pelo Juizado para a adoção. Destarte, se a pessoa estiver na lista de pretendentes à adoção, observada a ordem de inscrição, está apta a adotar.”⁸⁴

O processo de adoção deve correr na vara especializada da infância e da juventude, sendo proibida a sua realização através de procuração, pois os adotantes devem comparecer perante o magistrado, conforme dispõe o artigo 39, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁸⁵

Carlos Roberto Gonçalves mencionando Antonio Chaves

“A adoção é ato pessoal do adotante, uma vez que a lei a veda por procuração (ECA, art. 39, parágrafo único). O estado civil, o sexo e a nacionalidade não influem na capacidade ativa de adoção. Está implícito, no entanto, que o adotante deve estar em condições morais e materiais de desempenhar a função, de elevada sensibilidade, de verdadeiro pai de uma criança carente, cujo destino e felicidade lhe são entregues.”⁸⁶

Outro requisito importante, tratado tanto no Código Civil, em seu artigo 1618, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 40, diz respeito à idade do adotante, que deverá ter, no mínimo, 18 anos. Silvio de Salvo Venosa ensina que a idade constitui requisito objetivo; enquanto que a maturidade é uma condição subjetiva.⁸⁷

Também deverá existir uma diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotado, requisito contido no artigo 1619 do CC e no artigo 42, § 3º do ECA.

⁸⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O código civil e o novo direito de família*. Editora Livraria do Advogado. 2004. P. 101.

⁸⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 276.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Apud, CHAVES, Antonio in: *Direito civil brasileiro. Vol. VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

⁸⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 276.

Paulo Lobo destaca, nesse sentido:

“(...) A regra procura estabelecer um distanciamento mínimo e razoável entre as idades do adotante e do adotado. A adoção imita a vida, sendo recomendável que entre um e outro se reproduzam as condições temporais mínimas que ocorrem, normalmente, entre pais e filhos. (...)”⁸⁸

Maria Helena Diniz discorre sobre outros requisitos que também são exigidos:

“Exige-se além dos requisitos específicos para a concessão desse pedido: a) qualificação do requerente e de seu cônjuge ou companheiro, com expressa anuência deste; b) indicação de eventual parentesco do requerente e do cônjuge, ou companheiro com a criança ou adolescente, especificando se há ou não outro parente vivo; c) qualificação completa do adotando e de seus pais, se conhecidos; d) indicação do cartório onde se deu a inscrição do nascimento do adotando, anexando se for possível, uma cópia de sua certidão de nascimento; e e) declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos pertencentes ao adotando (Lei 8.069/90, art. 165, I a IV e parágrafo único).”⁸⁹

É mister observar que, dentre os requisitos exigidos, não há nenhum relativo à opção sexual dos adotantes, portanto, se mostra legítima a adoção homossexual, no caso da adoção por um adotante. Contudo, a questão da adoção por casais homossexuais demanda uma análise mais profunda diante das questões particulares aplicadas a questão da adoção quando feita por casais.

O artigo 42, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe que a mesma criança ou adolescente seja adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou mantiverem união estável.⁹⁰

Paulo Lobo discorda dessa opção legislativa, pois segundo ele “Certamente, não é a melhor opção legislativa, porque cria barreira legal a situações existenciais difundidas na sociedade brasileira, que não correspondem a esse modelo”.⁹¹

⁸⁸ LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.275.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 5.v. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 420.

⁹⁰ BRASIL. *Lei Nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

⁹¹ LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280.

No mesmo sentido entendem Cristiano de Farias Chaves e Nelson Rosenvald:

“Por isso, entendemos, com base em valores constitucionais, ser possível, no caso concreto, o afastamento da barreira legal, admitida a adoção por duas pessoas que se revelar benéfica e vantajosa para o adotado. Seria o exemplo da adoção pelo par homoafetivo e por núcleos familiares simultâneos.”⁹²

O artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente deixa claro que “a adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Diante disso, a adoção poderá ser deferida a qualquer pessoa interessada que demonstre ter condições melhores de vida para proporcionar à criança ou ao adolescente que pretende adotar, sendo irrelevante a sua opção sexual. No mesmo entendimento discorre Taísa Ribeiro Fernandes:

“Se o interessado homossexual não leva vida promíscua, se não assume medidas de confronto, o que poderia causar rejeições e constrangimentos, e se a orientação sexual do pretendente não representa um mal para o adotado, a adoção pode ser realizada, nenhum motivo legítimo existe para deixar a criança fora de um lar.”⁹³

Dessa forma, o Código Civil de 2002 e Estatuto da Criança e do Adolescente não apresentam proibição manifesta nem subentendida ao adotante homossexual. O exigido por ambas as leis é que o interessado possua idoneidade moral e condições para assumir os deveres de parentais. Deve ser analisado se a providencia será proveitosa e favorável ao adotando, e se será estabelecida em causas legítimas.⁹⁴

Em conclusão, o ordenamento jurídico, conforme esposado, tem a pretensão de completude, pois pode ser completado através de métodos interpretativos nele previstos. Nessa linha, o método da analogia pode ser utilizado para a aplicação do direito nos casos de adoção homoafetiva.

No capítulo seguinte, buscar-se-á analisar justamente a aplicação do direito pelos tribunais em casos de adoção homoafetiva.

⁹² CHAVES e ROSENVALD, Cristiano de Farias e Nelson. *Direito das família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 922.

⁹³ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais: efeitos jurídicos*. Editora Método. 2004. p. 106.

⁹⁴ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais: efeitos jurídicos*. Editora Método. 2004. p. 108.

3 JURISPRUDÊNCIA

O presente capítulo tem o objetivo de analisar a posição favorável e desfavorável à hipótese da possibilidade jurídica da adoção homoafetiva.

3.1 Jurisprudência Favorável à Adoção Homoafetiva

3.1.1 ADI nº 4277 e ADPF nº 132

Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132, as quais tinham por objeto a interpretação do artigo 1.723, do Código Civil, conforme a Constituição Federal, com a finalidade de ser reconhecida a união estável homoafetiva.⁹⁵

A referida ADI (Ação Direta de inconstitucionalidade) foi proposta em 02 de julho de 2009 pela Procuradora-Geral da República Deborah Duprat, no exercício interino do cargo, postulando a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, bem como que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendessem aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁹⁶

Inicialmente a PGR havia proposto uma ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), sob o nº 178. Ocorre que, o presidente da Suprema Corte na época, Ministro Gilmar Mendes, determinou que fosse reautuada como ADI, tombada sob o nº 4277, aplicando o princípio da fungibilidade.

Apenas para o correto entendimento do caso, faz-se necessário uma breve explicação acerca da ADPF. O Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral,

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto*, j. 05.05.2011.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto*, j. 05.05.2011.

em 27 de fevereiro de 2008, propôs a ADPF nº 132, tendo como objetivo alvo “o conjunto de decisões judiciais que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis, interpretando discriminatoriamente a legislação estadual e a legislação federal”.⁹⁷

O Ministro Ayres Britto, relator do caso, destacou que o tratamento jurídico será conferido às relações homoafetivas “que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família”.⁹⁸ O Relator fundamentou sua decisão na igualdade, liberdade, não discriminação e no princípio da dignidade da pessoa humana.

A respeito da igualdade o ministro destacou que Constituição não aceita, exceto expressa determinação constitucional, que a sexualidade dos indivíduos seja empregada como elemento de desigualação jurídica. Quando a Constituição pronuncia, como objetivo essencial da República, entre os demais, fomentar o bem de todos, sem preconceitos relativos à sexualidade, ela especifica “impedimento de tratamento discriminatório ou preconceituoso em virtude do sexo dos seres humanos”. Assim, de acordo com o ministro “não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos”.⁹⁹

A respeito da dignidade da pessoa humana o ministro destacou que o planejamento familiar deve ser de livre escolha do casal, devendo o Estado proporcionar o necessário para o desenvolvimento desse direito. Relaciona também a dignidade da pessoa humana com a livre escolha da opção sexual:

“Afim, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011.

século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade.”¹⁰⁰

De acordo com Ayres Britto, a Constituição Federal não estabeleceu qualquer diferença na forma de constituir uma família, portanto não há um conceito fechado e imutável de família, tampouco um modelo a ser seguido. Consoante o ministro, a família, em seu entendimento, é o núcleo íntimo, não importando se esta é composta por casal de sexo oposto ou igual.¹⁰¹

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, desde que tal união obedeça aos critérios de continuidade, publicidade e durabilidade. Diante disso, concluiu o ministro que o “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.¹⁰²

O artigo 5º da Constituição Federal define que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Portanto, distinções em razão da orientação sexual não são aceitáveis. Nesse sentido, discorre o Ministro Celso de Mello:

“A comunidade internacional, em 28 de julho de 1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do Direito das Gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica, buscam, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – a que o Brasil aderiu em 1952 – resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. (Ext 783-QO-QO, Rel. p/ o ac. Min.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto*, j. 05.05.2011.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto*, j. 05.05.2011.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto*, j. 05.05.2011.

Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 28-11-2001, Plenário, *DJ* de 14-11-2003)¹⁰³

No mesmo entendimento, outro julgado, de relatoria do Ministro Celso de Mello, destacou:

“Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. (RE 477554 AgR/MG, Rel. Min, Celso de Mello, julgamento em 16-08-2011)”¹⁰⁴

Portanto, o não reconhecimento da adoção por casais homoafetivos entra em confronto com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pois, conforme dito anteriormente, o reconhecimento da união homoafetiva deveria assegurar os mesmos direitos que possui a união heteroafetiva.¹⁰⁵

3.1.2 REsp nº 889852/RS

Em 27 de abril de 2010, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp nº 889852/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. A questão trata da possibilidade de adoção de duas crianças por parte da requerente que vive em união homoafetiva com a companheira que antes já adotara os mesmos filhos. O Recurso Especial foi improvido, tendo sido o voto do relator seguido dos demais ministros da turma.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Especial, fundado nas fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional. Alegando contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, além de dissídio pretoriano. Requer o provimento do recurso, “para o fim de definir a união

¹⁰³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 20 de setembro de 2012

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 4777554 AgR. Rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.08.2011

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011

homossexual apenas como sociedade de fato e, conseqüentemente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada”¹⁰⁶

“EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL.SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE.IMPRESINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES.RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.”¹⁰⁷

Em seu voto, o relator demonstra a importância em garantir o direito dos menores diante da lacuna jurídica:

“Nesse particular, é bem de ver que a lacuna não pode ser óbice à proteção, pelo Estado, dos direitos das crianças e adolescentes – direitos estes que, por sua vez, são assegurados expressamente em lei. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes”, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor.”¹⁰⁸

O ministro relator deixa claro em seu voto que o mais importante em matérias relativas à possibilidade de adoção por casais homoafetivos é a verificar a melhor solução a ser dada com o intuito de proteger os direitos das crianças, conforme dispõe o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁰⁹

Através de estudos psicossociais foi comprovada a presença da adotante na vida das crianças, bem como, o seu relacionamento estável de sete anos com a sua parceira, que já havia adotado legalmente os menores do caso, demonstrando assim a presença do vínculo afetivo.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

¹⁰⁹ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Conforme já foi dito anteriormente, Maria Berenice Dias frisa que, se existir uma união verdadeira, o interesse em adotar é legítimo, mesmo que as pessoas sejam do mesmo sexo, pois há verdadeira vantagem ao adotando¹¹⁰.

Outro ponto importante destacado pelo Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto foi a necessidade de resguardar o direito de convivência entre a adotante e os adotandos no caso de falecimento de sua companheira, que possui a guarda legal, No caso de falecimento da própria interessada na adoção, as crianças ficariam sem resguardo em relação aos seus direitos sucessórios. Nesse sentido:

“Ademais, releva notar que, se não for reconhecido o direito de adoção pela recorrida – que é tida como mãe pelas crianças –, e se a mãe adotiva LRM, sua companheira, vier a faltar, a ora requerente poderá perder o direito de convívio com os filhos, o que será traumático para os menores, que serão “órfãos de mãe viva”. De outro lado, se a recorrida é que vem a falecer – sendo ela que possui melhores meios de manutenção da família, como preconizado pelas instâncias ordinárias, quando ficou registrado que a mãe adotiva é autônoma e tem problemas de saúde, enquanto a recorrida é funcionária pública, estável, professora universitária e saudável –, impedir a adoção significa deixar as crianças sem a proteção conferida pelos direitos sucessórios.”¹¹¹

Dentre outros benefícios já citados, o relator demonstra que com a adoção as crianças terão automaticamente o direito de ser incluídas no plano de saúde da recorrida, bem como poderão no futuro ter ensino básico e superior de qualidade por ser a recorrida professora universitária.¹¹²

Importante destacar a observação de Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia a respeito:

“Ora, se o que se busca com a adoção é o bem-estar da criança, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, poderíamos dizer que o não-reconhecimento das famílias compostas por pais/mães homossexuais e, assim, a impossibilidade da adoção por ambos os (as) parceiros (as) iria contra os princípios legais, já que facilitaria o fato de a criança se sentir diferente e discriminada. Assim, a criança poderia se sentir estigmatizada não por ser adotada

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 108.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

por pessoas homossexuais, mas pela lei de seu país não considerar sua família como tal”¹¹³

Em relação à lacuna existente na lei acerca do tema, Maria Berenice Dias adverte:

“A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela.”¹¹⁴

O Ministro relator Luis Felipe Salomão encerra seu voto destacando que as uniões homoafetivas merecem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, não devendo ser motivo de impedimento para a adoção o fato do casal ser homoafetivo.¹¹⁵

3.2 Jurisprudência Desfavorável à Adoção Homoafetiva

3.2.1 AGI nº 2010.00.2.006328-2 /TJDFT

Em 27 de outubro de 2010, a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sob a relatoria do Desembargador João Batista Teixeira, julgou desprovido o recurso de Agravo de Instrumento nº 2010.00.2.006328-2.

Trata-se de processo interposto na origem por P.G.F.S. e F.A.R. com o objetivo de ter a guarda e responsabilidade da menor L. S. L. A guarda provisória foi deferida pelo juiz da Primeira Vara da Infância e da Juventude. Porém, após deferimento, as demandantes apresentaram emenda à inicial, modificando o pedido de guarda para o pedido de adoção.¹¹⁶

O juiz *a quo* indeferiu o pedido de emenda à inicial sob as seguintes razões:

“(…) Reza o art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal que é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade

¹¹³ FARIAS, Mariana de Oliveira; Maia, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por Homossexuais – A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*, Ed. Juruá, p. 217).

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça*, Editora: Livraria do Advogado, p.11-12).

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. Des. João Batista Teixeira.

familiar, o que é reproduzido no art. 1723 do Código Civil. Lado outro, o art. 42, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que, para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. O egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao pronunciar-se sobre o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, trilhou no sentido de que “não há espaço para se aplicar a analogia, estendendo-se os efeitos jurídicos da união estável à união homoafetiva, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio, inexistente previsão legal para tanto e os elementos diferenciais entre união heterossexual e união homossexual, para fins de constituição de entidade família, são relativos a requisitos essenciais à própria existência desse instituto” (Apelação Cível 20060111329716, relator Desembargador Sandoval Oliveira, julgada em 25 de novembro de 2009). O mesmo Tribunal, em outro julgado, pronunciou-se no sentido de que “Os institutos erigidos pelo legislador à condição de entidade familiar têm como elemento estrutural – requisito de existência, portanto – a dualidade de sexos. Assim dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu preâmbulo e no item 01 do art. 16. No mesmo sentido a Constituição Brasileira promulgada em 05/outubro/1998 (Artigo 226 e seus parágrafos), o Código Civil de 2002 e a Lei nº 9.278, de 10/maio/1996, que regulamenta o parágrafo 3º do Artigo 226 da CF”. (Agravo de Instrumento 2008002012928-9, Relatora Desembargadora Diva Lucy Ibiapina, julgado em 18 de março de 2009). Nesse diapasão, tenho que por óbice normativo constitucional e infra-constitucional, não merece acolhida a emenda de fls. 37/41, pelo que a indefiro.”¹¹⁷

Diante disso, inconformadas com a decisão, as demandantes interpuseram Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

“EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE GUARDA. CONVERSÃO PARA ADOÇÃO. ARTS. 42, § 2º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO ATENDIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.”¹¹⁸

As recorrentes alegam, em síntese, que o pedido de emenda à inicial foi indeferido por ter sido formulado por pessoas que vivem em união homoafetiva. Diante disso, alegam que a decisão contraria o princípio do melhor

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. João Batista Teixeira.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. João Batista Teixeira.

interesse da criança e do adolescente, pois fora demonstrado que a criança somente iria se beneficiar com a decorrência da filiação.¹¹⁹

Salientam que não há no ordenamento jurídico impedimento para a adoção por casais em união homoafetiva. Terminam afirmando que o risco de lesão grave e de difícil reparação está presente na forma errônea de escolha do pleito, qual seja, guarda ao invés de adoção, sendo este último a verdadeira intenção das agravantes.¹²⁰

Em seu voto, o relator do caso, Des. João Batista Teixeira, concorda com o juiz *a quo*, entendendo que a pretensão das agravantes encontra óbice legal. Ele sustenta seu argumento nos artigos, 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal e artigo 1.723 do Código Civil, alegando que tais dispositivos deixam claro que o reconhecimento da união estável somente poderia ser constituído por pessoas de sexo diferente.¹²¹

Nesse sentido, alega que, diante de ausência de permissão constitucional ou legal para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, torna-se inviável a adoção conjunta da menor pelas agravantes.¹²²

A 2ª vogal, Desembargadora Nídia Correa Lima, pediu vistas ao processo e por fim, concluiu:

“Na minha concepção, deixar de reconhecer a possibilidade de adoção por casais que vivem em união homoafetiva atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana, por se tratar de uma conduta discriminatória e preconceituosa, sobretudo na sociedade atual, em que as uniões homoafetivas constituem uma realidade ainda despida de instrumentos normativos próprios.”¹²³

Porém, mesmo votando a favor do deferimento da conversão do pedido de guarda e responsabilidade para adoção, teve seu voto vencido, tendo

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. João Batista Teixeira.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. João Batista Teixeira.

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. João Batista Teixeira.

¹²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. João Batista Teixeira.

¹²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. João Batista Teixeira.

portanto, como desfecho do processo o desprovimento do recurso por maioria de votos.

CONCLUSÃO

O tema abordado mostrou-se ainda novo no direito atual, e a sociedade aparenta estar despreparada para aceitar a adoção homoafetiva. Porém, à medida que as relações mudam, há a necessidade do direito acompanhar esse avanço, garantindo em seu texto jurídico a proteção aos indivíduos.

O Direito de Família contemporâneo é pautado na afetividade como núcleo das entidades familiares. Portanto, esta monografia buscou demonstrar de forma simplificada um dos avanços importantes do Direito de Família atual, qual seja, a busca pela inclusão da entidade familiar formada por pares homoafetivos no rol de famílias protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, elenca objetivos fundamentais, dentre eles, a construção de uma sociedade mais justa e solidária, bem como promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹²⁴

Na presente monografia fora abordada de forma sucinta a evolução do conceito de família até o entendimento atual, que tem como ponto fundamental a presença da afetividade na formação do vínculo familiar. Seus membros alargaram o exercício da liberdade, o que levou a substituir o caráter autoritário da família clássica pela divisão de tarefas entre o casal que administra a família, agora, de forma conjunta.

O artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal é meramente exemplificativo ao tratar dos modelos de família protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, deve ser interpretado de forma a contemplar todos os modelos de família existentes, alcançando assim a máxima efetividade da norma constitucional.

¹²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 out 2012.

A falta de norma específica que enquadre a união homoafetiva como entidade familiar não mostrou impedimento para adoção, posto que pode ser aplicada como uma das formas de completude do ordenamento a analogia. Assim, após o reconhecimento da união homoafetiva como união estável, à aquela devem ser aplicados os mesmos direitos garantidos à esta.

Com o estudo dos pontos analisados na pesquisa, bem como as análises jurisprudenciais dos tribunais perante o tema, restou comprovado que a adoção por casais homoafetivos vem sendo aplicada em prol da garantia de alguns princípios norteadores do tema, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Os tribunais demonstraram avanços diante das questões suscitadas por casais homoafetivos em busca da formação de sua família. O princípio do Melhor interesse da Criança e do Adolescente se mostrou como uns dos pontos relevantes no deferimento da adoção da jurisprudência analisada.

O Supremo Tribunal Federal, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, e essa decisão trouxe à tona a necessidade de discutir a equiparação desta união entre pessoas do mesmo sexo à união de pessoas de sexo diferente. Desta forma, o STF mostra a preocupação em proteger essa parte da sociedade que se encontra marginalizada, ainda refém de preconceitos.

Não obstante o avanço de tal decisão, o Supremo não delimitou de forma clara os direitos que deverão ser exercícios pelos casais homoafetivos, como é o caso da adoção. Porém, o Ministro Ayres Britto observou em seu voto que uma vez reconhecida a união estável homoafetiva esta deverá se equiparar e ter os mesmos direitos garantidos à união heterossexual. Portanto, não há razão para a concessão de alguns direitos e impedimento de outros. A adoção merece o mesmo tratamento, garantindo assim que não será levada em conta a opção sexual dos adotantes no momento de analisar o pedido de deferimento de tal pleito.

Ao se analisar o Resp 889852/RS, vimos que o deferimento da adoção a um casal homoafetivo foi de grande importância, mostrando ser uma enorme conquista àqueles casais que estão em mesma situação e almejam ter a sua família reconhecida e protegida de forma igualitária pelo Estado, pois através da adoção os direitos relativos à alimentos, direito sucessório, direito de visita, entre

outros, são consolidados em relação às duas pessoas que adotam e não somente em relação à apenas uma delas, como ocorria anteriormente.

Ao se analisar o AGI nº 2010.00.2.006328-2 /TJDFT, foi possível perceber que o impedimento que resultou do indeferimento do pedido fora superado com o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez reconhecidas, essas uniões poderão ter direito legítimo em adotar crianças e adolescente.

