

**UNIÕES HOMOAFETIVAS: RECONHECIMENTO
JURÍDICO DAS UNIÕES ESTÁVEIS ENTRE
PARCEIROS DO MESMO SEXO**
// SAME-SEX UNIONS: LEGAL RECOGNITION OF
COMMON LAW UNIONS BETWEEN
SAME-SEX PARTNERS

Luís Roberto Barroso

>> RESUMO // ABSTRACT

O presente trabalho trata do dever estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Para tanto, será feita uma análise dos princípios constitucionais aplicáveis à hipótese – igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica –, bem como do parâmetro vigente no âmbito do Direito de Família que é, precisamente, o da afetividade. Ao final, serão apresentadas duas soluções jurídicas que conduzem ao mesmo resultado: a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. // The present paper deals with the State's obligation to provide legal recognition to affectionate relationships between same-sex partners. For that purpose, it will analyze the constitutional principles applicable to this hypothesis – equality, liberty, human dignity and legal certainty –, as well as the current parameter applied in the realm of family law for the recognition of family entities, which is precisely the one of affection. In its final part, the article will present two possible legal solutions that lead to the same result: the extension of the application of the legal regime of civil unions to same-sex unions.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

uniões homoafetivas; reconhecimento jurídico; princípios constitucionais; união estável // same-sex civil unions; legal recognition; constitutional principles; civil unions

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e Ministro do Supremo Tribunal Federal. // Full-Professor of Law at the State University of Rio de Janeiro and Justice of the Brazilian Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

1.1 ANTECEDENTES

Em 2007, quando o Procurador-Geral da República era o Dr. Antônio Fernando de Souza, um grupo de Procuradores da República desejava instá-lo a propor uma ação constitucional tendo por objeto o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Fui procurado, em nome desse grupo, pelo Daniel Sarmiento, que fora meu aluno na graduação e na pós-graduação, e que desenvolvia uma carreira acadêmica de sucesso junto a nós, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). O pedido era no sentido de que eu elaborasse um estudo que pudesse servir de fundamento para a propositura da ação perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Em essência, o que se pretendia é que as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo passassem a estar sujeitas ao mesmo regime jurídico das uniões estáveis convencionais, entre casais do mesmo sexo. Na época, o Procurador-Geral da República optou por não propor a ação. O estudo que elaborei foi publicado como artigo acadêmico em diversas revistas jurídicas¹.

Algum tempo depois, a Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Lúcia Léa Guimarães Tavares, me procurou e me disse que o Governador do Estado, Sérgio Cabral, havia sido informado da existência do estudo e, como o Procurador-Geral da República não havia proposto a ação, ele gostaria de fazê-lo. Indaguei-me ela, então, se eu poderia adaptar meu texto, convertendo-o em uma ação a ser ajuizada pelo Governador do Rio. Aceitei prontamente a tarefa.

1.2. ESTRATÉGIA

A propositura da ação pelo Governador envolvia uma complexidade. O Procurador-Geral da República possui o que se denomina de *legitimação universal* para apresentar ações diretas perante o STF. Vale dizer: ele pode questionar qualquer lei ou suscitar qualquer questão, independentemente do tema e de quem sejam as pessoas afetadas. Já o Governador do Estado, embora também figure no elenco do art. 103 da Constituição – que identifica quem possui o direito de propositura de ações diretas perante o STF –, tem uma *legitimação especial*. Isso significa que ele precisa demonstrar que a questão a ser discutida tem uma repercussão específica e particular no âmbito do Estado, para enquadrar-se no que o STF denomina de *pertinência temática*. Diante disso, para justificar a atuação do Governador do Estado, foi preciso identificar uma questão tipicamente estadual envolvida. Nessa busca, localizei o Decreto-lei estadual 220/1975 – o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro –, que continha dispositivos que previam o direito à licença do servidor em caso de doença de pessoa da família ou para acompanhar o cônjuge em missão de trabalho, além de alguns benefícios previdenciários para os familiares do servidor. Aí estava o gancho: o Governador precisava determinar se cônjuge e pessoa da família incluíam ou não os parceiros em uniões homoafetivas. Estava justificado o seu interesse.