Diante disso, a análise feita na presente monografia concluiu pela validade da hipótese de verificação posta no problema tratado na pesquisa.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BLUM, Melissa de Mattos. *Adoção homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.advogado.adv/estudantesdireito/direitodecuritiba/melissademattosblum/adocaohomoafetiva.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Cone, 1909.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 3. ed., 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, *Adoção*.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 out 2012.

BRASIL. *Lei Nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e a ADPF 132*. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 4777554 AgR. Rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.08.2011

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AGI nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Rel. Des. João Batista Teixeira.

CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHAVES e ROSENVALD, Cristiano de Farias e Nelson. *Direito das família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre – à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 2001.

DE OLIVEIRA, José Pérciles. Hierarquia das Normas no Direito do Trabalho. Revista de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, Ano 2, Ed. Nº 06 (Abr. /Jun. de 2011).

DEL VECCHIO, Giorgio. Sobre os princípios gerais do direito. Direito, estado e filosofia. Tradução de Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica, 1952.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Editora Livraria do Advogado. 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça*, Editora: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 5.v. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris Ed., 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 913.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Mariana de Oliveira; Maia, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por Homossexuais – A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*, Ed. Juruá.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniãos homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O código civil e o novo direito de família*. Editora Livraria do Advogado. 2004.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOBBO, Edileuza. *A adoção por casais homossexuais*. Revista Consulex, n. 47, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Apud, CHAVES, Antonio in: *Direito civil brasileiro. Vol. VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do direito de família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 edição. São Paulo: Malheiros, 2001..

NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual. Proteção Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

p.11-12).

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRÍGUEZ, Manuel Atienza. *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986.

SANTIAGO JÚNIOR, Alúcio. *Direito de Família*. Belo Horizonte: Inédita, 1998.

SAVIGNY, F. C. *Sistema del diritto romano attuale*. tradução italiana.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANEXO I

Inteiro teor do Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal:

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS
ADV.(A/S)	: REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR
INTDO.(A/S)	: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	: JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S)

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO

ADI 4.277 / DF

DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos

ADI 4.277 / DF

ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo

ADI 4.277 / DF

terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação

ADI 4.277 / DF

conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

04/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS
ADV.(A/S)	: REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR
INTDO.(A/S)	: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	: JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):**

Trata-se, inicialmente, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Descumprimento que resulta:

I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V

ADI 4.277 / DF

do art. 19¹ e aos incisos I a X do art. 33², todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual;

II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.

1 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;

2 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.

ADI 4.277 / DF

2. Nessa linha de clara irresignação quanto ao modo juridicamente reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos, argui o autor que têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Donde ponderar que a homossexualidade constitui *“fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros”*. Cabendo lembrar 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”*.

3. Avança o arguente para invocar sua condição de legítimo representante de toda a sociedade fluminense, o que incorpora a parcela daquelas pessoas que se relacionam sexualmente fora da dicotomia homem/mulher, especialmente no âmbito dos servidores públicos do Estado. Daí sua legitimidade para a propositura da presente ADPF, pois nítida é a pertinência temática entre o cargo exercido pelo autor e o objeto da presente discussão. Até porque – alega o acionante – há numerosas controvérsias administrativas e judiciais sobre direitos alusivos a servidores estaduais homoafetivos, mormente no que tange às *“licenças por motivo de doença de ‘pessoa’ da família ou para acompanhamento de ‘cônjuge’, bem como sobre previdência e assistência social”*. Além do que, por ser a lei em causa anterior a Carta de 1988, *“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”*.

4. Já no âmbito das alegações constitutivas da fundamentação ou causa de pedir, propriamente, o autor labora no plano da principiologia constitucional para daí desatar proposições que passo a revelar por modo sintético:

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no

ADI 4.277 / DF

gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);

II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV - Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas conseqüências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;

V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral.

5. Por outra volta, o acionante postula a aplicação do método analógico de integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente. Desde que, tanto numa quanto noutra tipologia de união sexual, tome corpo uma convivência tão contínua quanto pública e nitidamente direcionada para a formação de uma autônoma unidade doméstica (ou entidade familiar, se se preferir). Pelo que é de incidir para qualquer das duas modalidades de união o disposto no Art. 1.723 do Código Civil (*“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”*).

6. Assim equacionando o tema de Direito que submete ao exame deste Excelso Tribunal, o arguente pede que se declare, em sede liminar, a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, como também requer a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões judiciais em sentido oposto. **No mérito**, postula a aplicação do regime jurídico da união estável às

ADI 4.277 / DF

relações homoafetivas. Subsidiariamente, para a hipótese de não cabimento desta ADPF, o autor pugna pelo seu recebimento como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de modo a imprimir interpretação “conforme a Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1.723 do Código Civil. Interpretação que, da mesma forma, resulte na não-proibição do regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo.

7. Continuo neste relato do processo para consignar que foram solicitadas as informações aos argüidos (Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça dos Estados). Informações que, prestadas, comportam o seguinte esquema de sintetização:

I – **Tribunais de Justiça Estaduais**. Os Tribunais que se dignaram prestar informações acerca das ações em trâmite no seu espaço de jurisdição destacaram suas posições majoritárias: a) em favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva: **Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná** (o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, noticiou o reconhecimento de direitos a companheiro de servidor em união homoafetiva e, desde 2004, a edição de provimento normativo com a finalidade de determinar aos serviços notariais o registro de documentos relacionados com uniões da espécie); b) contrário ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável à união entre parceiros do mesmo sexo: **Distrito Federal e Santa Catarina**. Mais: O Tribunal de Justiça da Bahia acrescentou que o Poder Judiciário, no exercício da função administrativa (aplicação do Estatuto dos Servidores), não pode conceder direitos que não estejam previstos em lei, e que a divergência nos julgamentos é de ser resolvida pela vias recursais, não se configurando a controvérsia judicial em si como ato lesivo a preceito fundamental. Entende, portanto, incabível a ADPF. Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por ele foi noticiado que as uniões homoafetivas (entendidas como “parcerias civis”) são

ADI 4.277 / DF

ali regidas pelo direito das obrigações (sociedades de fato), situando-se, portanto, na esfera de competência das varas cíveis comuns, e não das varas de família. A seu turno, o Tribunal do Espírito Santo defendeu que a enumeração constitucional das entidades familiares é meramente exemplificativa, pelo que nada impede o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, alguns Tribunais noticiaram a inexistência de processos que tenham por objeto o reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões homoafetivas (**Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima**);

II - Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Esse Poder Estatal, ao se manifestar sobre o tema, dá conta do pleno vigor da Lei Estadual 5.034/2007. Lei que dispõe sobre a possibilidade de averbação de companheiros do mesmo sexo no rol de dependentes para fins previdenciários dos servidores públicos fluminenses. O que implica reconhecer a impossibilidade de se lhe imputar prática de qualquer ato lesivo a preceito fundamental;

III - Advocacia-Geral da União: Manifestou-se (fls. 824/844) na forma a seguir ementada:

“Direitos Fundamentais. Uniões homoafetivas. Servidor Público. Normas estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares. Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme a Constituição [somente dos dispositivos do Decreto-lei estadual nº 200/75), a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família.”;

IV - Procuradoria-Geral da República. Pela sua Vice Procuradora-Geral, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, a PGR posicionou-se pela declaração da

ADI 4.277 / DF

obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo. Contanto que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Eis o resumo do parecer em causa (fls. 848/893):

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

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

c) é cabível *in casu* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade;

d) a redação do art. 226, §3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que não contém qualquer vedação a isto;

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

f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um

ADI 4.277 / DF

contra-senso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia.

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

h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia.”

8. Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen.

9. Ajunto que, em razão da regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos em que haja “*coincidência total ou parcial de objetos*” (art. 77-B RI/STF), foi a mim distribuída a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Pelo que passo a relatá-la de forma conjunta, para julgamento igualmente conjugado. Fazendo-o, anoto que a presente ação de natureza abstrata ou concentrada foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que esta Casa de Justiça declare: “*a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e*

ADI 4.277 / DF

b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.” Isto sob as alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Mesmos fundamentos e pedidos, em última análise, da ADPF 132.

10. Pois bem, originariamente autuada como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 178), esta ação objetiva foi examinada pelo Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência deste Supremo Tribunal Federal. Ministro que deu pela indeterminação do objeto da causa, para conhecer o processo como ação direta de inconstitucionalidade. E o fez por entender que a ação tem por objeto a interpretação “conforme a Constituição” do art. 1723 do Código Civil, o que levou Sua Excelência a aplicar, ao caso, o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

11. Prestadas as informações pela Presidência da República, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República ratificaram as posições já retratadas neste relatório quanto ao tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas.

12. À derradeira, registro que, também nesta última ação de controle abstrato de constitucionalidade, diversas entidades requereram seu ingresso na causa como *amicus curiae*.

É o Relatório.

04/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator).

Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF nº 132-RJ, consistente na aplicação da técnica da “interpretação conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da “interpretação conforme” para viabilizar o **descarte de qualquer inteligência desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais**. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de “interpretação conforme à Constituição”, quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal.

15. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei nº 5.034/2007), equipara “à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes”¹. Sendo que tal equiparação fica limitada ao

1 Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º - “Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.”

ADI 4.277 / DF

gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: “aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos”. O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, **a perda de objeto da presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

16. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF nº132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva.** Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.

17. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI nº 4.277,** versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, **até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI.** Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável*

ADI 4.277 / DF

entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". **É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção.** Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.** É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

18. Em outras palavras, **conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da "interpretação conforme à Constituição".** O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF-QO 72 e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

"(...)Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, **resolvo** a presente questão de ordem **propondo o aproveitamento** do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99" (ADPF-QO 72, Min. Relatora Ellen Gracie)".

ADI 4.277 / DF

“Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO n° 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil.” (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência.”

19. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade**. Requisito que se constitui em *“verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente”* (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia*, os institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção.** Entendimento que se coaduna com a *“posição mais abrangente”* da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI-MC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem jurídica (*caput* do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de

ADI 4.277 / DF

adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele *presentada* (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI nº 4.277-DF, por consequência.**

20. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.**

21. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra *“União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”*, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: *“Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se a falar em ‘homossexualidade’, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo)*”.

22. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do *“Dicionário Aurélio”*².

2 “Homoafetividade. 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo. 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade

ADI 4.277 / DF

Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz –, **“quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”**. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que **“O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”**³.

23. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade*, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu art. 3º**⁴. O artigo, versante sobre os “objetivos fundamentais” da nossa

entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*.” (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1.105).

3 Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de “Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo”, a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF.

4 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

ADI 4.277 / DF

República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra “sexo” para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

24. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: **a masculina e a feminina**. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).**

26. “Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do

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

ADI 4.277 / DF

“Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).

27. Mas é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de u’a mente voluntarista, ou

ADI 4.277 / DF

sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Onde **René Descartes** emitir a célebre e corajosa proposição de que “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento”, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode errar” (*The king can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: “O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha”.

28. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem**. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

29. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de “sexo”. **O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado**. Mas “sexo” ou “aparelho sexual” como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica.

ADI 4.277 / DF

Três funções congêntas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas.** “Instinto sexual ou libido”, como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas “fisiológicas” de todo indivíduo.

30. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico.

31. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição

ADI 4.277 / DF

Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo empareirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas.** Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia⁵. O que também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe⁶ e do Mato

5 Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: “ A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio da igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais.”

Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: “ Os Estados-membros são incitados a adotar 'políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Européia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo”

6 “Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

(...)

II – proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica,

ADI 4.277 / DF

Grosso⁷, aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a “orientação” sexual alheia. Que não tem nada a ver – repita-se à exaustão - com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

32. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado.** Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da postura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a**

crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.”

7 “Art. 10 – O Estado do Mato grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes:

(...)

III – a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.”

ADI 4.277 / DF

evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embaraçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que **“A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”**. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

33. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva**. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta* ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a

ADI 4.277 / DF

sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

34. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776⁸) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.** Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como conseqüência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.

35. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação**

8 “Art. 1º – Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.”

ADI 4.277 / DF

jurídica ativa. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - **sob a forma de direito à intimidade**, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II – **sob a forma de direito à privacidade**, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. **Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais**, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

37. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe.** Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).

ADI 4.277 / DF

38. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:

I - a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas **também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas**

ADI 4.277 / DF

heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;

III – cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”** (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.** Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu na metafórica locução “bruta flor do querer”. E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição;

IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e **até mesmo “cláusula pétrea”**, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os

ADI 4.277 / DF

potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo.** É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um;*

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis.** Por conseqüência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b)

ADI 4.277 / DF

também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade**. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

39. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.

40. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a “Ordem Social” (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, *verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”** (*caput* do ar. 226). Em seqüência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são as seguintes: a) “O casamento é civil e gratuita a sua celebração” (§1º); b) “O

ADI 4.277 / DF

casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§2º); c) “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (§3º); d) “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§4º); e) “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§5º); f) “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (§6º); g) “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (§7º); h) “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (§8º); i) “A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§5º do art. 227); j) “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (§6º do art. 227).

41. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais**

ADI 4.277 / DF

precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.** Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

42. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, **uma entidade**, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma

ADI 4.277 / DF

convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional.** O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

43. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”).** Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino

ADI 4.277 / DF

histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spnozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”.

44. Ora bem, **é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição**. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

45. E se insistimos na metáfora do “continente” é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada

ADI 4.277 / DF

complementaridade, a saber:

I – “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”;

II – “Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”;

III – “Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (sem os caracteres negritos, no original).

46. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.** Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa

ADI 4.277 / DF

projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família.** Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

47. Assim interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistigavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênua de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.** Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou

ADI 4.277 / DF

subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que “A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem: “O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”.

48. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

I – “O casamento é civil e gratuita a celebração”. Dando-se que “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei

ADI 4.277 / DF

Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio socio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, *com pompa e circunstância* e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio⁹ e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, *ao fim e ao cabo*, esse tipo de prestígio constitucional redundará em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

II – com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um §3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela *batizado* de “entidade familiar”. É o núcleo doméstico que se constitui pela “união estável entre o homem e

9 “Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

(...)”

ADI 4.277 / DF

a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.
Donde a necessidade de se aclarar:

II.1. - que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”;

II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Preceito, este último, que também relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de**

ADI 4.277 / DF

briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade. Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpetação jurídica **seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...**;

II.3. que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.**

ADI 4.277 / DF

Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das “entidades associativas” (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em “entidade de classe” (alínea *b* do inciso XXI do mesmo art. 5º), “entidades governamentais” (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso LXXII), “entidades sindicais” (alínea *c* do inciso III do art. 150), “entidades beneficentes de assistência social” (§7º do art. 195), “entidades filantrópicas” (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma “entidade ... familiar”**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de “entidades autárquicas” (inciso I do §1º do art. 144) as suas “autarquias” (§3º do art. 202). Assim como chamou de “entidade federativa” §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa “Federação” (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que “entidade autárquica” não é “autarquia”, nem “entidade federativa” é algo diferente de “Federação”. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre “união estável” e “casamento civil” já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas

ADI 4.277 / DF

aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem**. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equivalência jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, **pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham**. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º;

III – salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É o que a doutrina entende por “família monoparental”, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de “entidade familiar”; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória “entidade familiar”, porque sua antiga família *morreria* com seu antigo marido. *Baixaria ao túmulo com ele*. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela

ADI 4.277 / DF

constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. **Como não se pode pré-excluir da candidatura à adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de empareiramento.**

49. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

50. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

É como voto.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S): PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S): CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
- ABGLT

ADV.(A/S): MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS

ADV.(A/S): REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR

INTDO.(A/S): CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADV.(A/S): JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S)

Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBTTT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de

Supremo Tribunal Federal

Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçale; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu
Secretário

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

VOTO**O Senhor Ministro Luiz Fux:**

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONEXA. UNIÃO HOMOAFETIVA. EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMEM E MULHER (ART. 226, § 3.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). ART. 19, INCISOS II E V, E O ART. 33, INCISOS I A X E PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO DECRETO-LEI N.º 220/75, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÕES JUDICIAIS DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, ESPECIALMENTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECEBIMENTO DA ADPF COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM APRECIÇÃO DE PEDIDO SUBSIDIÁRIO. GOVERNADOR DO ESTADO: PERTINÊNCIA TEMÁTICA. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO. DEVER DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. GARANTIA INSTITUCIONAL DA FAMÍLIA (ART. 226, *CAPUT*). CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR. IGUALDADE. DIGNIDADE DA PESSOA

ADI 4.277 / DF

HUMANA, NA VERTENTE DA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL. DIREITOS DE PERSONALIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA: PREVISIBILIDADE E CERTEZA DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS RELAÇÕES ESTABELECIDAS ENTRE INDIVÍDUOS DO MESMO SEXO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL.

1. O Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção.
2. O Governador do Estado atende o requisito da pertinência temática para deflagração do controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público na defesa dos direitos fundamentais de seus cidadãos.
3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, *caput*, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.
4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.
5. O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser

ADI 4.277 / DF

interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.

6. Interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas.

7. Pedidos julgados procedentes.

Primeiramente, registro que acompanho o eminente Ministro Relator, no que concerne ao recebimento da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, apreciando-lhe, portanto, o pedido subsidiário de interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição e, assim, reconhecendo a identidade entre este pedido e aquele deduzido na ADI 4.277, julgada na mesma assentada.

Cumpra, pois, passar ao exame da pertinência temática, necessária ao ajuizamento, por Governador de Estado, de ação destinada ao controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos demais atos do Poder Público. Como se verá, será plenamente possível identificar a pertinência temática no caso em apreço.

Postula o Arguente a *interpretação conforme a Constituição* do art. 1.723 do Código Civil vigente (“*É reconhecida 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.*”), para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo. Há que se vislumbrar a existência da pertinência temática em virtude da cognominada teoria dos **deveres de proteção**

ADI 4.277 / DF

(*Schutzpflichten*), relevante consectário da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*.

De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os *direitos fundamentais* não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este últimas ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de DANIEL SARMENTO (*A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria*. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII – *Direitos Fundamentais*: 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 298 e seguintes) e INGO WOLFGANG SARLET (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141 e seguintes), os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. Traduz-se na "*mais-valia*" jurídica a que se refere JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138), vale dizer, um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que dispõem de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva.

Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

No oportuno magistério de INGO SARLET (ob. Cit., p. 148-149),

ADI 4.277 / DF

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. [...]

Por conseguinte, é possível identificar direitos de proteção oponíveis ao Estado pelos indivíduos. Há que se recordar aqui a classificação dos direitos fundamentais proposta por ROBERT ALEXY (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, especialmente p. 435 e seguintes), segundo a qual são *direitos de proteção* aqueles conferidos aos titulares de direitos fundamentais em face do Estado para que este os proteja de intervenções de terceiros. Portanto, são *direitos prestacionais em sentido amplo*, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais.

No mesmo diapasão, os direitos fundamentais também importam parâmetros para a criação e constituição de organizações e instituições estatais e para o procedimento. Em outras palavras, os deveres de proteção do Estado podem concretizar-se também por intermédio de órgãos ou procedimentos estabelecidos para a efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, dentro dos direitos prestacionais *lato sensu*, também se reconhecem *direitos fundamentais à proteção através da organização e do procedimento*.

Esse também é o escólio de VIEIRA DE ANDRADE (ob. cit., p. 147-148),

ADI 4.277 / DF

para quem há situações em que os direitos fundamentais podem ser afetados por um procedimento, em particular por um procedimento administrativo ou judicial. Nesses casos, deriva das normas constitucionais definidoras desses direitos fundamentais que a organização e o procedimento capazes de afetá-los sejam conformados de modo a assegurar o seu exercício ou a sua efetividade, observada a ponderação dos valores jusfundamentais em causa. Essa conformação pode estar prevista na própria Constituição, na legislação infraconstitucional ou, ainda, decorrer implicitamente das normas definidoras dos direitos fundamentais.

Prossiga-se no raciocínio. O processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso.

Acolha-se, destarte, a proposta de FELIPE DERBLI (O papel do Estado-membro no controle abstrato de constitucionalidade das leis em matéria de direitos fundamentais. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo (Org.). *As Perspectivas da Advocacia Pública e a Nova Ordem Econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, v. , p. 133-154), para reconhecer que é missão do Estado-membro atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais e, nesse mister, provocar o controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público – *in casu*, do Poder Judiciário – mediante o ajuizamento, por seu Governador, da ação direta de inconstitucionalidade. Nas palavras do autor, *verbis*:

[...] os *objetivos fundamentais da República*, previstos nos quatro incisos do já mencionado art. 3.º, dizem respeito à **atuação do Poder Público** na construção e na manutenção das liberdades fundamentais e na **busca inescusável e ininterrupta**

ADI 4.277 / DF

de níveis minimamente aceitáveis de igualdade material, justiça social e **solidariedade entre os indivíduos**. Ora, é inevitável a conclusão de que *está entre as finalidades do Estado Brasileiro, pelo menos implicitamente, a promoção dos direitos fundamentais, tarefa essa que incumbe a todos os entes da Federação, dentro dos limites de suas competências*. E nem poderia ser de outra forma – afinal, a própria gênese do constitucionalismo associa-se à organização e racionalização do poder político para proteção dos direitos fundamentais.

Pois bem. Como visto acima, a promoção dos direitos fundamentais envolve, necessariamente, a atuação positiva do Poder Público **não apenas na oferta de prestações materiais positivas, mas também no exercício de seus deveres de proteção**, agindo no sentido de impedir a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos ou de uma coletividade por terceiros. **Cumpra ao Estado-membro, portanto, exercer tal mister e atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais.**

Nessa linha de raciocínio, se o Poder Público pode obstar à violação de direitos fundamentais por particulares ou por Estados estrangeiros, **não parece haver qualquer impedimento a que um Estado-membro aja positivamente para proteger seus cidadãos da violação de direitos fundamentais perpetrada por outro ente da Federação, seja a União, outros Estados-membros ou Municípios.**

No caso em apreço, trata-se de questão concernente a violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária, idôneos a autorizar o manejo da ADI pelo Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Exmo. Sr. Governador. Patente, portanto, a pertinência temática para a ação em apreço.

Seria possível objetar que a pertinência temática, neste ponto, esbarraria na limitação que o Estado-membro exhibe para a defesa de direitos fundamentais, que, em princípio, seria restrita aos seus cidadãos.

ADI 4.277 / DF

No entanto, como bem assinalado no pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, a questão transcende os limites territoriais daquela unidade federada, sendo certo, ademais, que se atribui eficácia *erga omnes* da decisão em fiscalização abstrata de constitucionalidade – realizando-se sobre lei nacional, terá alcance igualmente nacional.

De qualquer maneira, o ajuizamento da ADI 4277 pelo Procurador-Geral da República, legitimado universal – e, portanto, dispensado da demonstração de pertinência temática para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade dos atos do Poder Público – esvazia essa discussão no caso em tela. De fato, a ADI 4277, admitida como sucedâneo da ADPF 178 e apensada à presente ação, tem pedido idêntico: a interpretação conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil, de modo a que seja o mesmo aplicável, com os respectivos consectários, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Os efeitos práticos de uma procedência de pedidos serão os mesmos numa e noutra.

Portanto, resta igualmente atendido o requisito da pertinência temática. É de se passar ao exame de mérito.

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos *amici curiae*, é a seguinte: **a homossexualidade é um fato da vida**. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A segunda premissa importante é a de que **a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual**. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas **uma característica da personalidade do indivíduo**. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma

ADI 4.277 / DF

sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas *escolhessem* voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte propria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.

Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que **um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é**. Na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: **a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença**.

A quarta das premissas: **os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida**. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do *Censo 2010* do IBGE (disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br>>; consulta em 30.04.2011), **atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil**, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: **não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas**. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.

Poderia dizer-se, com algum cinismo, que se trata de “ato jurídico

ADI 4.277 / DF

inexistente”, vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada. (É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de “ato jurídico inexistente”, o casamento entre pessoas do mesmo sexo...) Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito.

A *vexata quaestio*, pois, não é saber se as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que *sim*. **Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva**, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher.

Mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais.

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas.

ADI 4.277 / DF

Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.

Com estas considerações, proceda-se ao exame do mérito propriamente dito, que as confirmará. É possível resumir a pretensão na seguinte fórmula: **postula-se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, do modo a gozar do mesmo reconhecimento que o Estado concede à união estável entre homem e mulher.** Pede-se vênua, aqui, para que se discorra sobre dois conceitos fundamentais para a compreensão do caso: *família* e *reconhecimento*.

Como é cediço, o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece que a *família*, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Trata-se de uma *garantia institucional*, destinada “a assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, [...]”, sob pena de perecimento dessa instituição protegida. (cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542).

A consagração da garantia institucional da família serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de realização dos direitos fundamentais. Com efeito, a ordem constitucional instituída em 5 de outubro de 1988 *funcionalizou* o conceito jurídico de família, como se vê na lição de GUSTAVO TEPEDINO (A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In *Temas de Direito Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397-398), *verbis*:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela

ADI 4.277 / DF

essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. [...]

Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como *instrumento* de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de *família* despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, **não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais.**

O que, então, caracteriza, **do ponto de vista ontológico**, uma **família**? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual

ADI 4.277 / DF

modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não.

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, *v.g.*, o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais. A união estável, por seu turno, demandará, em muitos casos, a produção de outras provas facilmente substituídas, num casamento, pela respectiva certidão, mas, como entidades familiares, funcionarão substancialmente do mesmo modo.

Pois bem. **O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas?** Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados?

A resposta a essas questões é uma só: **Nada as distingue**. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-

ADI 4.277 / DF

se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum.

Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que **a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos.**

Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXY (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, **inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico.** Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu **preâmbulo** (“[...]a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade **fraterna, pluralista e sem preconceitos**, [...]”) e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, **sexo**, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**”) e, ainda, no art. 5º, caput (“Todos são **iguais** perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, [...]”).

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito.** É esta a base da *leitura moral da Constituição* propugnada por RONALD DWORKIN (*Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:

ADI 4.277 / DF

[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14.^a Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.[...] (tradução livre do inglês)

Ainda sobre a igualdade, DWORKIN, em outra obra (*A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII), esclarece sua visão sobre o princípio da igualdade. *Verbis*:

O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. [...]

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar

ADI 4.277 / DF

de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.

Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da **dignidade da pessoa humana**. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.

Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Ilustrativamente, confirmam-se, por sua acurácia, as palavras do eminente jurista alemão ERNST BENDA (*Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad*. In BENDA, Ernst et al.. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. edição. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125):

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo. (tradução livre do espanhol)

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem

ADI 4.277 / DF

unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A homossexualidade, como antes sustentado, é elemento integrante da *personalidade* do indivíduo, que, nas lições do já referido GUSTAVO TEPEDINO (A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In *Temas de Direito Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48), identifica-se com o conceito de *capacidade jurídica – autonomia*, portanto – e serve de raiz aos **direitos da personalidade**, dentre os quais está o direito à própria identidade, à sua identificação.

É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição.

O problema, contudo, não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração. É necessário enfrentar a questão sob o prisma do que a professora norteamericana NANCY FRASER (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e direitos Humanos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167) denomina “*política do reconhecimento*”, em que “[...] o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da

ADI 4.277 / DF

diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito [...]”. Especificamente sobre a injustiça perpetrada contra os homossexuais, a autora expõe, *verbis*:

[...] Um exemplo que parece aproximar-se deste tipo ideal é o de uma sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de status. Nessa concepção, a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de *subordinação de status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento. [...] (ob. cit., p. 173)

A percepção é correta. Um tão-só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário. No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das

ADI 4.277 / DF

relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida.

A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por **admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra**. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a **existência ordinária de orientações sexuais diversas** e acolher uma **pretensão legítima** de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença.

Para além da ciência do direito norteamericano, há também manifestações contemporâneas de igual jaez na Europa. Em sua tese de doutoramento (*Matrimonio Homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 115), MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, debruçando-se sobre a então recente Lei 13/2005, de 1º de julho, que alterou o Código Civil espanhol para admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, consignou:

[...] limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do *não reconhecimento* – como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo – ou através de *omissão na Lei* – neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento – só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No

ADI 4.277 / DF

entanto, não parece existir nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e a proibição de discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual. [tradução livre do espanhol]

A questão do *reconhecimento* também toca o tema da *segurança jurídica*. O alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos. Nem as relações mais sedimentadas pelo tempo são capazes de superar as incertezas quanto aos seus efeitos jurídicos: mesmo parceiros que vivem juntos por muitos anos não conseguem antecipar claramente como se dará a sucessão dos bens que amealharam juntos, precisando recorrer a disposições testamentárias e seus limites legais; não podem compartilhar a proteção de planos de assistência à saúde etc.

Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade. As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira.

A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma pletera de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. Em particular, a

ADI 4.277 / DF

decisão na Ação Civil Pública nº 200.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na seção judiciária do Rio Grande do Sul, ocasionou a edição da Portaria INSS/DC nº 25, de 07.06.2000, estendendo aos parceiros homoafetivos os benefícios da pensão por morte e do auxílio-reclusão.

Mais recentemente, o Ministério da Previdência Social editou, em 9 de dezembro de 2010, a Portaria MPS nº 513, cujo art. 1º enuncia, em textual:

Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exarou o Parecer PGFN/CAT nº 1503, de 19 de julho de 2010, opinando no sentido da juridicidade da inclusão de companheiro(a) homoafetivo(a) como dependente para efeito de dedução do Imposto de Renda, desde que preenchidos os demais requisitos previstos em lei para a configuração da união estável. O mencionado Parecer foi adotado pela Receita Federal do Brasil não apenas para os fins da Declaração Anual de Ajuste do exercício de 2011, como para autorizar a retificação das declarações entregues nos últimos cinco exercícios, conforme noticiado no sítio eletrônico da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010_08_02_13_02_22_876601216.html>).

Também já são numerosas as leis estaduais que reconhecem direitos previdenciários aos parceiros homossexuais dos servidores públicos, como, por exemplo: no próprio Estado do Rio de Janeiro, a Lei n.º 5.034, de 29.05.2007 e, posteriormente, a Lei n.º 5.260, de 11.06.2008; no Estado de São Paulo, a Lei Complementar n.º 1.012, de 05.07.2007, que alterou o art. 147 da Lei Complementar n.º 180/78; no Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar n.º 412, de 26 de junho de 2008; no Estado da Paraíba, a Lei n.º 7.517, de 30.12.2003; no Estado do Rio Grande do Norte, a Lei

ADI 4.277 / DF

Complementar n.º 308, de 25 de outubro de 2005, e assim por diante. Portanto, o acolhimento dos pedidos formulados nas ações ora em exame será, ao fim e ao cabo, não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões.

É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n.º 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade, atentando-se para a dicção de KONRAD HESSE (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23), *verbis*:

Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. [...]

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. [...]

Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o enquadramento jurídico – e, com isso, o oferecimento de segurança jurídica às uniões homoafetivas – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção. E, especificamente quanto aos dispositivos de legislação estadual assinalados, é até mesmo uma questão de coerência, pois o próprio Estado do Rio de Janeiro, posteriormente, editou as leis acima

ADI 4.277 / DF

mencionadas que reconhecem, para os fins do regime próprio de previdência social de seus servidores, a união homoafetiva.

Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“entre homem e mulher”). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil

Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.

É importante que se diga que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à produção válida de efeitos de relações homoafetivas, em decisões monocráticas multicidadas nestes autos (Pet 1.984, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 10.02.2003 e ADI 3.300, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 03.02.2006).

Algumas observações, ao final, são necessárias. O reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para os fins de plena aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil, traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções. Em outras palavras, o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma *união estável homoafetiva* jamais prescindirá da *comprovação* – pelos meios legal e moralmente admitidos – da existência de *convivência contínua, duradoura* e estabelecida com o *propósito de constituição de entidade familiar*. Evidentemente, o requisito da *publicidade* da relação também é relevante, mas merecerá algum temperamento, pois é compreensível que muitos relacionamentos tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância – em alguns casos, a plena

ADI 4.277 / DF

publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, frustrando-lhes ainda mais o exercício de seus direitos fundamentais.

É por essas tantas razões que voto pela **procedência** dos pedidos formulados na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) *interpretado conforme a Constituição*, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AOVOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, principalmente os que assumiram, ontem, à tribuna, eu havia preparado, aqui, um voto bastante longo, principalmente pela responsabilidade que se me impõe o Regimento de votar imediatamente seguinte ao Relator.

Entretanto, à luz da dinâmica do julgamento de ontem, que foi, poder-se-ia dizer, extremamente emocionante, onde se fundiu, aqui, paixão e razão, entendi, também, importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade, que talvez tenha se tornado mais sensível até pela postura singular dos eminentes profissionais que assumiram à tribuna, e eu queria pedir vênias a todos os profissionais que intervieram para fazer uma homenagem específica ao Professor Luís Roberto Barroso, que conseguiu demonstrar exatamente aquilo que Piero Calamandrei, na sua obra "Nós, os juizes", afirma de forma muito singular o que distingue o advogado do magistrado: é que o advogado trabalha com a paixão e o magistrado trabalha, em regra, com a razão. Mas também costumo dizer que, por debaixo da nossa toga - não é Ministro Ayres? - também bate o coração de um homem.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E não é por outra razão que a própria sentença significa aquilo que o juiz sentiu, aquilo que é o sentimento do juízo.

De sorte que vou me permitir fazer uma digressão sobre todos os pontos que foram aqui abordados, mas seguindo aquele ambiente que

ADI 4.277 / DF

norteou o julgamento de ontem e trazendo os aspectos pontuais que são necessários à solução do litígio.

Quando assumi a cadeira do Supremo Tribunal Federal, um dos dados que sempre a imprensa procurou destacar é que eu fora Magistrado de carreira, Juiz de carreira. Isso, talvez, fosse importante para a classe, não sei, mas isso era uma tônica constante.

E esse julgamento de ontem me impôs um mergulho no meu passado, porquanto, como Juiz de carreira, eu poucas vezes frequentei um juízo de família. Eu trabalhei mais no juízo cível e, paradoxalmente, no Superior Tribunal de Justiça, durante dez anos, funcionei na Seção de Direito Público.

Também não tivemos oportunidade de, em nenhum mandado de segurança, apreciarmos a questão que originariamente fora posta na ADPF do nosso Governador de Estado do Rio de Janeiro. Mas, nem por isso, nós deixamos de ter alguma experiência com relação a essa questão maior que é a questão da família.

E, talvez, num exemplo extremamente singular em relação ao que ontem se pôs aqui, sob o enfoque da conceituação de família, é que, na qualidade de Juiz cível, eu prestava um plantão de fim de semana, quando, então, recebi uma senhora que pretendia a obtenção de uma liminar **sui generis**. O que ela visava era poder velar o corpo daquele que fora o seu grande amor, mas que com ele não mantivera matrimônio; não era casada. Ele, inclusive, tinha parentes que visavam impedi-la de velar o corpo daquele que fora a pessoa amada durante toda a sua vida. E o amor era tão intenso, que ela abriu mão de uma família tradicionalmente constituída; abriu mão de ter filhos. Mas o grande reclamo dela era exatamente esse. Ela dizia: Sr. Juiz, esse homem foi a minha família; eu vivi em função desse homem, e ele compôs a família que eu tive.

E esse exemplo de outrora me faz, efetivamente, repensar sobre essa questão de uma equiparação de uma união homo-afetiva a uma família, porque, naquele caso específico, o núcleo central era o amor, a identidade e, sem dúvida alguma, alguns projetos de vida que eles conseguiram realizar.

ADI 4.277 / DF

Esse caso, realmente, é um caso que encerra uma questão de justiça. Agora, evidentemente, que nós, por mais experiência que tenhamos no exercício da função judicial, ainda não conseguimos encontrar um conceito, uma definição para o que é esse valor Justiça. Mas isso não nos desmerece.

Kelsen estudou a vida inteira o que era Justiça, lavrou uma obra "O Sonho da Justiça", outra obra "Ilusão da Justiça", "O Império da Justiça" e a obra que lavrou no ocaso de sua vida "O Que é a Justiça". Diz ele: O importante não é obter a resposta, senão não parar de questionar e não parar de perguntar. Então, se essa é uma questão de justiça, o que nós temos de empreender é exatamente uma resposta, buscar a resposta para essa questão que se afirma ser uma questão que encerra uma solução de justiça.

A Suprema Corte, mesmo antes da honra que me foi conferida de integrar esta Casa, sempre debruçou-se sobre a análise dos denominados direitos fundamentais: direito à vida, direito à locomoção, direito ao livre exercício profissional, dignidade humana. E talvez, na premissa de todos esses direitos que nós passamos a analisar, esteja o direito ora **sub judice**, o direito de ser. Tudo quanto se pede aqui é que haja jurisdição no modo de ser.

Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais.

Mas, se a homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família?

O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de

ADI 4.277 / DF

uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o artigo 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem - na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos -, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Volta-se, então, à pergunta: se é assim - e assim o é -, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem.

Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, **mutatis**

ADI 4.277 / DF

mutandis, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social - o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil -, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

Eu citaria - como aqui já o fez o Ministro Ayres - o princípio da isonomia, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção que o Estado deve a essas minorias e inúmeros outros princípios que aqui eu poderia enunciar. E como nós sabemos, hoje, a análise de qualquer drama humano - que passa por essa ponte onde trafegam todas as misérias e todas as aberrações, que é a ponte da Justiça -, esses dramas humanos, hoje, eles não podem ser resolvidos sem perpassarem pelo tecido normativo da Constituição Federal. Hoje temos os princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, e os próprios princípios materiais que informam o sistema jurídico, como um todo, iluminam o sistema jurídico. E, sob essa ótica, o Homem, o Ser Humano, hoje se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico. Então, é absolutamente impossível solucionar essa questão sem passar por esses princípios constitucionais, dentre tantos, e estes que guardam, talvez, um pouco mais de afinidade com a questão aqui proposta.

Com relação ao princípio da igualdade, eu colhi duas passagens do professor Ronald Dworkin quando nos concita a uma leitura moral da Constituição - o texto denomina-se *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. E o que diz o professor Dworkin? O governo - e nós somos o governo, nós praticamos atos de governo também, atos que

ADI 4.277 / DF

são inerentes ao Poder Público - se o legislador não faz, compete ao Tribunal suprir essa lacuna. E aqui "governo" significa a administração dos interesses das partes que não conseguiram, por autocomposição, chegar a uma solução.

Diz o Professor Dworkin:

O Governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status, moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração e deve respeitar quaisquer liberdades individuais, indispensáveis a esses fins, incluindo, mas não limitado a elas, as liberdades mais especificadamente designadas na Emenda Constitucional americana - que, no caso, é a 14ª emenda.

E, numa outra obra, um pouco mais recente, "A Virtude Soberana - A Teoria e a Prática da Igualdade", o Professor Dworkin ressalta que:

Ao desafio da consideração igualitária, é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o Governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, conquanto que o Governo consiga atingir tal meta, não dependa de que eles sejam seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o Governo se empenhe novamente, se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.

Verifica-se, portanto, que, sob o prisma da igualdade, o reconhecimento da sociedade homoafetiva é um consectário dos ditames constitucionais; é um respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais.

Por outro lado, a pretensão da sociedade da união homoafetiva encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana que, como todos nós sabemos, talvez seja uma das maiores conquistas na teoria dos direitos fundamentais e que foi obtida, na visão de Hannah Arendt, depois de inúmeras lutas e inúmeras barricadas.

Tem-se presente que é mesmo dever do Estado lutar para que se implementem todos esses direitos fundamentais e, dentre tantos, a dignidade humana. E o que estamos fazendo aqui não é senão, à luz da dignidade da pessoa humana, implementarmos essas políticas

ADI 4.277 / DF

necessárias à consecução desses objetivos, que conspiram em prol de princípios maiores: a igualdade, a liberdade e a dignidade.

Nesse particular, no "Manual de Derecho Constitucional", que conglomera inúmeros estudos de constitucionalistas, dentre outros, Conrad Hesse, e, em caso do jurista alemão Ernst Benda, ele afirma sobre a dignidade humana que:

Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não deve se arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos ao seu império. O Estado deve respeitar o ser humano, cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se, na medida de suas possibilidades, inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, mas nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.

Por outro lado, numa visão pós-positivista, surge no cenário jurídico um novel princípio, principalmente em relação a essas minorias que não gozam de uma posição majoritária socialmente - daí a discriminação e afronta a essas cláusulas pétreas -, que não é senão o princípio do reconhecimento. O Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã, exatamente, de propiciar-lhes jurisdição na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas nas suas pretensões, em caso, a pretensão da equiparação da união homoafetiva à união estável.

E, sobre a política de reconhecimento, numa obra coletiva, a professora norte-americana Nancy Fraser, exatamente e especificamente contra a injustiça perpetrada contra os homossexuais, expõe:

Um exemplo que parece aproximar-se desse tipo ideal é o de uma "sexualidade desprezada", compreendida através do prisma da Concepção Weberiana de **status**. Nessa concepção:

"(...) a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível.

ADI 4.277 / DF

O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir."

E sob esse enfoque, ontem, aqui da tribuna, foram rememorados momentos trágicos da história da civilização brasileira onde se tratava a homossexualidade não só através da violência simbólica, mas, o que é pior, da violência física perpassada por várias gerações.

E continua, então, a professora americana:

"Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, "tratamentos" psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento."

Esses danos são injustiça decorrente da não obediência desse princípio do reconhecimento, ou seja, injustiças decorrentes do não reconhecimento.

Nós teríamos inúmeros outros princípios constitucionais que foram aqui já enunciados pelo Ministro Ayres Britto, e agora aqui lembrados, que justificariam a procedência desse pedido no sentido de equiparar a união homoafetiva à união estável. E é exatamente isso que se pede, à luz dos princípios instrumentais da interpretação da Constituição, que se empreenda, em relação ao artigo 1.723, uma interpretação conforme a Constituição para estender à união homoafetiva os mesmos consectários jurídicos da união estável.

E se nós analisarmos historicamente, a gradação praticamente foi a mesma nessa conquista emancipatória das mulheres e agora essa conquista emancipatória dos homoafetivos, como uma decorrência natural daquilo que está explícito, claro, que mereceria até mesmo a

ADI 4.277 / DF

interpretação literal do texto constitucional.

Se isso não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, nessa questão, não fixará nenhum marco espetacular de reescrever a história da proteção das minorias no Brasil. Os números do censo que aqui foram enunciados, por si sós, já demonstram que a união homoafetiva é um fato da vida. A união homoafetiva é uma realidade social. Tanto é realidade que já há normação secundária que permite que os parceiros homoafetivos figurem como dependentes da Previdência Social. A Receita Federal admite que eles possam ser declarados dependentes. E isso não é um fenômeno do qual nós podemos nos vangloriar. Nós sabemos que a Suprema Corte americana confere nos exemplos não diuturnos, porque eles não têm milhares de ações como nós, têm poucas ações, poucos recursos, mas a Suprema Corte americana lavra exemplos de que a chancela constitucional da união homoafetiva conspira em prol dos valores constitucionais. Eu também afiançaria que a Constituição Federal, quando consagrou a união estável, ela positivamente não quis excluir a união homoafetiva. Talvez o legislador constitucional tenha entendido até desnecessário - se ele estabeleceu que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea. É que há direitos que se inferem dos princípios constitucionais, esse é um dos direitos de ver reconhecida a união homoafetiva com todos os seus consectários, tal como ocorre com a união estável. E para não ficarmos, talvez, só com o progresso norte-americano, temos exemplos belos hoje na Europa, também, desse reconhecimento, o que denota que a sociedade evoluiu e a Suprema Corte, que é a voz da sociedade, também acompanha essa evolução.

Trago apenas para um rápido conhecimento dos meus Colegas de Plenário que a Lei nº 13, de 1º julho de 2005, que alterou o Código Civil espanhol, consagrou, até de maneira mais enfática, a união homoafetiva.