1.3. A AÇÃO PROPOSTA

A opção, mais uma vez, foi por uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A razão principal é que os dispositivos da legislação estadual dos quais se pediria interpretação conforme a Constituição eram anteriores à Carta de 1988, o que, ao menos em princípio, inviabilizava a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. De todo modo, para a eventualidade de o STF não aceitar a ADPF – cujos requisitos ainda continuam um tanto misteriosos –, pedi que a ação fosse alternativamente recebida como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), para o fim de se interpretar conforme a Constituição o art. 1723, que disciplina as uniões estáveis, determinando-se que sua incidência se estendia às uniões homoafetivas. A ação foi ajuizada em fevereiro de 2008 e foi identificada como ADPF 132. Posteriormente, durante o período em que foi interinamente Procuradora-Geral da República, a Dra. Deborah Duprat propôs, ela própria, uma nova ação, com o mesmo pedido. Sua iniciativa se justificava porque na ação do Governador, como exposto, a tese da equiparação entre união estável e união homoafetiva só valeria no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Ajuizada durante o recesso, foi distribuída ao então Presidente, Ministro Gilmar Mendes, que não a recebeu como ADPF, mas como ação direta de inconstitucionalidade (ADI 142).

As duas ações tiveram seu julgamento conjunto iniciado em 4 de maio de 20¹¹. Durante o primeiro semestre de 2011 eu estava fora do Brasil, fazendo um período sabático como *Visiting Scholar* na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos. No entanto, eu havia me comprometido com a Procuradora-Geral do Estado que viria para o julgamento, caso ele fosse marcado para o período em que me encontrava fora. E assim fiz, tendo voado de Boston para Brasília para participar da sessão, que se estendeu, também, pelo dia 5 de maio.

2. PRINCIPAIS ARGUMENTOS E QUESTÕES DEBATIDAS

2.1. SÍNTESE DAS IDEIAS QUE FUNDAMENTARAM A AÇÃO

2.1.1. AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E O DIREITO

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

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. De fato, tais parcerias existem

e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o Direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejável situação de insegurança. Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais (isto é, independentemente do casamento), a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desigualdade é inconstitucional por uma série de motivos.

2.1.2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

A ação proposta se assentou sobre dois fundamentos filosóficos. O primeiro deles é que o homossexualismo é um fato da vida. Seja ele considerado uma condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa não é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Deve-se destacar, ademais, que o homossexualismo – e as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo que dele decorrem – não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.

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

2.1.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A ação proposta foi desenvolvida em torno de duas teses centrais. A primeira é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A segunda tese é a de que, ainda quando não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional.

Os princípios em questão são o da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. A analogia, por sua vez, impõe a extensão, a uma hipótese não prevista no ordenamento,

da norma aplicável à situação mais próxima. Pois bem: a situação que melhor se equipara à da união afetiva não é, por certo, a *sociedade de fato*, em que *duas ou mais* pessoas empreendem esforços para fins comuns, geralmente de natureza econômica. A analogia adequada, como se constata singelamente, é a da união estável, situação em que duas pessoas compartilham um projeto de vida comum, baseado no afeto. Chega-se aqui ao conceito-chave no equacionamento do tema: é sobretudo a *afetividade*, não a sexualidade ou o interesse econômico, que singulariza as relações homoafetivas e que merece a tutela do Direito.

2.2 DIREITO DE PROPOSITURA E CABIMENTO DA ADPF

2.2.1. LEGITIMAÇÃO ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Um capítulo da petição inicial foi destinado à demonstração da legitimação ativa e da pertinência temática. As ideias desenvolvidas – e já adiantadas brevemente na apresentação da estratégia adotada no caso – foram as seguintes. Nos termos do art. 2º, I, da Lei 9882/1999, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal². Nesse rol, estão incluídos os Governadores de Estado.