María Martín Sánches, na sua tese de doutoramento "*Matrimonio Homosexual y Constitución*", afirma:

"... limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do não reconhecimento - como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre

ADI 4.277 / DF

peças do mesmo sexo - ou através da omissão na Lei - neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento - só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No entanto, não parece existir" - e isso se aplica para nós, também - "nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e a proibição da discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual."

Egrégio Plenário, Senhores Ministros, senhores advogados, farei a juntada do voto por escrito, não sem antes findar assentando que, desde os bancos do bacharelado, sempre me encantou a máxima **ub societas ibi ius**, "onde há sociedade há o Direito". E, se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes.

De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial - mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo.

Isso me fez rememorar, Ministro Ayres, exatamente à luz da doçura e da beleza humana que Vossa Excelência eclipsa nesse homem magnífico que é Fernando Pessoa, quando afirma que há momentos em que devemos fazer a travessia. É hora da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para a eternidade, à margem de nós mesmos.

Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem reconhecidos à luz da comunhão que têm, da unidade, da identidade e, acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida.

ADI 4.277 / DF

Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. Tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência, que acompanharei na sua integralidade, nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.

Acompanho integralmente Vossa Excelência.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, após os dois belos votos até aqui pronunciados - que eu cumprimento -, eu gostaria de, antes de iniciar, fazer uma referência aos advogados que assumiram a tribuna, em uma comprovação de que sem os advogados, como sem o Ministério Público, não há possibilidade de chegarmos a julgamentos com todas as peças e argumentos necessários para que busquemos aquilo que é o nosso objetivo: a realização da justiça material, a prestação da jurisdição.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Nestas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais se põe em discussão a interpretação legitimadora do art. 1723 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), o núcleo da questão a se examinar é se haveria guarida constitucional para a pretensão dos Autores, a saber, dar-se interpretação conforme à Constituição ao art. 1723 do Código Civil, permitindo se declare a sua incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir família.

Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas.

Bobbio afirmou, na década de oitenta do séc. XX, que a época não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados.

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano.

1. Põe-se em questão o que preceitua o art. 1723 do Código Civil, sua interpretação, seus efeitos:

ADI 4.277 / DF

“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”.

O que se enfatiza, na multiplicidade de peças que compõem os autos, a partir da petição inicial, é que a união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação.

Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

2. O Ministro Relator vota no sentido de julgar procedentes as ações para dar interpretação conforme e o Ministro Luiz Fux também assim julga, delimitando, contudo, ao que pedido, sem qualquer outra extensão que não tenha sido cuidado nos autos.

3. Também voto no sentido da procedência das ações, com as delimitações agora trazidas pelo Ministro Luiz Fux.

4. Faço-o enfatizando, inicialmente, que não se está aqui a discutir, nem de longe, a covardia dos atos, muitos dos quais violentos, contrários a toda forma de direito, que a manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência homossexual.

ADI 4.277 / DF

Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais.

E, reitere-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.

Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual. Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: *“enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. ...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível”* (Grande sertão: veredas).

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.

5. O que se está aqui a analisar e discutir é porque há que se adotar a melhor interpretação da norma do art. 1723 do Código Civil em consonância com os princípios constitucionais para se concluir qual a interpretação daquela norma a ser adotada, afastando-se outras, que, em sua literalidade, também seriam possíveis.

6. Anoto, como, de resto, já o assinalou em seu voto o Ministro Relator, que o art. 1723 do Código Civil repete o que no § 3º do art. 226 da

ADI 4.277 / DF

Constituição se contém.

Mas afirmou o Ministro Ayres Britto que haveria de se dar pela procedência das ações porque a regra do Código Civil poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver em uniões homoafetivas. E a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema.

Daí porque há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1723 do Código Civil.

Dispõe o art. 226 e seu parágrafo 3º:

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

...

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

4. Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

5. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à

ADI 4.277 / DF

concretização de valores nela adotados como princípios.

Ensina José Afonso da Silva que *“a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de ‘hermenêutica contextual’* (SILVA, José Afonso da – Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15).

No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema.

É exato que o § 3º do art. 226 da Constituição é taxativo ao identificar que *“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”*.

Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse

ADI 4.277 / DF

significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembléia Constituinte demonstram que assim não foi.

Nem é de se afirmar que há mera repetição do que posto no inc. I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuidam-se de temas que se equilibram, mas não se confundem.

Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.

6. Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem.

O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.

Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa

ADI 4.277 / DF

mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito.

7. A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova *“o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (Art. 3º, inc. III).

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição). Seria

ADI 4.277 / DF

de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como “o comum”.

8. É ainda o Professor José Afonso da Silva que leciona: “o intérprete da Constituição tem que partir da idéia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material” (Op. cit., p. 14).

Daí porque, ao interpretar o art. 226 da Constituição, aquele autor assinala que “a entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral; porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam todo o ordenamento jurídico. Ex facto oritur jus – diz o velho brocardo latino. A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental?” (Op. cit., p. 863).

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.

ADI 4.277 / DF

9. Essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresse reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inc. X), que projeta para o plano social a eleição sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido, mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação pelo exercício dessa sua liberdade.

A análise desta norma constitucional demonstra ser bem larga a esfera de inviolabilidade da pessoa que, nos termos do constitucionalismo positivo, *“abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”* (SILVA, José Afonso da – op. cit., p. 100).

10. Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político.

E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções.

Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.

E o pluralismo não apenas se põe, expressamente, no art. 1º, inc. IV, da Constituição, como se tem também em seu preâmbulo, a sinalizar a trilha pela qual há de se conduzir o intérprete.



ADI 4.277 / DF

As escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas.

11. Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.

É como voto.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL**EXPLICAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite um aparte? Desde o começo, eu fiquei preocupado com essa disposição e cheguei até comentar com o Ministro Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme – isso foi lançado da tribuna, com exemplos – é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição.

É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer, mas não com base no texto, nem com base na norma

ADI 4.277 / DF

constitucional, mas com base em outros princípios, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas eu não diria que isso decorre do texto legal e nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse é o meu juízo inicial e, obviamente, provisório – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição, no caso, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas é exatamente isso que foi enfatizado e que eu vou dizer no meu voto.

Por isso, exatamente o que o Ministro disse, é o que eu vou dizer na sequência, no meu voto, eu fiz a referência exatamente para dizer o porquê. Exatamente dentro disso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Agradeço a oportunidade.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, principio cumprimentando os excelentes votos do Ministro Relator, do Ministro Fux e da Ministra Cármen Lúcia. Também cumprimento as belíssimas sustentações orais que foram feitas da tribuna, assim como o pronunciamento do douto Procurador-Geral da República.

Inicio dizendo que perfilho o entendimento inicial do Ministro Britto, julgando prejudicada, em parte, a ADPF, para analisar apenas aqueles pontos relevantes e já explicitados nas duas ADI's que foram acolhidas para exame, tal como, enfim, esclarecido pelo eminente Relator, Ministro Britto.

E, no mais, passo a proferir o meu voto, que coincide, em grande parte, com o de Sua Excelência, com algumas nuances que procurarei também deixar claras.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: A pretensão que se busca materializar neste julgamento diz respeito, em síntese, à possibilidade de conferir-se uma interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Princípio recordando que, na dicção do art. 226, *caput*, da Carta da República, a família, considerada “base da sociedade”, “tem especial proteção do Estado”. Vê-se, pois, que para solucionar a questão posta nos autos é preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídico-constitucional de família.

De início, cumpre fazer uma resenha da noção de família abrigada nas Constituições anteriores à presentemente em vigor, registrando, desde logo, que todas que trataram do tema vinculavam a idéia de família ao instituto do casamento. Senão vejamos:

i) Constituição de 1937: “Art. 124. *A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.*”

ii) Constituição de 1946: “Art. 163. *A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.*”

iii) Constituição de 1967: “Art. 167. *A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.*”

iv) Emenda Constitucional 1/1969: “Art. 175. *A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos*” (grifos meus).

ADI 4.277 / DF

A vigente Carta Republicana, todavia, não estabelece essa vinculação com o casamento para definir o conceito de família tal como o faziam as anteriores.

Na verdade, a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar, pelo menos, três tipos de família, a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental.

Essa constatação, aliás, já foi feita pelo Min. Ayres Britto, no julgamento do RE 397.762/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, nos seguintes termos:

“Por esse mais largo espectro de inteligência da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de família de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil (‘O casamento é civil e gratuita a sua celebração’, conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de ‘entidade familiar’ é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como ‘união estável’ (‘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’). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de ‘família monoparental’, que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: ‘Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 3º).”

E disse mais esse ilustrado membro da Suprema Corte:

*“(...) a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o **tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda, sem condições***

ADI 4.277 / DF

jurídicas para tanto (grifos no original)

De tal entendimento, todavia, dissentiram, em parte, tanto o relator, Min. Marco Aurélio, como os demais Ministros que, à época, integravam a egrégia Primeira Turma deste Tribunal. Para este magistrado a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria condição *sine qua non* para o reconhecimento de tal entidade familiar, sob pena de ter-se mera relação de concubinato.

Nessa mesma linha, o Min. Menezes Direito assentou que “*nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar ‘união estável’ a uma situação de fato (...)*”.

Em idêntico diapasão manifestou-se a Min. Cármen Lúcia no tocante à união estável, afirmando que “*a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento*”.

Tal como o Min. Menezes Direito, entendi, naquele julgamento, que o legislador constituinte remeteu a definição da entidade familiar denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo infraconstitucional, o qual é expresso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/96, seja no art. 1.723 do Código Civil, que tal instituto caracteriza-se pela “*convivência pública contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família*”, sempre “*entre o homem e a mulher*” (grifei).

É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união “*entre o homem e a mulher*”, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre

ADI 4.277 / DF

pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário - o que configuraria prática proscrita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional - mas, como afirmou o Min. Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no RE acima mencionado, cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do próprio legislador constituinte.

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §º : ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei

ADI 4.277 / DF

facilitar sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolia interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - *Isso é coação moral irresistível.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Concedo a palavra ao relator.*

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - *A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.*

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - *Sr. Presidente, estou de acordo.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Todos os que estiverem de acordo permanecem como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas)."*¹

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a "separação dos Poderes" à dignidade de "cláusula pétrea", que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação

1 Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"), p. 209.

ADI 4.277 / DF

exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.

Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada - denominam de “relação homoafetiva”?

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que

ADI 4.277 / DF

constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juriconsultos romanos, *ex facto oritur jus*.

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.

Arrimo-me, para tanto, no ensinamento do mestre Canotilho, segundo o qual

“A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio).

Interpretação e integração consideram-se hoje como dois

ADI 4.277 / DF

*momentos da captação ou obtenção do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de 'obtenção' do direito constitucional. A relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente frisante quando se trata de estabelecer limites entre uma **interpretação extensiva** e **integração analógica**. Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência funcional, pois, por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo); (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de 'decisão' (legislativa, governamental ou jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.*

Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao 'plano' de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional (grifos no original)."²

Visto isso, resta, então, estabelecer se o rol de entidades familiares, definido no art. 226 da Constituição, é taxativo ou meramente exemplificativo. Valho-me, no ponto, de um trecho, abaixo transcrito, de instigante artigo da lavra de Suzana Borges Viegas de Lima:

"Para demonstrar que as relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol descrito no artigo 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião,

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1234-1235.

ADI 4.277 / DF

não é numerus clausus, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um vasto campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações homoafetivas, assim como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente".³

Tal é, também, o abalizado entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, para quem

"A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo 'também' nela contido. 'Também' tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade." ⁴

3 LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. In: Frederico Henrique Viegas de Lima. (Org.). Direito Civil Contemporâneo. 1ª ed. Brasília: Gran Cursos/Encanto das Letras, 2009, p. 355-361.

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>,

ADI 4.277 / DF

Nesse sentido, aliás, observa o Professor Álvaro Villaça Azevedo que:

“(...) a Constituição de 1988, mencionando em seu caput que a família é a ‘base da sociedade’, tendo ‘especial proteção do Estado’, nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.

O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor.”⁵

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los.

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousar dizer - que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

O próprio Estado, diga-se, no último censo, levado a efeito no ano de 2010, por meio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE,

acesso em 5/5/2011.

5 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato, de acordo com o atual Código Civil, Lei 10.406, de 10/1/2002*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 240.

ADI 4.277 / DF

intentou avaliar, quantitativamente, essa forma de relacionamento entre pessoas do mesmo gênero, constatando, ao término da pesquisa, que existem, em um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados no País.⁶

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

Esse proceder metodológico encontra apoio no respeitável entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”.⁷ Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de

⁶ <http://www.censo2010.ibge.gov.br>, acesso em 05/05/2011.

⁷ HESSE, Conrar. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

ADI 4.277 / DF

negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência me permite fazer apenas uma explicitação como relator?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O caso julgado pela Primeira Turma – e reconheço que divergiu o Ministro Carlos Ayres Britto – envolvia servidor público falecido – que à época do evento morte, era casado – e a concubina. Então, no voto que proferi, estabeleci a diferença entre companheira e concubina. Apontei que, como há glosa legal relativamente à existência do concubinato, à concubina, que não é equiparada à companheira, não se teria como proceder à divisão da pensão deixada pelo servidor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência fique tranquilo que eu não tirarei maiores conclusões a partir desta afirmativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Existia empecilho maior ao casamento. Havia a figura, à margem da ordem jurídica, da concubina.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É verdade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ele vivia, naquele caso que nós julgamos na primeira Turma, com as duas.

ADI 4.277 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Agora havia uma curiosidade ali, lembra-se, Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Lembre, Ministro, os nomes.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Ele se chamava Valdemar do Amor Divino e ela se chamava Joana da Paixão Luz, ou seja, estava escrito nas estrelas que Valdemar do Amor Divino se encontraria com Joana da Paixão Luz.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O dado interessante é que, com a mulher legítima, Valdomiro teve dez filhos e, com a concubina, nove filhos. Elas pretendiam dividir a pensão.

Mas estou fazendo apenas referência a esse julgamento para termos um rastreamento histórico das discussões que travaram em torno do tema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas havia óbice à transformação da relação jurídica em casamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É por isso que a Turma decidiu que a pensão seria adjudicada apenas àquela mulher que tinha o casamento legítimo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A viúva. E o Tribunal de Justiça assentara que, como o fenômeno era muito comum na região – não mencionarei o Estado, para não me referir também ao Tribunal de Justiça, por consequência –, caberia a divisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O Tribunal de Justiça local optou por uma Justiça salomônica sem maiores indagações jurídicas e constitucionais.

ADI 4.277 / DF

Continuo, então, dentro deste fito de fazer uma resenha histórica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, o mais interessante: em uma casa, havia oito filhos e na outra, nove, creio que os números eram esses.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Dez e nove, salvo engano, na recuperação que fiz da informação.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, a Corte se reúne, hoje, para decidir questão da mais elevada significância social e, principalmente, para a análise acerca da efetividade da Constituição e dos preceitos que decorrem do núcleo estruturante da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como **BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY**.

Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou companheiras. Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é inconstestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo.

ADI 4.277 / DF

Note-se que, segundo a vastíssima bibliografia existente sobre o enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação homossexual, sobretudo em língua inglesa, houve uma significativa mudança de paradigma ao longo das últimas décadas no tratamento do tema e na natureza das respectivas reivindicações. Com efeito, se é certo que num primeiro momento bastava aos reivindicantes que a sociedade lhes demonstrasse um certo grau de tolerância, hoje o discurso mudou e o que se busca é o reconhecimento jurídico das respectivas relações, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas.

Vejamos o que diz o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro sobre essa questão. De forma explícita, aparentemente nada. Existe um projeto de lei, de autoria da ex-deputada e hoje Senadora Marta Suplicy, que objetiva regulamentar as uniões homoafetivas, mas que está em trâmite no Congresso Nacional desde 1994.

Quanto à Constituição Federal, muitos poderão argumentar que ela é silente sobre a matéria. Porém, cumpre indagar o seguinte: o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as conseqüências jurídicas e materiais daí decorrentes?

Creio que não. E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica **pallette** axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. Aí, sim, estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.

Nessa linha de pensamento, é imperioso notar, de início, que não há, no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao

ADI 4.277 / DF

reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas não podemos esquecer, por outro lado, que a própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados. Isto é, outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, Constituição, adotou, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da idéia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração”, tópico brilhantemente desenvolvido por Ronald Dworkin em uma de suas obras, e lapidarmente sustentado da tribuna pelo Professor Luís Roberto Barroso. Também da nossa querida Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor Daniel Sarmento, um dos pioneiros no Brasil no tratamento dessa temática de que hoje nos ocupamos, em brilhante artigo, disse o seguinte:

“O não-reconhecimento [da união homoafetiva] encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade”.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (corrodenadores). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 619-660.

Como é de conhecimento geral, o Judiciário brasileiro, em seus diversos níveis, vem, paulatinamente, firmando o devido reconhecimento dos direitos decorrentes dessas uniões, invocando e adotando, por analogia, o art. 1.723 do Código Civil.

Comungo do entendimento do relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, nessa ordem de idéias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil. Dispositivo que, segundo Gustavo Tepedino, representa o coroamento de um processo histórico surgido na jurisprudência cível e que objetivava a inclusão social e a superação do preconceito existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da

ADI 4.277 / DF

não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho o relator.
É como voto.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, eu também gostaria de ressaltar a importância deste debate, a partir das sustentações orais apresentadas e da participação dos diversos requerentes, requeridos e *amici curiae*, e mostrar, inclusive, a beleza desse processo constitucional que permite uma participação tão ampla e plural no âmbito da nossa jurisdição constitucional.

Gostaria também de destacar a beleza do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto e dizer da importância desta questão.

Tal como eu já tinha falado inicialmente, em aparte ao voto da Ministra Cármen Lúcia, vi com alguma preocupação a formulação deste pedido de interpretação conforme, porque em princípio, a meu ver, o texto legal não fazia nada mais do que reproduzir a norma constitucional que prevê a união estável entre homem e mulher – tal como já foi destacado agora, de forma bastante precisa, no voto do Ministro Lewandowski –, fazendo, então, a genealogia da criação do próprio modelo jurídico que está no texto constitucional.

De modo que, diante da não equivocidade, da não ambiguidade do próprio texto, pareceria muito estranha a intervenção do Tribunal para fazer essa segunda subleitura do texto, que realmente faz uma alteração substancial. Mas me curvo – como já disse também – ao argumento trazido aqui de que essa norma tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união. Então, ela está tendo esse tipo de aplicação de forma generalizada – tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio, formula-se a impugnação das próprias decisões judiciais.

E eu comemoro também essa decisão. Os senhores sabem que sou

um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, penso que essa proclamação revela visão míope quanto à atuação do Supremo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico. Eu dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo* contrário à posição que estava a ser...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Que é uma consequência natural do sistema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Que é uma consequência desse processo. Portanto, isso é importante que se diga.

Nas sustentações de ontem, agitou-se o tema da questão do reconhecimento do direito da minoria. Tenho voto escrito sobre isso, já destaquei em outro momento inclusive como um *ethos* fundamental,

ADI 4.277 / DF

básico, da jurisdição constitucional. E, no caso específico, é notório que o que se pede é um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de *discrímén*, de discriminação.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Aqueles que acompanharam as eleições nacionais certamente viram as dificuldades por que passou a candidata, então, agora a Presidente Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, sobre este assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso explique, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui rememoradas, nós conseguimos então identificar.

É evidente, também, me parece, que aqui nós não estamos a falar apenas, Senhor Presidente, de falta de uma disciplina que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, de direitos fundamentais básicos. A doutrina nacional não tem

ADI 4.277 / DF

se ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz esteja na Lei Fundamental de Bohn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento, *Selbst Entfaltung seiner Persönlichkeit*, quer dizer, autodesenvolvimento de sua personalidade.

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir do direito de liberdade, mas é óbvio que a ideia de opção sexual está contemplada nessa ideia desse exercício de liberdade, deste autodesenvolvimento.

A falta de um modelo institucional que abrigue essa opção, que permita essa institucionalização acaba militando ou acaba contribuindo para as restrições para o quadro de discriminação.

Então, a rigor, a pretensão que se formula, aqui, tem base nos direitos fundamentais, a partir da própria ideia do direito de liberdade, como já foi destacado, do direito de igualdade, tal como já destacou, fortemente, o eminente Ministro Relator, apontando que aqueles que fazem essa opção, se não encontrarem um modelo institucional adequado, acabarão sofrendo as mais diversas formas de discriminação.

De outro lado, não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou a esses direitos elencados.

Eu tinha também, Presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade que queria vencer. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado:

"§ 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".

ADI 4.277 / DF

Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Só que no meu voto, a Ministra Cármen também, acho, o Ministro Fux, enfim, nós damos uma interpretação a esse texto para muito além da literalidade, de modo que ele não exclui as outras ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas a primeira interpretação é exatamente...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)- A primeira é essa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, por isso que eu estou problematizando.

Evidente que podemos abordar de forma diversa, até dizer que talvez aqui seja uma menção genérica, ou também – mas é necessário que se enfrente ...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Proteção da mulher, de inclusão da mulher perante o homem, inclusão social da mulher num âmbito mais estreito, doméstico, do núcleo doméstico. Afirmção da mulher no núcleo doméstico, perante o varão, para a Constituição eficazmente contrabater o nosso ranço patriarcalista. É uma das vertentes interpretativas, lançamos três vertentes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite. Como a regra jurídica aplicável não integra a **causa petendi**, também é possível interpretar-se que esta ação foi proposta tendo em vista dar uma interpretação ao artigo 1.723 conforme a Constituição Federal, à luz dos princípios da Constituição Federal dos

quais emergem direitos também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Quer dizer, Constituição tem norma, Constituição tem regra, Constituição tem princípios e regras que formam as normas. Então, o pedido e as razões de pedir são mais amplas do que o formato aí do artigo 226.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? A Carta contempla princípios explícitos e implícitos. Se formos, como ressaltado pelo Ministro Joaquim Barbosa, ao rol das garantias constitucionais, constataremos em bom vernáculo pedagogicamente lançado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu só acho que nós temos o dever, a obrigação de explicitar os fundamentos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, a base.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A base; inclusive temos que dizer por que nós estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, sem cláusula excludente de outra situação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que leva, portanto, alguns a entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar essa consequência, que também não é a consequência inevitável, tal como sabemos em vários outros casos em que nós fizemos a interpretação. Mas, também parto dessa premissa,

ADI 4.277 / DF

tal como já assentei, de que aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Esse voluntarismo hermenêutico, nem a Supremo Corte tem o direito de...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e à legislação de regência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É sempre vinculada e objetiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, como já foi feito aqui também, salvo engano, agora no voto do próprio Ministro Lewandowski, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação, uma lacuna valorativa ou axiológica. Porque, de fato, se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, que encontrem, então, seus respectivos deveres de proteção, e a essa lacuna ou a essa não disciplina impõe-se algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter as diversas divergências.

ADI 4.277 / DF

Eu até ressaltava, numa aula que dei na UnB, não faz muito, a importância desse modelo de proteção institucional. Quando estudante na Universidade de Brasília, lembro-me de que acompanhei aquela movimentação toda que se fez em torno da chamada "Emenda do Divórcio". Os senhores sabem quantas pessoas, naquela época, tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional? Até por uma dessas ironias da história, o movimento era tão forte, liderado pelo Senador Nelson Carneiro, que já havia a maioria no Congresso para a aprovação, mas não a maioria constitucional. Como veio o pacote de abril, o Presidente Geisel cuidou de reduzir o *quorum* para aprovação de emenda constitucional, acabou, por ironia, viabilizando a aprovação desta emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquele estado, de fato, que estava há muito consolidado. Então, essa questão, a proteção, o modelo institucional aqui é extremamente relevante, daí a mencionar esse exemplo do divórcio.

Não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e entre as pessoas do mesmo sexo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Especialmente em processo objetivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sem dúvida alguma.

Sabemos que toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve foco numa situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham caráter tópico.

A decisão multicitada do TRE, de que tive a honra de ser o Relator, é

um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do mesmo sexo que viviam em condição de união estável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite, apenas para tornar estreme de dúvidas o convencimento à época exteriorizado? Fiquei vencido por entender que norma que restrinja algo inerente à cidadania deve ser interpretada de forma estrita. Mas não deixei de reconhecer a existência da união, mesmo em se tratando de pessoas do mesmo sexo. Esclareço, para não parecer – porque vou votar dentro em pouco – uma incongruência com o que sustentei no âmbito eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.

Então, citei, Ministro Fux, um voto do notável Ministro Ruy Rosado, do STJ, no REsp nº 148.897. Ele dizia:

"A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união - embora criticada - existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o

ADI 4.277 / DF

direito civil comum abrange e regula.

Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: 'Oui, monsieur, l'amour'. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os eleitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante".

Então, com base nesses fundamentos, eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos.

Um outro aspecto que me parece importante de ser mencionado – e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões – é que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, de quando em vez, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Então, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

Eu já citei, em outro julgamento, aqui, a propósito desse tema, trabalho de Zagrebelsky no chamado "O Direito Dúctil ", no qual ele diz o seguinte:

“ As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em

ADI 4.277 / DF

seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma”.

Em seguida, observa:

“No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente”.

É o que nós temos neste caso. O fato de a Constituição proteger, como já foi destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.

"O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”.

E ele diz, então, nessa linha:

“Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções

ADI 4.277 / DF

concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do aut-aut, do 'ou dentro ou fora'. A coerência 'simples' que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do et-et e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um 'modo de pensar do possível' – é a fórmula que foi adotada pelo notável professor Peter Häberle, no chamado Pensamento do Possível – (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental 'possibilista' – diz Zagrebelsky – 'representa para o pensamento o que a 'concordância prática' representa para a ação”.

Então, digo o seguinte:

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o Direito Constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância”(Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

Veja que isto é extremamente importante: “uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância”. Esse é um texto que Häberle tem na *Die Verfassung des Pluralismus*.

Daí perceber-se também que “alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação”(Häberle, *Die Verfassung des*

ADI 4.277 / DF

Pluralismus, cit., p. 7).

E Häberle diz isso de forma muito clara:

“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3).

Nessa linha, diz Häberle, “para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”. Daí ensinar que “não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade futura que permite separar o impossível do possível. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

Então, destaquei essa questão para resolver, à época, dois casos básicos, um aqui e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Aqui era um caso muito mais técnico, era aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de

ADI 4.277 / DF

juiz dos TRTs. A Constituição é muito clara. Diz que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas, foram compostas listas sêxtuplas desta maneira: o Presidente da República escolheu – hoje, assim chamados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então uma ADI da AMB contra essa norma, do Conselho Superior do Ministério Público. E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral – à época o Doutor Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes – e coube a mim, então, fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes; admitidos os embargos infringentes porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno, antes do advento da Lei nº 9.868, hoje não é cabível; eu trouxe, então, essas considerações para dizer que aqui era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros, até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas, ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida – ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de *checks and balances* que está no texto constitucional. Então, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível possibilista" e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que

ADI 4.277 / DF

necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação. E, para isso, então, à época, eu citei também uma passagem da obra de Perelman; na chamada Lógica Jurídica, Perelman narra um caso interessantíssimo e chega, então, à seguinte conclusão:

“Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.”

‘A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes ‘são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição’, e o artigo 130 diz expressamente que ‘a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte.’ (A. Vanwelkenhuyzen, De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo (...). (Perelman, Chaïm. Lógica Jurídica, trad. Vergínia K. Pupi. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p.105).

"Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

'Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental'.

ADI 4.277 / DF

E, aí, reproduz, então, a citação do parecer do Procurador-Geral:

"Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos".

Nessa linha, conclui Perelman:

"Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, contra legem. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas 'pela força dos acontecimentos', 'por força maior', 'pela necessidade'".

ADI 4.277 / DF

Então, eu destacava outros aspectos, inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos, Ministro Luiz Fux, o Ministério Público – artigo 68 do Código de Processo Penal – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o artigo 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que aqui havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

No Eleitoral, eu me lembro, também, que tivemos um outro caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. De que se cuidava? Pedido formulado por várias pessoas para que aqueles casos da chamada deficiência grave houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. São familiares que reclamam que determinadas pessoas estão tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral – a cada dois anos, a obrigação de comparecer ou de fazer a justificção. A leitura do artigo 14 – diziam muitos dos colegas no Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de 70 anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Então, a meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução, tal como fez o Ministro Ricardo Lewandowski, a partir da aplicação, *per analogiam*, por analogia,

ADI 4.277 / DF

poderíamos chegar a essa aplicação. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

Presidente, com isso eu chego à parte final do meu voto, para dizer que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Relator quanto ao resultado, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação, ou pelo menos algumas explicitações em relação à fundamentação. Todavia, também tenho um certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas. O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas. Ao mesmo tempo, fazermos simplesmente a equiparação, pode, também, fazer com que nós estejamos a equiparar situações que vão revelar diversidades, tal como apontava o Ministro Ricardo Lewandowski.

As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. Me pus a pensar sobre questões que afligem os próprios cultores do Direito Comparado; eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo, e lá saiu a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Eu vejo aqui, por exemplo, a lei recente da Argentina, que contém – claro que

trata de todo tema do matrimônio, com as modificações – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É uma Lei de julho de 2010. Confere os mesmos direitos e deveres do casamento entre heterossexuais. Lá, a possibilidade de adoção ainda é polêmica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Agora, não foi o meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Talvez com o pronunciamento do Supremo a inibição fique afastada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.

Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim. Concordo com Vossa Excelência que a Constituição contém normas muito claras e

ADI 4.277 / DF

direitos fundamentais que permitem a pretensão formulada. Se aqui vamos aplicar, por extensão, a norma constante do texto constitucional sobre a união estável ou vamos fazer por analogia ou de outra forma é uma discussão, porque nos resultados vamos nos aproximar de forma fundamental.

Sobre essa questão do Congresso, Presidente, é interessante observar os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. De quando em vez se afirma que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e se alega, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária; recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se os senhores compulsarem os debates no Congresso Nacional, os senhores verão que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda bem que acreditam em nosso taco. Ainda bem!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E a gente nem sempre confirma a expectativa. Mas, neste caso, nós temos uma outra singularidade, porque há um tipo de inércia legislativa, isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, ser editada pelo Congresso nacional, e nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me

permite?

Antes da Carta de 1988, tínhamos como direito de todo trabalhador urbano e rural a participação nos lucros. Esse preceito ficou sem regulamentação a vida inteira, mais de 40 anos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, aqui me parece ser um caso muito claro, Presidente, de proteção dos direitos fundamentais.

Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também destacado no voto do Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação; talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem. Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Já foi destacado, a partir da fala do eminente Procurador-Geral, que há no País algo em torno de sessenta mil casais declarados, um número pouco expressivo – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida, recôndita –, muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de modelo institucional, de autoconvenção, de autoproteção. A falta de institucionalidade acaba contribuindo para esse quadro.

Encerro, então, Presidente, destacando a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de desproteção de minorias ou

de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados.

Volto a citar uma passagem já citada por mim quando discutimos o caso das células-tronco, uma passagem, a meu ver, muito expressiva do jusfilósofo e constitucionalista Robert Alexy, quando diz que o parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional o representa argumentativamente:

“ O princípio fundamental: 'Todo poder estatal origina-se do povo' exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige *positivamente* que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados”.

Então, com essas breves considerações, Senhor Presidente – não tão

breves assim –, assentando, portanto, essas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado, e, também, de todos os votos aqui proferidos.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, com pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), *“para que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família”*.

Eis o teor do dispositivo impugnado:

“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”.

Como ressaltado pelo Ministro Ayres Britto, esta ação havia sido originariamente autuada como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178, em que se apontava a lesão aos seguintes preceitos fundamentais: vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), princípio da igualdade (5º, *caput*), princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), direito à liberdade (art. 5º, *caput*) e proteção à segurança jurídica.

O que se pretendia, em síntese, era *“a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”*.

No exercício da Presidência desta Corte, em julho de 2009, após determinar a emenda à inicial, despachei no presente processo para concluir pela inépcia da inicial, em razão da inexistência de objeto

específico e bem delimitado da ADPF. Contudo, recebi a petição como ação direta de inconstitucionalidade, com adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/99, em virtude de pedido subsidiário de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), *“para que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família”*.

Em breve síntese, a argumentação contida na petição inicial é no sentido de que o reconhecimento público e estatal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, inclusive como entidade familiar, fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação de discriminações, da liberdade e da segurança jurídica, assentando que a negativa de tal direito seria inconstitucional.

Para garantir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e os direitos dele decorrentes, requer-se interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil a fim de que *“ele se estenda à união entre pessoas do mesmo sexo, desde que esta se configure como ‘convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família’”*.

Assim, uma interpretação restritiva do referido dispositivo, que partisse do pressuposto de que só seria aplicável à união entre homem e mulher, seria inconstitucional, pois nem o dispositivo legal é restritivo, nem a Constituição.

Ademais, está sendo levada a julgamento conjunto com esta ação direta a ADPF 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com semelhante fundamentação, sobretudo para fins de concessão de benefícios estatutários e previdenciários aos servidores públicos estaduais, em que se requer a procedência da ação para que esta Corte:

“a) interprete 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”.

ADI 4.277 / DF

Em pedido subsidiário, caso esta Corte não entenda pelo cabimento da ADPF 132, requer-se o recebimento da petição inicial 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. 1.723 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”*.

1 - QUESTÃO PRÉVIA

Inicialmente, acompanho a proposição do eminente Ministro Relator Ayres Britto em seu voto, no sentido de receber a ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do pedido subsidiário formulado. Ademais, tendo em vista a superveniência da Lei nº 5.034/2007, do Estado do Rio de Janeiro, que dispôs sobre os temas contidos nos pedidos relacionados aos dispositivos do Decreto-Lei 220/75 do Estado do Rio de Janeiro, também o acompanho para conhecer parcialmente da ação direta, tão somente na parte em que se requer interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, ou seja, em coincidência com o pedido formulado na ADI 4277.

2 - A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NO PRESENTE CASO E SEUS LIMITES

Em síntese, o pedido das ações é para que se dê interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, que possui o seguinte texto: *“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 familiar”*. A Procuradoria-Geral da República pede *“que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo”*.

Nesse sentido, deve-se indagar, inicialmente, acerca dos limites e das possibilidades de se legitimar tal pretensão a partir do pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, nos termos em que formulado.

Não é necessário muito esforço hermenêutico para se constatar, de pronto, que o pedido, tal como formulado, poderia suscitar sérios questionamentos quanto aos limites da utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição, tema que instiga uma série de controvérsias na teoria constitucional e na prática dos Tribunais Constitucionais.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição (Rp. 948, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 82:55-6; Rp. 1.100, RTJ, 115:993 e s.). Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição (Cf., a propósito, Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997). O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão (Cf., a propósito, Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004).

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à

ADI 4.277 / DF

chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto (Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988).

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que *“a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral”* (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 301).

A eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana – (Cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003) – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e a soluções simplistas – como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano, do qual cito, a seguir alguns, trechos:

“La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple ‘constitucionalidad/ inconstitucionalidad’, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección’ de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, ‘certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo”. (CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), La interpretación constitucional, Porrúa, México, 2005, en prensa.)

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em geral, tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à

Constituição, de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, de aferição da “*lei ainda constitucional*” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004).

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, converteram-nas em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei (ADI 2405 -RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADI 1344 -ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996; RP 1417 -DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988).

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar-se que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (ADI 3324,

ADI 4.277 / DF

ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127).

No julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei (ADIn 1105-DF e ADIn 1127 -DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski).

Em outros vários casos mais antigos (ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127), também é possível verificar-se que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos* (sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova; 2001. LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004).

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Morais fez a seguinte análise:

“(...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos” (MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss.)

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente preferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF n.º 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Em decisão de notável relevância doutrinária para o tema em discussão, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma (MI 670, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel.

ADI 4.277 / DF

Min. Eros Grau, julgados em 25-10-2007. Tenha-se presente, ainda, o MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 24-5-2002, e o MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991, quando restou assentado que “*é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo que fixar, de molde a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito*”).

Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

Também de marcado caráter aditivo, registre-se a decisão proferida na Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, quando o Tribunal, enfrentando a situação de insegurança geral deflagrada pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, logrou, mediante a disciplina constante do voto do Ministro Menezes Direito, dar margens nítidas à extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes são constitucionalmente garantidas (Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, Informativo STF n. 539, 16 a 20-3-2009).

Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Trata-se de hipótese em que duas empresas, importadoras de um mesmo produto, foram discriminadas, por concessão de benefício tributário a apenas uma delas, o que gera evidente desequilíbrio comercial. Em voto-vista de minha lavra, foi proposta a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei n. 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial. O julgamento encontra-se pendente, em razão de pedido de vista.

Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do

ADI 4.277 / DF

mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

No presente caso, porém, devemos refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Sobre a problemática contida no pedido de interpretação conforme realizado pela Procuradoria-Geral da República, Lenio Luiz Streck fez as reflexões a seguir transcritas, que devem ser objeto de atenção:

“De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma tal medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

E isso porque a tese da PGR se perde em meio ao problema semântico e não avança em direção ao *fenômeno mesmo* que é a *applicatio* do texto constitucional. Essa hipertrofia com relação à semântica (que não deixa de ser um sintoma da permanência das bases positivistas no seio da dogmática constitucional) – que aparece claro em expressões como interpretação restritiva ou extensiva – encobre o problema essencial: como dar efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que realize uma Interpretação Conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*)? Poder-se aduzir que o parágrafo único do art. 28 da lei n. 9868/99 autoriza tais efeitos para decisões que se utilizem das chamadas sentenças interpretativas *lato sensu*. Mas, mesmo aqui, caberia o questionamento: poderia a lei ordinária alargar o

ADI 4.277 / DF

espaço já estabelecido pelo poder constituinte? Não haveria, na espécie, usurpação de competência do constituinte?

E mais. As sentenças interpretativas só podem ser corretamente compreendidas através da diferença (ontológica – *ontologische Differentz*) que existe entre *texto* e *norma*. A interpretação conforme a Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é o *limite do sentido e o sentido do limite*. Ou seja, somente a partir dela – da parametricidade constitucional – e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode fazer a referida atribuição de sentido (*Sinngebung*). E, outra coisa: a diferença entre texto e norma não quer dizer que seja permitida a atribuição de qualquer norma ao texto. E muito se pode admitir que, a pretexto da aplicação da máxima hermenêutica "texto e norma", a PGR venha a pretender substituir o próprio texto da Constituição – pela via indireta da interpretação conforme dada ao Código Civil – por um outro (aquele que ela, a PGR, entenda ser mais adequado).

Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador”.

Prossigue, então, Lenio Streck, no mesmo raciocínio:

“Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do B"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário...." Ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição.

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer "antipáticas" aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.*

Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis* (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que *a própria Constituição* aponta para outra direção, construir decisões "legiferantes".

Dito de outro modo: a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas

do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser "colmatada", com um argumento kelseniano do tipo "o que não é proibido é permitido" (sic!). *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões*: p.ex., a Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, "a", refere apenas a possibilidade de argüição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Veja-se: em nome do "princípio democrático" ou da "república", os munícipes espalhados pelos quatro cantos do Brasil poderiam alegar que *"a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais"*, etc. Ora, nada disso pode ser "colmatado" por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema – por lei –, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). E o que dizer da "discriminação" entre homem e mulher para os casos de aposentadoria? Se homens e mulheres devem ser iguais, por que as mulheres se aposentam mais cedo? Não seria o caso de ingressar com uma ADPF para substituir a expressão homens e mulheres por "indivíduos"? E assim por diante...!

Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima "o que não é proibido é permitido", que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, *v.g.*, o princípio da dignidade da pessoa humana. E, registre-se: o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panacéia para todos os males, mormente de "omissões" (sic) do constituinte: *o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto*. E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que "devemos levar o texto a sério". Sem texto não há normas; não

há normas sem textos.

Em síntese: não há um lado "b" da Constituição a ser "descoberto" axiologicamente, como se "por debaixo do texto da Constituição existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete". A resposta adequada para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, *v.g.*, o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei. Na terra de Cervantes, o Poder Judiciário não se sentiu autorizado a "colmatar" a "inconstitucionalidade da Constituição". (STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229>. Acesso em: 3 maio 2011)

Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.

Desde o começo deste julgamento, eu fiquei preocupado com essa questão e cheguei até a comentar com o Ministro Relator Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto do Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que isso era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha

do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme à Constituição seria a invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo.

E, de fato, é com base nesse argumento que entendo pertinente o pleito trazido nas ações diretas de inconstitucionalidade.

É preciso, portanto, que nós deixemos essa questão muito clara, porque ela terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º)**, mas com suporte em outros princípios constitucionais.

Todavia eu não diria que isso decorre do texto legal nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse seria o meu juízo neste momento – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

É, dessa forma, portanto, que fundamento neste julgamento a possibilidade de utilização da interpretação conforme à Constituição. Colhe-se dos elementos dos autos e das sustentações dos *amici curiae*, bem como do conteúdo do voto do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto e

dos votos daqueles que o sucederam, que o argumento determinante da ação é o de que essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, o entendimento que autoriza a interpretação conforme à Constituição no caso é que o dispositivo impugnado está sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, formulou-se a impugnação das próprias decisões judiciais que assim teriam decidido.

Eu comemoro e comungo também desse entendimento. É sabido que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: de que não podemos fazer isto ou aquilo porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.

Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo.

É certo que essa própria afirmação já envolve certo engodo metodológico. Eu diria que até a fórmula puramente anulatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo*, um modelo jurídico contrário à posição que estava anteriormente em vigor.

Explicitada, portanto, a fundamentação sobre os limites e a

possibilidade de interpretação conforme à Constituição no presente caso, passo a esclarecer os fundamentos que permitem concluir no sentido da legitimidade constitucional de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

3 - A QUESTÃO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Parece-me que a questão central a ser considerada neste julgamento refere-se à legitimidade constitucional de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo. Indaga-se, ainda, sobre a possibilidade de aplicação analógica do regime da união estável entre homem e mulher, diante da ausência de um modelo institucional mínimo de proteção da união homoafetiva.

Em primeiro lugar, afirmo a importância deste debate e destaco não haver dúvida na atualidade de **ser um fato da vida** a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo, pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente referidas em nossa Constituição como entidades familiares.

Nesse sentido, destaco que, segundo dados do Censo 2010 divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 60.002 (sessenta mil e dois) casais homossexuais vivendo juntos. O número pouco expressivo certamente não reflete a realidade – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida – muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional, de autoconvenção e de autoproteção dessas pessoas. A falta de institucionalização desta questão contribui para esse quadro. Esse dado estatístico revela, ainda, que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil passa pelo enfrentamento de dificuldades de diversas ordens.

Primeiramente, constata-se a ausência de regulamentação normativa específica acerca da união entre pessoas do mesmo sexo e a falta de um

ADI 4.277 / DF

modelo institucional mínimo no Brasil, a trazer insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas.

Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses.

Esses impasses, por vezes, têm sido levados à apreciação do Poder Judiciário e os tribunais brasileiros vêm adotando posicionamentos distintos, conforme demonstram os documentos juntados aos autos. Há decisões judiciais em que se nega validade jurídica à união homoafetiva (por impossibilidade jurídica do pedido). Em outras situações, reconhece-se a relação como sociedade de fato, no âmbito dos direitos das obrigações. Em outros casos, avança-se para afirmar a união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável no que couber. A depender do entendimento adotado, poderão ser declaradas competentes a vara cível ou a vara de família.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Nós vimos recentemente nas últimas eleições nacionais as dificuldades por que passou a então candidata, agora Presidenta Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, em torno deste assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso poderia explicar, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. É oportuno destacar, a seguir, em análise sucinta, alguns relevantes projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de

emenda constitucional até várias outras propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação efetiva.