Quanto à pertinência temática, afirmou-se que, no Estado do Rio de Janeiro, existe grande número de servidores que são partes em uniões homoafetivas estáveis. Diante disso, colocam-se para o Governador do Estado e para a Administração Pública questões relevantes relativamente às normas sobre licenças por motivo de doença de *pessoa da família* ou para acompanhamento de *cônjuge*, bem como sobre previdência³ e assistência social. A indefinição jurídica acerca da aplicabilidade de tais normas aos parceiros de uniões homoafetivas sujeitava o Governador, como chefe da Administração Pública, a consequências jurídicas perante o Tribunal de Contas do Estado, o Ministério Público e a Justiça estaduais, seja qual fosse a linha interpretativa pela qual viesse a optar. Ademais, após a Constituição de 1988 e a legislação subsequente, que expandiram de forma importante o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade no país, parece impróprio que o Chefe do Executivo Estadual adote determinada interpretação que se apresenta controversa sem levar a questão, pelos meios próprios, ao Supremo Tribunal Federal.

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

Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, era preciso demonstrar, também, a presença dos requisitos de cabimento da ADPF.

2.2.2. CABIMENTO DA ADPF

A Lei 9882/1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental⁴, contemplou duas modalidades possíveis para o instrumento: a arguição autônoma e a incidental. A arguição a ser proposta era de natureza *autônoma*, cuja matriz se encontra no *caput* do art. 1º da lei específica, *in verbis*:

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

A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo. São três os pressupostos de cabimento da arguição autônoma: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

(I) AMEAÇA OU VIOLAÇÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL

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

Conforme será aprofundado a seguir, na questão posta na ação aqui retratada, os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República; os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade (art. 5º, *caput*), reforçados pela enunciação de que um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro é a promoção de uma sociedade livre e sem preconceitos (art. 3º, IV); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, entendido, também, como corolário imediato do Estado de direito⁵).

(II) ATO DO PODER PÚBLICO

Como decorre do relato explícito do art. 1º da Lei 9882/1999, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Na hipótese aqui versada, como apontado inicialmente, os atos do Poder Público violadores dos preceitos fundamentais em questão são de ordem normativa e judicial. Os atos normativos consubstanciam-se no art. 19, II e V e no art. 33 (incluindo seus dez incisos e seu parágrafo único), todos do Decreto-lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), que têm a seguinte dicção:

Art. 19 - Conceder-se-á licença:

(...)

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

(...)

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular; (Redação dada pela Lei nº 800/1984).

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

Os dispositivos transcritos conferem direitos aos familiares de servidores públicos – como assistência médica e auxílio-funeral – ou mesmo aos próprios servidores em razão de eventos que ocorram aos membros de sua família. Nesse segundo caso, encontra-se, por exemplo, a licença concedida ao servidor pela doença de familiar. Tornou-se pacífico que tais direitos devem ser estendidos aos servidores que mantêm uniões

estáveis heterossexuais. Porém, existe incerteza se podem ser aplicados às uniões homoafetivas. O autor da ação aqui retratada entende que sim, mas a tese não é pacífica.

Os atos de natureza judicial que motivaram a propositura da ADFP eram representados pelo conjunto de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, predominantemente, vinham negando equiparação entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis convencionais. De fato, inúmeros acórdãos haviam negado a possibilidade de se atribuir o *status* de entidade familiar a essas uniões. Confirmam-se, exemplificativamente:

RELACIONAMENTO ENTRE HOMENS HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. PLEITO OBJETIVANDO A HABILITAÇÃO COMO PENSIONISTA. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DA DEVIDA INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, a ela não se aplicam as disposições da Lei n° 8.971/94, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque, a Carta Magna, em seu artigo 226, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, consignando no parágrafo 3° que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Por outro lado, ausente comprovação da inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento post mortem), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-se de rigor a improcedência do pedido⁶.

Ação declaratória. Busca de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. Nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende a união entre pessoas do mesmo sexo. Não demonstrado o esforço comum, também não há que se falar em divisão de patrimônio ou de habilitação no inventário de um dos companheiros, falecido. Precedentes. Desproviamento do recurso⁷.

Embora houvesse decisões esporádicas em sentido diverso, o fato é que o entendimento jurisprudencial majoritário violava direitos fundamentais das pessoas envolvidas, razão pela qual o autor pediu ao Supremo Tribunal Federal que reconhecesse este fato e superasse esta orientação.

(III) INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO EFICAZ DE SANAR A LESIVIDADE
(SUBSIDIARIEDADE DA ADPF)

A exigência de “*inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