3.1 - A controvérsia política e a ausência de uma deliberação consensual do Congresso

A união homoafetiva, seus reflexos nas diversas searas jurídicas e outros assuntos conexos não parecem ter sido simplesmente esquecidos pelo Poder Legislativo. Ao contrário, depois do advento da Constituição de 1988 diversos projetos de lei e propostas de emendas à Constituição foram apresentados sobre o assunto. Entre essas diversas proposições legislativas, algumas foram arquivadas e outras tantas continuam em tramitação.

Um dos primeiros projetos que visava a regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo foi apresentado pela Deputada Marta Suplicy (PT/SP). Trata-se do Projeto de Lei n. 1.151/1995, por meio do qual se propunha assegurar a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, com vistas especialmente à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão, à equiparação ao cônjuge do companheiro ou companheira de mesmo sexo que comprove a união estável como entidade familiar, entre outros direitos.

Esse projeto de lei tratava da forma de registro civil da união, do reconhecimento daquelas não registradas, determinava que os entes federados disciplinassem a concessão de benefícios previdenciários aos seus servidores que comprovassem viver em união homoafetiva, a forma de rompimento da união civil, entre outras providências.

O Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) apresentou Substitutivo global ao Projeto de Lei n. 1.151/1995, por meio do qual se transformou a união em contrato de parceria civil, que também deveria ser registrada, sem poder, contudo, ser reconhecida na ausência do devido registro civil.

O Substitutivo mantinha boa parte da regulamentação anterior, trazendo, no entanto, a proibição a quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, além de

ADI 4.277 / DF

disciplinar de maneira mais específica os direitos sucessórios dos parceiros, a instituição do bem de família na parceria civil, o direito à inscrição do parceiro ou parceira como beneficiário do regime geral de Previdência Social como dependente e beneficiário de pensão, com reflexos tributários. Previu, ainda, a possibilidade de composição de rendas entre parceiros para a aquisição da casa própria, além de reconhecer direitos de parceiros a planos de saúde e a seguros de vida.

No entanto, a proposição sofreu ataques na Câmara dos Deputados e, em razão de acordo entre os líderes partidários, foi retirada de pauta em 31 de maio de 2001 e, posteriormente, arquivada.

Também em 1995, a Deputada Marta Suplicy capitaneou a apresentação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 139/1995), que alterava os artigos 3º e 7º da Constituição, para, respectivamente, incluir, entre os objetivos de **promover o bem de todos sem preconceitos, a liberdade de orientação sexual, e proibir a diferenciação** salarial, de exercício de funções e critérios de admissão **por motivo de orientação sexual**. Essa PEC foi arquivada em 1999.

Foi apresentada, posteriormente, a PEC n. 66/2003, que resgatava o teor da Proposta de Emenda Constitucional n. 139/1995, mencionada acima. Essa nova proposta foi arquivada em 31/1/2001 e desarquivada em 16/2/2011, em virtude de requerimento de autoria do Deputado Paulo Pimenta (PT/RS), de modo que se encontra em tramitação até o momento.

Em 2003, o então Senador Sérgio Cabral foi autor da Proposta de Emenda à Constituição n. 70, por meio da qual se propugnou a alteração do § 3º do art. 226 da Constituição para nele incluir-se a possibilidade de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais como entidade familiar. Em 2006, o próprio autor retirou a proposta.

Sobre matérias conexas foram apresentados alguns projetos de lei. O PL n. 2.383/2003 foi apresentado pela Deputada Maninha e trata de estender os planos e seguros privados de assistência à saúde às pessoas em união homoafetiva. O PL n. 6.297/2005, apresentado pelo Deputado Maurício Rands (PT/PE), visa a incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro ou a companheira

homossexual do segurado ou segurada do INSS, bem como os companheiros ou companheiras de servidores públicos civis da União. Projeto que está em tramitação.

O PL n. 2.285/2007 (PT/BA), apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, reconhece como entidade familiar a união homoafetiva e assegura aos parceiros direitos à guarda e à convivência com filhos, à adoção de filhos, direitos previdenciários e à herança. Este projeto tramita em conjunto com o PL n. 674/2007, proposto pelo Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP), que foi objeto de Substitutivo do Deputado Eliseu Padilha (PMDB/RS), e vem recebendo inúmeras emendas, assim como vem sendo alvo de debates no âmbito das Comissões da Câmara dos Deputados.

O PL n. 4.508/2008, apresentado pelo Deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL), tramita em conjunto com os mencionados no parágrafo acima e visa à proibição de adoção de filhos por parte de homossexuais. No mesmo sentido, o PL n. 7.018/2010, do Deputado Zequinha Marinho (PSC/PA), cujo objeto é a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para vedar a adoção de crianças por casais de mesmo sexo.

O PL n. 4.914/2009, de autoria conjunta de vários deputados e deputadas, entre eles José Genoíno, Fernando Gabeira, Solange Amaral, acrescenta o art. 1.727-A ao Código Civil para aplicar às uniões homoafetivas o regramento das uniões estáveis ordinárias, excetuando-se a conversão em casamento. Este projeto foi apensado ao PL n. 580/2007, apresentado pelo Deputado Clodovil Hernandez (PTC/SP), e ambos foram desarquivados em 16/2/2011, de forma que tramitam regularmente.

Outra medida em debate no Congresso é o Projeto de Lei Complementar 122/2006, que criminaliza a homofobia.

Além das proposições legislativas mencionadas, há ainda outras no plano legislativo federal que versaram ou ainda versam sobre temas conexos e até mesmo sobre os mesmos assuntos.

Como antes ressaltado, esse levantamento é ilustrativo e não tem a intenção de analisar exaustivamente as proposições sobre a matéria da união homoafetiva. No entanto, por meio desse exame, colhem-se

ADI 4.277 / DF

indícios de que, apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de 15 anos, até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação.

No campo da legislação local sobre o tema (legislação dos demais entes federativos), há também importantes referências do amadurecimento contínuo dos contornos dos efeitos do reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

A recente Lei 5.034/2007, do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, que tem inclusive interesse direto na solução da ADPF 132, possui o seguinte teor:

“Art. 1º - O art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979, fica acrescido do seguinte parágrafo:

Art. 29 - (...)

§ 8º - Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.”

Art. 2º - Aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, fica assegurado o direito de averbação junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos.

Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação”.

Há, ainda, várias leis locais que determinam a aplicação de sanções por práticas discriminatórias adotadas em razão de orientação sexual, a exemplo das Leis 3.406/2000 e 3.376/2000, do Estado do Rio de Janeiro; da Lei 2.615/2000, do Distrito Federal; da Lei 10.948/2001, do Estado de São Paulo; da Lei 5.275/1997, de Salvador-BA; e das Leis 8.176/2001 e 8.283/2001, do Município de Belo Horizonte-MG; da Lei 9.036/2007, do Estado do Rio Grande do Norte.

O Estado de São Paulo, por meio do Decreto 55.839, de 18 de maio de 2010, estabeleceu o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT, entre outras providências, com diversas ações para a proteção e o desenvolvimento dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Esse rol exemplificativo demonstra que o Estado, pouco a pouco, busca consolidar e sedimentar o âmbito normativo de reconhecimento e proteção da união homoafetiva e de seus efeitos jurídicos.

Esse fato sinaliza que, além de muito importante, a matéria é delicada e tormentosa. O Poder Legislativo, em regra, não entra em consenso, mas continua a enfrentar o tema. Todavia, a demora em aprovar legislação gera nos interessados angústia natural e um sentimento de desproteção, para a qual buscam solução no Judiciário.

Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de 15 anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade.

Além disso, das proposições legislativas e dos debates travados no Parlamento, pode-se notar que parece haver maior consenso relativamente a alguns temas, tais como os efeitos previdenciários da união homoafetiva, ao passo que outros assuntos são bastante controvertidos (como é o caso da adoção de crianças por casais homoafetivos).

Por outro lado, é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva.

A despeito da complexidade do tema e do dissenso político a ele associado – como visto acima –, o fato é que nós temos essa questão posta.

3.2 - O Direito Comparado evidencia a necessidade de aprofundado debate e reflexão social

A análise do Direito Comparado pode servir, especialmente para assuntos polêmicos, como um importante meio de se buscar respostas a questionamentos nacionais. No que se refere ao casamento ou à união civil entre pessoas do mesmo sexo, válido é não apenas se verificar o modo como as demais nações lidaram ou ainda lidam com o tema, mas, principalmente, valer-se de experiências estrangeiras para se atestar o grau de complexidade dessa questão.

No âmbito internacional, os países podem ser classificados em três grupos, de acordo com o tratamento jurídico concedido ao comportamento homossexual. Há os países *repressores*, que proíbem e punem o homossexualismo; os *indiferentes*, ainda que não criminalizem esta conduta, não criam medidas favoráveis a ela e, finalmente, os Estados *avançados*, que possuem medidas para proteção da população homossexual (Cf. Fábio de Oliveira Vargas. União homoafetiva. Direitos sucessórios e novos direitos. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 99).

Dados indicam que em cerca de 76 (setenta e seis) países do mundo o homossexualismo é penalmente reprimido. Estão inseridos nesta listagem Jamaica, Angola, Nepal e grande parte dos países muçulmanos. Ressalto que, nestes, em Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritânia e Sudão, as relações sexuais entre homens são, inclusive, punidas com pena de morte (Cf. Daniel Ottoson, State-sponsored Homophobia – a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults. The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2010. Disponível em: <http://ilga.org/ilga/en/article/1161>. Acesso em: 3.5.2011).

A tendência mundial é, entretanto, a crescente afirmação dos direitos das uniões homoafetivas. Na Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ainda que não tenha reconhecido nenhuma espécie de direito para casais do mesmo sexo, já indicou que os parâmetros para sua

aceitação devem ser desenvolvidos nos Estados europeus.

A União Europeia também incentiva que seus Estados-membros editem normas de proteção a esses direitos. Vale mencionar ainda a Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas, a qual é apoiada pelo Brasil.

Como é sabido, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo pode receber, normativamente, a mesma proteção concedida ao casamento tradicional ou ser assemelhado ao que, no Brasil, denomina-se união estável.

No primeiro caso – equiparação ao casamento – a união pode apresentar diferentes designações, como *same-sex marriage*, *equal marriage*, *same-gender marriage* ou, simplesmente, *casamento*. Poucos países adotaram este posicionamento, como Holanda – o primeiro a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2001 –, Bélgica (2003), África do Sul (2006) e Argentina (2010) (Cf. VARGAS, Fábio de Oliveira. op. cit., 2011, p. 101).

A outra forma de proteção aos direitos derivados de relações homossexuais é sua vinculação ao conceito de união estável. Nesse sentido, podem ser conhecidas como “parcerias civis” (Inglaterra), “parcerias registradas” (países da Escandinávia), “parcerias domésticas” (Estados Unidos e alguns países da Europa).

Os países escandinavos foram pioneiros em admitir alguma forma de proteção aos direitos das uniões entre parceiros do mesmo sexo.

A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união homoafetiva, em 1989, ao permitir o registro de parcerias civis. Os debates acerca desse tema iniciaram-se, porém, em 1968, com a apresentação de uma proposta de lei. Nos anos seguintes, instaurou-se uma forte discussão na sociedade sobre a extensão dos direitos que deveriam ser reconhecidos aos casais de mesmo sexo.

Ressalto que se passaram 21 anos desde a apresentação da primeira proposta de reconhecimento da união homoafetiva até sua efetiva aprovação pelo Parlamento dinamarquês. Nesse período, foram travados diversos debates e realizadas pesquisas de opinião pública.

ADI 4.277 / DF

O mesmo ocorreu na Holanda, primeiro país a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que os movimentos a favor de seu reconhecimento começaram a ter maior intensidade em 1991. Em 1994, foi apresentada a primeira proposta de formalização das uniões, que, aprovada, entrou em vigor em 1998. Uma nova legislação, estabelecendo o direito de os homossexuais usufruírem do mesmo instituto matrimonial reservado aos heterossexuais, passou a valer em 2001 (Cf. VARGAS, Fábio de Oliveira. op. cit., 2011, p. 101).

A legislação holandesa apresenta diversos detalhes, frutos de anos de discussões e avaliação de situações práticas. A Holanda possibilita, *v.g.*, a adoção de crianças por casais homossexuais, desde que passados três anos de convivência.

A união homoafetiva também é tratada com detalhes pela legislação da Alemanha, país em que desde 2001 vigora a “parceria civil homossexual”, instituída pela *Lebenspartnerschaftsgesetz (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de/lpartg/index.html. Acesso em: 3.5.2011).

Essa lei é resultado de uma discussão iniciada na década de oitenta e que continua em vigor após o início de sua vigência, com debates acerca da possibilidade de aumento do rol de direitos e deveres dos parceiros de mesmo sexo. A extensão do projeto de lei era bem maior do que o aprovado e acabou por ser reduzido após algumas concessões.

A lei alemã estabelece as condições para a união civil entre casais do mesmo sexo – iguais aos impedimentos do casamento – e elenca direitos e deveres existentes entre os companheiros da união homossexual, como a possibilidade de adotarem o mesmo sobrenome, o direito à herança e a assistência ao filho do companheiro morto.

Prevê, também, que parceiros homossexuais não podem adotar, mas institui que, caso um companheiro adote uma criança, o outro deverá consentir. Ainda faz referência ao casamento tradicional, indicando que, em algumas questões, é válido o estabelecido pelo Código Civil Alemão na parte referente ao matrimônio – por exemplo, no tocante ao regime de bens.

A análise exemplificativa do direito estrangeiro, que aqui sintetizei em três casos, evidencia que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países em que o adotaram. Não apenas antes da edição da norma regulamentadora, que costuma demandar prazo considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor.

A extensão das leis que a define e o estabelecimento de algumas restrições indicam que não se trata de assunto simples, mas, sim, de matéria que deve ser bastante deliberada e discutida.

Evidencia-se, ainda, haver um papel relevante do Estado em todas as suas esferas (legislativa, executiva, jurisdicional) para concretizar adequada normatização dessa questão.

3.3 - O reconhecimento da união homoafetiva como afirmação de direitos de minorias

Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, como já explicitado neste voto, de excesso de intervenção judicial, dizer-se que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Destaquei acima, inclusive, a contribuição do direito comparado neste tema, o que demonstra a complexidade e relevância deste debate. Mas é verdade, ainda, que o quadro que se tem no Brasil, como já foi aqui descrito, é de inércia, de dificuldades e de não decisão por razões políticas várias.

É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. **Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.**

ADI 4.277 / DF

A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG - *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis

ADI 4.277 / DF

efeitos jurídicos daí decorrentes.

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Ocorre que a falta de um modelo institucional que abrigue essa opção e sua proteção, que permita a institucionalização dessa relação social, acaba contribuindo para restrições indevidas e para um quadro de discriminação. Não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou aos direitos aqui elencados.

Nesse ponto, é importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o artigo 226, § 3º, multicitado:

"§ 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".

Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição.

É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado.

Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.

Daí decorre, então, um **dever de proteção**. Mas é preciso mais uma vez dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

Quanto à concretização desse dever de proteção, o que se percebe é o seu continuo esvaziamento, dada a ausência de um modelo legalmente institucionalizado e estabelecido pelo Poder Legislativo, o que também desestimula uma ação efetiva do Poder Executivo e, por vezes, serve de fundamento para a negativa de inúmeras demandas administrativas.

O reconhecimento de alguns aspectos dessa questão até tem ocorrido

na seara administrativa, embora na maioria dos casos isto tenha ocorrido no plano infralegal, com enorme dificuldade e com elevado grau de litigância, inclusive com desdobramentos nas vias judiciais. É interessante notar, nesse ponto, tratar-se de fenômeno gradual e que tem se constituído de forma segmentada e descontínua, a exemplo de sua aceitação para fins previdenciários e estatutários.

Vale destacar aqui algumas importantes ocorrências, que, como se poderá perceber, são estanques e não garantem – diante da precariedade dos atos regulamentares – um grau adequado de segurança jurídica.

3.4 - A insuficiente proteção decorrente da atuação administrativa regulamentar

No Brasil, sobretudo no âmbito federal, é recente a manifestação mais explícita do Poder Executivo de fomentar a regulamentação e proteção de direitos que, de alguma forma, poderiam estar relacionados ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. De certa maneira, isso permite evidenciar a dificuldade da extensão de efeitos jurídicos ao reconhecimento da união homoafetiva, o que, de fato, tem se dado de forma gradual e segmentada.

No âmbito da Administração Pública Federal, por exemplo, na área da Previdência Oficial a cargo do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), foi editada inicialmente a Instrução Normativa/INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000, posteriormente reformulada pela Instrução Normativa nº 50/2001, a qual estabeleceu procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários a parceiros homossexuais (pensão por morte e auxílio reclusão).

Em sentido semelhante, destaca-se a Portaria nº 513, de 9 de dezembro de 2010 do Ministério da Previdência Social, que estabelece que *“no âmbito do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991, que tratam dos dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”*.

Ressalte-se, contudo, que tal normatização decorreu de condenação da autarquia previdenciária em anterior ação civil pública que tramitou na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. Apesar desse avanço, há dificuldades de ordem prática, inclusive para efeitos de comprovação de dependência econômica, o que acaba por acrescer o número de negativas de concessão de benefícios.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, por seu turno, editou recentemente a Súmula Normativa n.º 12, de 4 de maio de 2010, com o seguinte teor: “1. Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde **pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo**”. (grifo nosso). Assim, faculta-se ao cidadão a possibilidade de inclusão de parceiro homoafetivo como beneficiário em planos privados de saúde, cabendo às operadoras definirem a forma como deverá se dar a comprovação da convivência mútua.

O Ministro da Fazenda aprovou, no ano de 2010, o Parecer PGFN/CAT/ nº 1.503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para permitir a inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Eis a ementa do referido parecer:

“Requerimento administrativo de servidora pública federal para inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Legitimidade do pleito. Falta de vedação legal ou constitucional. Princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana”. (Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc>. Acesso em: 3.5.2011)

Ademais, ressalte-se que, no ano de 2011, foi divulgado na imprensa nacional o ato do Ministro da Fazenda, Guido Mantega, que autorizou a inclusão de companheiros como dependentes, na união homoafetiva, para obter dedução fiscal na declaração do Imposto de Renda. Entretanto, o referido ato foi impugnado por meio de ação popular pelo Deputado Federal Ronaldo Fonseca, ao argumento de que tal possibilidade se restringiria à união estável entre homem e mulher

(<http://economia.uol.com.br/impostoderenda/ultimas-noticias/infomoney/2011/03/04/ao-fazer-a-declaracao-de-ir-casais-homoafetivos-devem-atentar-a-documentacao.jhtm>. Acesso em: 3.5.2011)

Em sentido semelhante, foi regulamentada a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração – CNI n.º 77, de 29 de janeiro de 2008 –, vinculado ao Ministério da Justiça, que dispõe, entre outros assuntos, sobre critérios para a concessão de visto, temporário ou permanente, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo (art. 1º).

A Lei Maria da Penha – Lei Federal 11.340, de 7 de agosto de 2006 – expressamente estabelece que toda mulher, **independentemente da orientação sexual**, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (art. 2º), bem como que a definição de entidade familiar, para efeitos de proteção desta lei, **independe de orientação sexual** (art. 5º, parágrafo único). Entretanto, há controvérsia sobre sua plena aplicabilidade a casais homoafetivos.

Também o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 39/2007, reconhecendo a possibilidade de inclusão de companheiro homossexual para fins de dependência econômica.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do Ato Deliberativo n. 27/2009, admitiu a inclusão de companheiro homoafetivo como beneficiário do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do Tribunal.

Cite-se também o Provimento nº 006/2004 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual institui o registro, no Cartório de Títulos e Documentos, de qualquer documentação relativa a uniões afetivas entre pessoas plenamente capazes, independentemente do gênero. Da mesma forma, destaca-se o Provimento 36/2010 da Secretaria da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e o Provimento 174/2010 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas.

Em semelhante sentido, destaca-se o Provimento nº 007/2010 do

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, em seu artigo 1º, determinou nova redação ao art. 775 do Provimento nº 20/2009, para nele incluir parágrafo único com o seguinte teor:

“Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que convivam afetivamente ou mantenham sociedade de fato, de forma contínua, pública, duradoura, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar contratos e documentos que digam respeito à referida relação jurídica ou que visem constituí-la na forma anteriormente prevista”.

Em maio de 2009, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República apresentou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, em que há descrição de diversas metas, entre as quais se destaca a de nº 1.2.34, que estabelece a ação, a cargo da Secretaria de Direitos Humanos, de mobilização parlamentar para aprovação de projetos que tratem de união homoafetiva.

O Ministério da Saúde lançou em 2010 a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, para ser implementada no Sistema Único de Saúde (SUS). Sua formulação seguiu as diretrizes do Governo expressas no Programa Brasil sem Homofobia, que foi coordenado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e que atualmente compõe o Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH 3).

O Presidente da República, por sua vez, editou o Decreto 7.388/2010, que dispõe sobre a composição, a estruturação, as competências e o funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), o qual tem diversas atribuições para organizar e fomentar políticas públicas que visem à garantia dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Além disso, por meio de Decreto de 4 de junho de 2010, o Presidente

ADI 4.277 / DF

da República institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.

A Ordem dos Advogados do Brasil, ainda, mediante a Portaria nº 016/2011, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, criou, em 15 de abril de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB.

O caráter recente e a precariedade jurídica da maioria dessas ocorrências (característica própria dos atos infralegais decorrentes do exercício do poder regulamentar da Administração), por vezes, conduz as controvérsias administrativas para as vias judiciais.

Não há dúvida de que o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, tenha se destacado entre os três Poderes no reconhecimento de uniões homoafetivas e dos direitos que delas advêm, em decorrência da necessidade de exercer a jurisdição, ainda que sem balizas legislativas e regulamentares muito claras.

Há algumas decisões que se valeram dos princípios gerais do direito e da analogia com a legislação referente às uniões estáveis heterossexuais, para protegerem parcerias homoafetivas. Essa aproximação já foi feita, inclusive, não apenas para reconhecer direitos daí decorrentes, mas também para ressaltar deveres jurídicos.

Nesse sentido, menciono decisão do Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564, de minha relatoria, julgado em 1º.10.2004, em que se reconheceu a relação homoafetiva, a fim de declarar-se a inelegibilidade reflexa de pré-candidata ao cargo de prefeito, que mantinha relação de convivência com a prefeita reeleita do Município de Viseu/PA, *in verbis*:

“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento”.

Essas e outras decisões têm enfrentado problemas pontuais por parceiros homossexuais, relacionados à herança, à sucessão, ao direito previdenciário, por exemplo, e impulsionam a aceitação social e a proteção jurídica dessas relações, que já não podem ser negadas.

Certamente, essas relações não estão à margem do Direito, pois a própria Constituição estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais desta nação.

Em obra sobre a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Ingo Sarlet leciona que, *“considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”*. (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109)

Nesse contexto, além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, por exemplo, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual.

Ocorre que esse tema, como antes ressaltado, é extremamente delicado, e o reconhecimento e a proteção dessas relações perpassam uma série de concepções culturais, filosóficas, religiosas, entre outras, que demandam tempo para consolidação pela sociedade.

E, como já enfatizado, o que se constata é a ausência de uma legislação que estabeleça um modelo institucional que confira um mínimo de segurança jurídica e efetividade a esses direitos, o que inviabiliza um adequado nível de proteção exigido para a defesa de direitos fundamentais básicos, aqui já afirmados.

Essas considerações abrem espaço, ainda, para se indagar sobre o

ADI 4.277 / DF

relevante problema das lacunas constitucionais e a busca de uma fórmula de resolução da controvérsia no âmbito do controle de constitucionalidade.

4 - O PROBLEMA DAS LACUNAS VALORATIVAS OU AXIOLÓGICAS E A IDEIA DA APLICAÇÃO DO PENSAMENTO DO POSSÍVEL

A Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe textualmente sobre a união homoafetiva. De outro lado, também não a veda de forma expressa. No seu art. 226, define-se a família como base da sociedade, a qual tem especial proteção do Estado.

Em análise preliminar deste dispositivo, verifica-se no texto constitucional a indicação de que a entidade familiar pode se configurar a partir do casamento (§1º e §2º), da união estável entre o homem e mulher (3º) e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º) – denominada pela doutrina como família monoparental.

Como já destaquei anteriormente, a questão da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, **mas, sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.**

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, *a priori*, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da

vedação à discriminação por sexo e, em sentido mais amplo, por orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo.

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta lembrar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.

Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa.

Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, em sentido semelhante ao que explicitou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação doutrinária, uma lacuna valorativa ou axiológica.

É que se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa não disciplina normativa do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo.

Eu até ressaltava, certa vez em aula ministrada aos alunos da Universidade de Brasília (UnB), não faz muito, a importância desse modelo de proteção institucional. A esse respeito, cumpre lembrar aqui um exemplo interessante.

ADI 4.277 / DF

Quando ainda estudante de direito da Universidade de Brasília, lembro-me de que acompanhei aquela movimentação toda que se fez, à época, em torno da chamada **emenda do divórcio**.

Era fato notório naquela época que muitas pessoas tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional. A repercussão sobre a situação dos filhos era evidente. Até por uma dessas ironias da história, o movimento político era tão forte, liderado pelo Senador Nelson Carneiro, que já havia a maioria no Congresso Nacional para a aprovação, mas não havia ainda a maioria constitucional.

Como veio o denominado Pacote de Abril (1977), o Presidente Geisel cuidou de reduzir o *quorum* para aprovação de emenda constitucional. Acabou assim, por ironia, viabilizando a aprovação da emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquela situação de fato, há muito tempo consolidada.

Por isso, essa questão da proteção por um modelo institucional de garantia de direitos fundamentais básicos é aqui extremamente relevante, à semelhança do que foi esse exemplo da regulamentação do divórcio.

É claro que não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo.

Sabemos que toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve como foco uma situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham sempre esse caráter tópico.

A decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564 (julgado em 1º.10.2004), de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do

mesmo sexo que viviam em condição de união estável. Transcrevo, mais uma vez, a ementa do referido julgado:

“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento”.

Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.

Então, citei naquela oportunidade um voto do notável Ministro Ruy Rosado, do STJ, no julgamento do Resp nº 148.897. Ele dizia:

"A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união - embora criticada - existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o

direito civil comum abrange e regula”.

“Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: 'Oui, monsieur, l'amour'. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante”.

Então, com base nesses fundamentos, naquela situação eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos, tendo em vista que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal.

Passo a analisar outro aspecto que me parece importante de ser mencionado para a solução deste caso – e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões.

É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico.

Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

A propósito da questão ora debatida, avivou-me a memória a reflexão de Gustavo Zagrebelsky, ao tratar sobre o ethos da Constituição

ADI 4.277 / DF

na sociedade moderna, em seu célebre trabalho sobre "O Direito Dúctil – il diritto mitte", no qual ele diz o seguinte:

“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma” (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 3ª. edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13).

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

*“No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a **scientia juris** – não deveria obstaculizar a atividade própria da **jurisprudencia** de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto” (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil., cit., p. 16).*

Por isso, concluí que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”.

É o que nós temos no caso deste julgamento. O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.

Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:

*“Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do **aut-aut**, do “ou dentro ou fora”. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do **et-et** e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um “modo de pensar do possível” (Möglichkeitsdenken), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental “possibilista” representa para o pensamento o que a “concordância prática” representa para a ação” (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 17).*

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que “alternativa enquanto pensamento possível

afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

A propósito, anota Häberle de forma muito clara:

*“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3).*

Ainda nessa linha, observa Häberle que, *“para o estado de liberdade da res publica afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”*. Daí ensinar que *“não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas”* (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

Lembro-me de já ter destacado essa questão do pensamento do

ADI 4.277 / DF

possível para resolver, à época, dois casos importantes, um aqui no Supremo Tribunal Federal e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Primeiramente, no âmbito do STF, tratava-se de um caso muito mais técnico, aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos Tribunais Regionais do Trabalho. Ressaltei à época que a Constituição era muito clara. Dizia que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho Superior do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas e foram compostas listas sêxtuplas da seguinte maneira: o Presidente da República escolheu os juízes do trabalho – hoje denominados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então o ajuizamento de uma ADI proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil contra essa norma do Conselho Superior do Ministério Público.

E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral da República à época – o Dr. Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes. Coube a mim, então, fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes, que foram admitidos porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno vigente e antes do advento da Lei nº 9.868/99.

Eu trouxe, então, essas considerações para dizer que, naquele caso, era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros. Até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas: ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a

ADI 4.277 / DF

ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida, ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de *checks and balances* que está no texto constitucional.

Assim, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível" e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação.

E, para isso, então, à época, eu citei também uma passagem da obra de Perelman naquele julgado, a chamada Lógica Jurídica, na qual narra um caso interessantíssimo e chega, então, à seguinte conclusão:

“Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.

‘A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes ‘são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição’, e o artigo 130 diz expressamente que ‘a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte.’ (A. Vanwelkenhuyzen, De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo.(...)” (Perelman, Chaïm. Lógica Jurídica, trad. Vergínia K. Pupi. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p.105).

Ressaltei que Perelman responde à indagação sobre a legitimidade

ADI 4.277 / DF

da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

“Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental”.

E, aí, Perelman reproduz, então, a citação do parecer do mencionado Procurador-Geral:

"Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos". (Vanwelkenhuysen, *Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348-349). (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p.106).

Nessa linha, destaco a conclusão de Perelman:

“Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, contra legem. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas ‘pela força dos acontecimentos’, ‘por força maior’, ‘pela necessidade’”. (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit. p. 107).

Ainda no julgamento daquele caso no STF, eu destaquei outros aspectos, inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos o Ministério Público – artigo 68 do CPP – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o artigo 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que ali havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

Já em outro momento, em julgamento ocorrido no TSE, eu me lembro, também, de que tivemos um caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. Cuidava-se de pedido formulado por várias pessoas para que, naqueles casos da chamada deficiência grave, houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. Eram, sobretudo, familiares que reclamavam que determinadas pessoas estavam tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral a cada dois anos, desincumbindo-se, assim, da obrigação de comparecer à votação ou de fazer a justificação eleitoral.

A leitura do artigo 14 da Constituição – diziam muitos dos colegas na Justiça Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de 70 anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Esses dois exemplos ilustram bem a importância da possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível para casos como o da união homoafetiva.

A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, **poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber:** os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção

institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

5 - CONCLUSÃO DO VOTO

Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, **embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicitações em relação à divergência de minha fundamentação.**

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º),** mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, **evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que,**

ADI 4.277 / DF

de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.

Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas.

Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da **aplicação das regras de vedação ao nepotismo**, por exemplo. Em relação à **legislação eleitoral**, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos os efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria, ainda, a reflexão de sua **repercussão no âmbito penal**.

Caberia aqui também indagar sobre a exigência de observância do princípio da reserva legal e a aplicabilidade de determinados tipos penais ao se reconhecer, desde logo, a equiparação acrítica e irrestrita da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável entre homem e mulher. Relembro, ainda, a discussão em torno da possibilidade de aplicação da

Lei Maria da Penha (Lei 11.343/2006) para esses casos.

Essas questões, *mutatis mutandis*, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma, é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

Destaco que a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a nossa decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, como decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.

Ainda em relação a esse diálogo institucional entre os Poderes, é interessante ressaltar mais uma vez os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. Por vezes, afirma-se que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e alega-se, então, que

nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária.

Recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, há até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se alguém compulsar os debates no Congresso Nacional, verá que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional. Mas o prognóstico político não se confirmou e, gerou, então, nova controvérsia, pois o Supremo não confirmou aquela expectativa.

Contudo, no presente julgamento, nós temos outra singularidade: há um tipo de inércia legislativa relacionada a um dever de proteção de direitos fundamentais básicos, de direitos de minoria. Isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma a ser editada pelo Congresso Nacional como única condição possível. Nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção, por exemplo.

Neste caso, isto me parece muito claro, estamos a tratar de proteção dos direitos fundamentais. Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também foi destacado no voto do Ministro Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação. Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem.

Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se,

de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Destaco, por fim, a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de falta de proteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados.

Neste ponto, ressalto uma passagem muito expressiva à qual já fiz menção quando discutimos o caso das células-tronco, a respeito do ensinamento de Robert Alexy, quando diz que *“o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional o representa argumentativamente”*. Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

“O princípio fundamental: 'Todo poder estatal origina-se do povo' exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do

ADI 4.277 / DF

tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados". (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.)

Então, com essas considerações, assentando, portanto, minhas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a distinta perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado e, também, o de todos os votos aqui proferidos.

É como voto.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, devo uma explicação, uma satisfação ao Plenário, porque, quando atuo no Colegiado como vogal, costumo fazê-lo de improviso, deixando fluir o espírito, a alma, a partir de formação técnica e humanística. Mas a envergadura do tema, o interesse em um esclarecimento, em uma elucidação da sociedade como um grande todo, consideradas maiorias e minorias, levou-me, no caso, a redigir voto.

Acompanho o relator quanto ao recebimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade. O recebimento é parcial porque, em parte, o pedido ficou prejudicado.

Passo, então, a exteriorizar o convencimento a respeito desse momentoso e importantíssimo tema, ligado à extensão do instituto da união estável à relação homoafetiva.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na assentada de ontem, proclamou-se o prejuízo parcial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, levando-se em conta a edição de lei estadual que implicou a extensão dos benefícios previstos nos artigos 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, aos servidores públicos civis que tenham constituído uniões homoafetivas. O pedido residual de reconhecimento de incompatibilidade entre as decisões administrativas e judiciais mencionadas na petição inicial e a Constituição Federal foi recebido como ação direta de inconstitucionalidade com mesmo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Considerada a identidade de pedidos, articulo um único voto sobre o tema.

O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas.

Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002?

A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão somente à união estável entre

homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo (“União entre pessoas do mesmo sexo”, *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo.

Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na *Folha de São Paulo*, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

No fecho do artigo, fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado

Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social.

No campo da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Petição nº 1.984, embora por vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada.

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero (Os pontos de vista estão expressos nas obras seguintes: H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963 e Patrick Devlin, *The enforcement of morals*, 1966).

Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa normal (*right-minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum?

Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da

ADI 4.277 / DF

incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.

Ao longo do tempo, os argumentos de Hart acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia.

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã (In *Enciclopédia do Holocausto*, United States Holocaust Museum, disponível em <http://www.ushmm.org/>). A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre

ADI 4.277 / DF

Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação.

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de

ADI 4.277 / DF

preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.

As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em

ADI 4.277 / DF

que ainda há a proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas áreas da Índia.

Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões pouco elogiosas – lembrem-se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas.

A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei nº 6.515/77, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias.

O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Segundo Gustavo Tepedino: “A Constituição da República traduziu a nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família” (“A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo”, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que “agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação” (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão.

ADI 4.277 / DF

O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família.

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto “instituição-fim em si mesmo”, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2010, p. 43).

Consoante Pietro Pierlingieri, a “família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função” (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.

ADI 4.277 / DF

Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado “constitucionalização do Direito”, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil.

Esse ramo do Direito voltou-se à tutela das situações jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. O Direito Civil é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como “a Constituição do homem comum”.

O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao “ter”. O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Bevilácqua concernia a questões patrimoniais.

O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma “virada de Copérnico”, foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do “ser”, da personalidade, da existência.

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de

ADI 4.277 / DF

nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, “convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias” (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial.

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmiento (“Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais”. *In Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*, 2008, p 644), estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.

Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos homossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de

ADI 4.277 / DF

hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum.

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do “valor dos valores”, do “ponto de Arquimedes no Estado constitucional” (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão “dignidade humana” conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma “zona de certeza positiva” no tocante aos elementos essenciais do conceito.

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao

ADI 4.277 / DF

projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam

ADI 4.277 / DF

aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.

Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso “Cláusula de Barreira”.

Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com

ADI 4.277 / DF

intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1980, p. 104, ressalta:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de

ADI 4.277 / DF

1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

05/05/2011

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero destacar, antes de mais nada, Senhor Presidente, o *magnífico* voto **proferido** pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator **da presente** causa, bem assim registrar a *excelência* dos pronunciamentos dos eminentes Juízes desta Suprema Corte **que me precederam** neste julgamento, **além de ressaltar** as *valiosíssimas* sustentações orais aqui produzidas, seja pelas partes, seja pelos terceiros que intervieram como "*amici curiae*".

Também não posso deixar de aludir à *primorosa peça processual*, **da lavra** da eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, que, **agindo** na condição de Procuradora-Geral da República, *em exercício*, **propiciou** o exame, **por parte** deste Tribunal, de uma *relevantíssima* questão de índole constitucional.

I. A intervenção do "amicus curiae": fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal

Com a efetiva atuação das partes e, *ainda*, com a **intervenção** de *diversas* entidades e instituições *representativas* da sociedade civil, **pluralizou-se** o debate constitucional em torno da

ADI 4.277 / DF

matéria ora em julgamento (**ADI 2.321-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) **e permitiu-se** que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, **viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação** da grave questão **pertinente** à *legitimidade democrática* das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, "**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**", 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**", p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, "**Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**", p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, "**Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?**", 2010, Saraiva, *v.g.*), **quando no exercício** de seu *extraordinário poder* de efetuar, **em abstrato**, o controle concentrado de constitucionalidade.

Este Supremo Tribunal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **qualifica-se** – *tal como salienta* o eminente Ministro GILMAR MENDES ("**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**", p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) – **como "mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional"**, **em ordem a pluralizar, em abordagem** que deriva da abertura material da Constituição, **o próprio debate** em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, "**As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional**

ADI 4.277 / DF

no Direito Brasileiro", "in" RDA 211/125-134, 133), conferindo-se, desse modo, **expressão** real e efetiva ao princípio democrático, tudo para que não se instaure, **no âmbito** do controle normativo abstrato, **um indesejável deficit** de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal **profere** no exercício, *em abstrato*, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.

É, portanto, nesse papel de intermediário **entre** as *diferentes* forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal **atua** neste julgamento, **considerando**, *de um lado*, a **transcendência** da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e **tendo em vista**, *de outro*, o **sentido legitimador** da intervenção de representantes da sociedade civil, *a quem se ensejou*, **com especial destaque** para grupos minoritários, a **possibilidade** de, *eles próprios*, oferecerem *alternativas* para a interpretação constitucional **no que se refere** aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.

Feitas tais considerações, **passo a examinar**, Senhor Presidente, a *relevantíssima* questão constitucional ora em julgamento, **pedindo licença**, *no entanto*, para breve digressão histórica **em torno** do tema **subjacente** à presente causa.

II. A repressão ao "pecado nefando": do "Liber Terribilis" das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar

Se revisitarmos a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, e analisarmos as punições cominadas no Livro V das Ordenações do Reino, **conhecido** como "*liber terribilis*", **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio *prodigalizava* a pena de morte, **iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa)** com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais.

É interessante observar que as Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas** por *evidente hostilidade* aos atos de sodomia, **também** qualificada como "*pecado nefando*" (ou, na *expressão literal* daqueles textos legislativos, **como** "*cousa indigna de se exprimir com palavras: coisa da qual não se pode fallar sem vergonha*", **cominaram** sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do "*supplicium extremum*" **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por "*desviantes*", **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, em **Dissertação** de Mestrado ("**Vício dos Clérigos: A**

ADI 4.277 / DF

Sodomias nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa", Niterói, UFF, 2010):

"As 'Ordenações' do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as 'Ordenações Afonsinas'. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As 'Ordenações Manuelinas' (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que 'todos seus bens sejam confiscados para a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor'.

Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, 'em segredo ou em publico'. Aquele que soubesse de algum 'desviante' e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, 'e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)'. As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante.

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de

ADI 4.277 / DF

seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao 'descobridor', quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

.....
Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. **O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer.** A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, passou a ser punida gravemente com a pena do degredo para as galés 'e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia do peccado':

(...)

Dois testemunhas de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia. As 'Ordenações Afonsinas' observaram apenas os atos sodomíticos em si e as 'Ordenações Manuelinas' incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os 'tocamentos desonestos' não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou 'vacilantes' foi um procedimento

judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...).

Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as 'Ordenações Manuelinas' **aconselhavam** que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com 'medo da dor', ratificasse uma falsa confissão. (...).

As três 'Ordenações' não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. **As chamadas 'Leis Extravagantes' também tiveram o mesmo objetivo.** Em 09 de março de 1571, uma 'Lei Extravagante', **promulgada por D. Sebastião, ditava** que 'as Pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado'. **Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molície, em que se determinava** que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com baraço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de 'melhor qualidade', seriam degredadas para Angola, sem remissão. **Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, 'perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios'.**" (grifei)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa **promoveu** contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, **intensificou-se, ainda mais, com o processo** de expansão colonial lusitana, **a ponto** de el-Rei D. Sebastião, **preocupado** com as relações homossexuais **entre** portugueses e os povos por estes conquistados, **haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala** o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT ("Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial").

ADI 4.277 / DF

Naquela fase de nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra "Confissões da Bahia"), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ("A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil"):

"As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.

A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em

ADI 4.277 / DF

pó, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis." (grifei)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício somente tenha ocorrido no final do Século XVI, com a sua Primeira Visitação à Bahia (1591), o fato é que, culminando um processo de negociações diplomáticas iniciadas, ainda, sob D. Manuel I, o Venturoso, a Inquisição foi instituída, em Portugal, no reinado de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, que promulgou a Bula "Cum ad nihil magis", de 23/05/1536, que restaurou anterior documento pontifício, com igual denominação e finalidade, editado, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, "Religião e Ordem Social", "in" Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, "Os Equilíbrios Sociais do Poder", "in" História de Portugal, organizada por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), refletiu, naquele momento histórico, a forte influência resultante do Concílio de Trento (1545-1563), cujas deliberações – as denominadas resoluções tridentinas – exacerbaram, ainda mais, a reação hostil ao comportamento homossexual, valendo lembrar, por oportuno, o registro feito por VERONICA DE JESUS GOMES (op. cit.):

"Marcado por 'um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando

ADI 4.277 / DF

mesmo a interpenetrar-se', o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como 'tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio'.

.....
Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo 'Concílio de Trento', não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos 'desvios morais', isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob jurisdição civil e eclesiástica. As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguia a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus." (grifei)

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, **foi inicialmente tratada** sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, "Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome"), experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação, **como resulta claro** da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, **que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito** das organizações castrenses (**CPM**, art. 235), **o que tem levado** alguns autores (MARIANA BARROS

ADI 4.277 / DF

BARREIRAS, "Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM", "in" "Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, "Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?", v.g.) a sustentar a inconstitucionalidade material de referida cláusula de tipificação penal, não obstante precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

III. O reconhecimento, por imperativo constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais **menos** antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório **que tem sido dispensado à vivência homoerótica** em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto *que puna, que exclua, que discrimine,*

ADI 4.277 / DF

que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, *minoritários ou não*, **que integram** a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminente* constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, pois, *em assim agindo*, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra **impregnado** de densa significação histórica –, **estará viabilizando a plena realização dos valores** da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, **que representam** fundamentos essenciais à **configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.

Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza **certamente** marcará a vida deste País e **imprimirá** novos rumos à causa da comunidade homossexual.

ADI 4.277 / DF

Busca-se, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, a **consecução** de um fim revestido **de plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **estimula** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – como esta que ora é proferida pelo Supremo Tribunal Federal – **que põem termo** a *injustas divisões*, fundadas em preconceitos inaceitáveis e **que não mais resistem** ao espírito do tempo, **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, **inviabilizavam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns.

Com este julgamento, o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação e **contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, o que torna

ADI 4.277 / DF

imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

É por tal razão que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva 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 quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início da segunda década do terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em inadmissíveis

ADI 4.277 / DF

fórmulas preconceituosas, 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 lembrar, neste ponto, tal como eu já o fizera em decisão por mim proferida na ADI 3.300-MC/DF, de que fui Relator, a

ADI 4.277 / DF

notável lição ministrada pela eminente Desembargadora, **hoje** ilustre Advogada, 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 destacar, ainda, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 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)

ADI 4.277 / DF

" (...) **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 passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar** e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, **deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais**, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão."

(**Revista do TRF/4ª Região**, vol. 57/309-348, 310, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA - grifei)

ADI 4.277 / DF

IV. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar

*De outro lado, Senhor Presidente, **convencem-me, inteiramente, as razões** excelentemente expostas pelo eminente Relator, **no ponto** em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido.*

*Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, **no que concerne** ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões **entre** pessoas do mesmo sexo, **a existência** de lacuna voluntária ou **consciente** (NORBERTO BOBBIO, "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), **de caráter** axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de "silêncio eloquente", capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, **no sentido** de que a união estável homoafetiva **qualifica-se, constitucionalmente, "como entidade familiar"** (CF, art. 226, § 3º).*

Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observação de DANIEL SARMENTO ("**Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 619/659, **649/652**, 2008, Lumen Juris), **cuja lição, apoiando-se em consistente**

ADI 4.277 / DF

interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição, **corretamente enuncia o exato sentido** da norma constitucional em referência:

"Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável **entre pessoas do mesmo sexo é a redação** do art. 226, § 3º, da Constituição, **segundo o qual** 'para o efeito de proteção do Estado, **é reconhecida** a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.'

Os adversários da medida alegam que o preceito em questão **teria barrado a possibilidade** do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, **pelo menos enquanto não fosse** aprovada emenda **alterando** o texto constitucional. **Contudo**, o argumento, que se apega **exclusivamente na literalidade** do texto, **não procede**.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, **em que pese** o seu caráter compromissório, **não é apenas** um amontado de normas isoladas. **Pelo contrário**, **trata-se** de um sistema aberto de princípios e regras, **em que cada um dos elementos deve ser compreendido** à luz dos demais. **A noção de sistema** traduz-se num importantíssimo **princípio** de hermenêutica constitucional, **que é o da unidade da Constituição**. (...).

No sistema constitucional, **existem** princípios fundamentais **que desempenham** um valor mais destacado no sistema, **compondo** a sua estrutura básica. (...). **No caso brasileiro**, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. **O constituinte já tratou de fazê-lo** no Título I da Carta, **que se intitula exatamente** 'Dos Princípios Fundamentais'. **E é lá que vão ser recolhidas** as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: **princípios** da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, **dentre outros**.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - **como o nosso § 3º do art. 226 -**, **deve buscar a inclusão e não a exclusão** dos estigmatizados; **a emancipação dos grupos**

ADI 4.277 / DF

vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

(...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

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

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

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a 'inclusão', como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais." (grifei)

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, por sua vez, expondo esse mesmo entendimento e ao também afastar a objeção fundada na estrita literalidade do texto normativo inscrito no § 3º do art. 226 da Constituição (que se refere à união estável "entre o homem e a mulher"), expendeu, a meu juízo, considerações que corretamente enfatizam que essa alusão à diversidade de gênero "não traduz uma vedação de extensão do mesmo regime às relações

ADI 4.277 / DF

homoafetivas", pois – segundo assinala esse ilustre jurista –, **"*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**" (grifei).**

E aduz, ainda, em seu douto magistério:

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

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, **entendo** que a **extensão**, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável **entre** pessoas de gênero distinto **justifica-se e legitima-se** pela direta incidência, dentre outros, dos princípios **constitucionais** da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica **e do postulado constitucional implícito que**

ADI 4.277 / DF

consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

V. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional

Examino, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, refiro-me, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo

ADI 4.277 / DF

Arco-Íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas **que mantêm** relações homoafetivas **representam** "parcela minoritária (...) da população", **como esclarecem** dados que a Fundação IBGE **coligiu** no Censo/2010 **e que registram a existência declarada**, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

Esse aspecto da questão **talvez explique** a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema** de direito positivo, **de inovações** fundadas nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea.

O Poder Legislativo, *certamente influenciado* por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **inferno**, **no que se refere** à qualificação da união estável homoafetiva **como** entidade familiar, **à necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro **de submissão** de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que**

ADI 4.277 / DF

compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois, ninguém o ignora,** o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material** de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade e da liberdade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as **observações** que fez, **em precisa abordagem** do tema, **o Grupo Arco-Íris** de Conscientização Homossexual:

"O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe

de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Ao não estabelecer regras jurídicas que regulem a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, **o Poder Legislativo** - representando a maioria da população brasileira - **exclui, marginaliza e diminui** o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. **Retira-lhes** a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, **o Judiciário** é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, **garantindo** o livre exercício da liberdade e igualdade, **atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há** certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, **em prol** dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença **entre** pessoas e cidadãos **com base** em sua sexualidade. **Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir** o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais **e é igualmente inconstitucional** excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, as opiniões morais ou religiosas que condenam as relações homossexuais. **Ainda** que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), **nem a maioria, nem mesmo a unanimidade** dessas opiniões, **está acima** da Constituição.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar **como poder contramajoritário;** de proteger as minorias **contra** imposições dezarrazoadas ou indignas das maiorias. **Ao assegurar** à parcela **minoritária** da população o direito **de não se submeter** à maioria, o Poder Judiciário **revela** sua verdadeira força **no equilíbrio** entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais." (grifei)

ADI 4.277 / DF

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a **intangibilidade** de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena

ADI 4.277 / DF

legitimação material do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, por organizações minoritárias, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de *democracia constitucional*, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“Judiciário e Minorias”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

“A Constituição **verdadeiramente** democrática **há de garantir** todos os direitos **das minorias e impedir toda prepotência**, todo arbítrio, toda opressão **contra elas. Mais que isso** – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, **deve atribuir** um relevante papel institucional **às correntes minoritárias mais expressivas**.

.....
Na democracia, governa a maioria, **mas** – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, **não pode oprimir a minoria**. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de **oposição institucional**, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da **oposição** é o de formular propostas alternativas às idéias e ações **do governo da maioria** que o sustenta. **Correlatadamente**, crítica, **fiscaliza**, aponta falhas e censura a maioria, **propondo-se**,

ADI 4.277 / DF

à opinião pública, como alternativa. **Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios** da relação de administração.

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação** e influência da **minoría**, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a **república faz da oposição instrumento institucional de governo**.

.....
É imperioso que a Constituição **não só garanta a minoría** (a oposição), **como ainda lhe reconheça direitos e até funções**.

.....
Se a maioria souber que - por obstáculo constitucional - **não pode prevalecer-se** da força, **nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoría**, então os compromissos **passam a ser meios de convivência política**. (...)." (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema **ao enfatizar** - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - **que a essência democrática** de qualquer regime de governo **apóia-se** na existência **de uma imprescindível harmonia entre** a "Majority rule" **e** os "Minority rights":

"A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que

ADI 4.277 / DF

não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias políticas** vencidas nas eleições. O **princípio majoritário** é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O **princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias**, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas **com o devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas 'Considerations on Representative Government', quando fala da verdadeira e da falsa democracia ('**of true and false Democracy**'): 'A falsa democracia é só representação da maioria, **a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias**. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante **entre maioria e minoria**." (grifei)

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

ADI 4.277 / DF

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter conseqüências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou simplesmente** formal, **torna-se necessário assegurar**, *às minorias*, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, a **plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, *sem distinção*, são assegurados.

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística*, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias

ADI 4.277 / DF

fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Daí a inteira procedência da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, na petição inicial que subscreveu na condição de Procuradora-Geral da República:

“Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

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

.....
88. É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua

ADI 4.277 / DF

família, **sob o amparo** da lei, com pessoas do sexo **para o qual** se orienta a sua afetividade. **Ao não conhecer** a união entre pessoas **do mesmo** sexo, o Estado **compromete** a capacidade do homossexual **de viver a plenitude** da sua orientação sexual, **enclausurando** as suas relações afetivas no 'armário'. **Esta negativa**, como salientou Luis Roberto Barroso, **embaraça** 'o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, **depreciando** a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

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

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

VI. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana

Enfatizo, na linha do que acentuei em passagem anterior deste voto, **que a proposta** ora veiculada nesta sede de controle abstrato **encontra** suporte legitimador em princípios fundamentais, **como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da

ADI 4.277 / DF

autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade.

Assume papel relevante, nesse contexto, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON

ADI 4.277 / DF

FACHIN, “**Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**”, 2008, Renovar, v.g.).

Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra **gravemente** comprometido, **quando** o Congresso Nacional, **influenciado por correntes majoritárias, omite-se** na formulação de medidas **destinadas** a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – **representa** derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como **um dos mais** significativos *postulados constitucionais implícitos* **cujas raízes** mergulham, *historicamente*, **na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas idéias iluministas, **precedidas, no ponto, pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL (“**Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana**”, p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que *“Jefferson estava em condições de*

ADI 4.277 / DF

aproveitar o trabalho de muitos outros, **inclusive** o de George Mason, **que acabara** de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia" (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("A Declaração de Independência dos Estados Unidos", p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

"Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica." (grifei)

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário **que confere** suporte teórico ao **neoconstitucionalismo**, em ordem a permitir, numa perspectiva de

ADI 4.277 / DF

implementação concretizadora, **a plena realização**, em sua dimensão global, **do próprio** texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia **o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**, em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar **ou**, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (**ADI 3.300-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **STA 223-AgR/PE**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade, um "importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais"**, **como anota o ilustre** Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho ("**O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal**").

Desnecessário referir a circunstância de que a **Suprema Corte** dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio **em**

ADI 4.277 / DF

*alguns precedentes – **como** In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872), Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus "rulings" **no conceito de busca da felicidade** ("pursuit of happiness"), **imprimiu-lhe** significativa expansão, **para**, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos **de casar-se** com pessoa de outra etnia, **de ter a custódia** dos filhos menores, **de aprender** línguas estrangeiras, **de casar-se novamente**, **de exercer** atividade empresarial **e de utilizar** anticoncepcionais.*

Vale mencionar o fato de que **a busca da felicidade foi também positivada**, no plano normativo, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e** da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

ADI 4.277 / DF

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto *idéia-força* que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos** que impedem a **pretendida qualificação** da união civil homossexual como entidade familiar.

VII. O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas *do mesmo* sexo **como entidade familiar, desde** que presentes, quanto a ela, **os mesmos** requisitos **inerentes** à união estável **constituída** por pessoas de gêneros distintos, **representará** o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, **por repousarem** a sua existência **nos vínculos** de solidariedade, de amor **e** de projetos de vida em comum, **hão de merecer o integral amparo** do Estado, **que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo** tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

ADI 4.277 / DF

Incensurável, quanto a tal aspecto, a observação feita pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 20):

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

69. Pelo contrário, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos, que são, hoje, amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica." (grifei)

Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.

Nesse sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS ("**A Homoafetividade Como Direito**", "in" "**Novos Direitos**", coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), de cuja lição extraio o seguinte fragmento:

"O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda

ADI 4.277 / DF

transformação. **O princípio da igualdade** ocasionou uma verdadeira revolução **ao banir** as discriminações **que existiam** no campo das relações familiares. **Num único dispositivo,** o constituinte **espancou** séculos de hipocrisia e preconceito. **Além de alargar** o conceito de família **para além** do casamento, **foi derogada** toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, **bem como** a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, **independentemente** da celebração do casamento, **vincou um novo conceito,** o de entidade familiar, **albergando vínculos afetivos outros."** (grifei)

Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos **mais significativos** da família moderna, **qualificando-se,** para além de sua dimensão ética, **como valor** jurídico **impregnado** de *perfil constitucional* - tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "**Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey - GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "**Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**", p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas - MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "**Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**", p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, v.g.), valendo destacar, em razão de sua extrema pertinência, a ênfase que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("**Manual da Homoafetividade**", p. 220/221, item n. 2.5.3,

ADI 4.277 / DF

2008, Editora Método) **atribui** ao afeto, **nele divisando verdadeiro** "princípio jurídico-constitucional":

"(...) mudou-se o paradigma da família: de uma entidade fechada dentro de si, válida por si mesma, passou a existir somente em função do amor entre os cônjuges/companheiros, tendo em vista que a sociedade passou a dar mais relevância à felicidade, portanto à afetividade amorosa, do que à mera formalidade do casamento civil ou a qualquer outra forma preconcebida de família.

Nesse sentido, **o reconhecimento** do 'status' jurídico-familiar da união estável, por si, **alçou o afeto à condição** de princípio jurídico implícito, **na medida em que é ele, afeto** (amor romântico, no caso), **o motivo que faz com que duas pessoas** decidam manter uma união estável. **O elemento formador** da família contemporânea é o 'amor familiar', **mas é o amor romântico** que dá o passo inicial para a constituição da união estável, embora haja outros argumentos a corroborar a afirmação de que o afeto é um princípio jurídico.

.....
 (...) **Com efeito, a partir do momento** em que a Constituição Federal **reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa** à condição de princípio constitucional implícito, **que pode ser extraído** em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, **que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional** (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

Essa evolução social quanto à compreensão da família **elevou o afeto** à condição de princípio jurídico **oriundo** da dignidade da pessoa humana **no que tange** às relações familiares, **visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto** e não por meras formalidades como a do casamento civil. **Assim, 'o princípio do afeto** é um princípio constitucional implícito, **decorrente** da dignidade da pessoa humana e,

ADI 4.277 / DF

ainda, da própria união estável', que tem, nele, o principal elemento para reconhecimento do 'status' jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas." (grifei)

Também o eminente Professor (e **ilustre** membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (*op. cit.*, p. 643) revela igual percepção em torno dessa particular questão, **reconhecendo**, no afeto, enquanto valor jurídico-constitucional, **um elemento fundamental** (e *preponderante*) **na esfera** das relações do direito de família, **inclusive** no âmbito das uniões **entre** pessoas do mesmo sexo:

"Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais." (grifei)

VIII. Princípios de Yogyakarta: o direito de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero

Torna-se importante assinalar, por relevante, que a postulação ora em exame **ajusta-se** aos Princípios de Yogyakarta, **que traduzem** recomendações **dirigidas** aos Estados nacionais, **fruto de conferência** realizada, na *Indonésia*, em novembro de 2006, **sob a**

ADI 4.277 / DF

coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação** à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o Princípio nº 24, cujo teor assim dispõe:

"DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação **com base** na orientação sexual ou identidade de gênero **de qualquer** de seus membros.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação **com base** na orientação sexual ou identidade de gênero **de qualquer** de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

.....

ADI 4.277 / DF

f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo; (...)." (grifei)

IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito

ADI 4.277 / DF

incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - **que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental, **tal como tem advertido** o Supremo Tribunal Federal:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia

ADI 4.277 / DF

governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas em **desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um '**facere**' (atuação positiva), **gera a inconstitucionalidade por ação**.

- **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em conseqüência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse '**non facere**' ou '**non praestare**', resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público. (...)."

(**ADI 1.458-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A percepção da gravidade **e** das conseqüências lesivas **derivadas** do gesto infiel do Poder Público, **que transgride**, por omissão **ou** por insatisfatória concretização, **os encargos** de que se tornou depositário, **por efeito** de expressa determinação constitucional, **foi revelada**, entre nós, **já no período monárquico**, em lúcido magistério, por Pimenta Bueno ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos (José Afonso da Silva, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, "**Comentários à**

ADI 4.277 / DF

Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.), em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo.

O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.

ADI 4.277 / DF

Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento, **que representa verdadeiro marco histórico** no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País.

Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal - que é o guardião** da Constituição, por expressa **delegação** do poder constituinte - **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois**, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **o amparo** das liberdades públicas (**com** a conseqüente proteção dos direitos das minorias), **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, **a segurança** das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, julgo procedente** a presente ação constitucional, **para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade** do reconhecimento, como entidade familiar, da união **entre** pessoas **do mesmo** sexo, **desde** que atendidos **os mesmos** requisitos **exigidos** para a constituição da união estável **entre** homem e mulher, **além de também reconhecer, com**

ADI 4.277 / DF

idêntica eficácia vinculante, que os **mesmos** direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis **estendem-se** aos companheiros na união entre pessoas **do mesmo** sexo.

É o meu voto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) -

Ministro Celso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Uma autodeclaração de sessenta mil casais. Dá para supor que o número é bem maior do que esse.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Bem, depois de votos tão brilhantes, exaustivos, a começar pelo voto realmente iluminado do Ministro Relator e de todos os demais Ministros que o seguiram, seria imperdoável que eu tentasse acrescentar alguma coisa, sobretudo em relação a essa postura consensual da Corte em relação à condenação a todas as formas de discriminação, contrária não apenas ao nosso Direito Constitucional, mas à própria compreensão da raça humana a que todos pertencemos com igual dignidade.

A mim resta-me apenas justificar a adesão às conclusões - sobretudo aos resultados, aos dispositivos de ambas as ações -, de maneira breve.

Começo por dizer que teria alguma dificuldade de ordem teórica para conhecer das demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, não fosse o fato de que o disposto no artigo 1.723 do Código Civil não é reprodução estrita do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Porque, se o fosse, obstáculo teórico e, a meu ver, constitucional, estaria em que não seria possível cogitar-se de interpretação conforme à Constituição de norma infraconstitucional que se limitaria, nessa hipótese, a reproduzir texto constitucional. Estaríamos, sim, diante de um caso de pura interpretação constitucional, que não poderia ser objeto de ação de inconstitucionalidade sob pretexto de que teríamos que interpretar a própria Constituição de acordo com a Constituição.

Mas a diversidade de redação das normas permite, e acho que isto é, de modo muito consistente, a sua racionalidade, a decisão da Corte de conhecer das demandas, exatamente com base na não coincidência semântica entre as duas normas, de tal modo que é possível enxergar o disposto no artigo 1.723 como preceito susceptível de revisão à luz do artigo 226, § 3º, e de outras normas constitucionais, que constam, aliás, como causa de pedir de ambas as demandas.

Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas

ADI 4.277 / DF

constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de **numerus clausus**. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso. Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo - não mais que isso -, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.

E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar reconhecível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer - e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênias para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo - que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas?

O Ministro Marco Aurélio fez largo apanhado da necessidade de aplicação, às relações afetivas, das normas próprias do campo do Direito de Família. Não por questão de vaidade, mas por registro histórico, eu fui um dos primeiros - há mais de vinte anos, numa conferência pronunciada

ADI 4.277 / DF

na Associação dos Advogados de São Paulo e, depois, estampada na Revista dos Advogados, da mesma Associação - a sustentar, contra a então jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça de São Paulo, àquela altura em que não havia normas diretas de regulamentação da união estável, que não podiam ser aplicadas as soluções que a jurisprudência, para atender as exigências próprias do fato social, vinham invocando, sobretudo de normas de Direito não familiar, como sociedade de fato, sociedades de ordem econômica etc.. E fui o primeiro a aplicar, no Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso de união estável, as normas de Direito de Família. Por quê? Porque realmente essas uniões, ou essas associações, ou essas relações marcadas sobretudo por afetividade, evidentemente não podem ser submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou de ordem econômica.

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual.

Donde, também julgando procedente a ação, estamos, como bem relevou o Ministro Gilmar Mendes, diante de um campo que eu diria hipotético, que, em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, não podemos examinar exaustivamente por diversos motivos. Primeiro, porque os pedidos não o comportariam, e, segundo, porque sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte.

Isto por quê? Porque também, como acentuou o Ministro Gilmar Mendes, carecemos de um modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer e definir de maneira clara e com capacidade de responder a

ADI 4.277 / DF

todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebíveis.

O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia - pensamento estritamente pessoal -, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

Isto é um ponto de vista estritamente...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, essa observação de Vossa Excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Retira qualquer óbice à atuação do Legislativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Qualquer óbice, mostrando, pelo contrário, que o que se entende é um imperativo, a regulação do que estamos a reconhecer de direitos fundamentais decorrentes dessa situação específica.

Portanto, isso é mais um convite, mais uma justificativa para que, de fato, eventuais dúvidas, situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. Ao contrário.

ADI 4.277 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ao contrário, exige que esses espaços sejam ocupados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Se me permite, Excelência, a nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência - espero traduzir bem -, é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)- Nada, ao contrário. Estamos todos de acordo, portanto, também nisso. E não me estendendo mais, mas cumprimentando Vossa Excelência, em primeiro lugar, depois a todos os demais Ministros pelas brilhantes argumentações e justificações, também me congratulo com a Corte pela posição hoje tomada, e tomada por unanimidade.

Encerrando a sessão, vou proclamar o resultado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, se vossa Excelência me permitir, eu só gostaria de fazer um apelo ao eminente Relator para que contemplasse, na ementa, como nós vínhamos até estabelecendo, a diversidade de fundamentos trazidos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - De fundamentos. Perfeito, sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O que ficou muito claro é que foram vários os fundamentos, convergentes, todos, mas vários.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Exatamente.

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, só uma questão final. Como nós temos, em nossos gabinetes, alguns casos baseados nesta matéria, indago de Vossa Excelência se poderia delegar aos Ministros para decidir, monocraticamente, quando for a mesma questão?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)
- Finalmente, Vossas Excelências estão de acordo em autorizar que os Ministros decidam, monocraticamente, a mesma questão nos processos que lhes estão submetidos?

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE -
CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, fica delegado aos Ministros.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)
- Ou melhor, independentemente da redação do acórdão, porque publicação da decisão, acabamos de fazê-la.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E
TRANSGÊNEROS - ABGLT

ADV.(A/S) : MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO
PAULO

ADV.(A/S) : FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS

ADV.(A/S) : REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR

INTDO.(A/S) : CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADV.(A/S) : JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S)

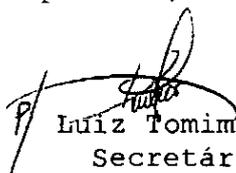
Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçales; o Dr. Diego Valadares

Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário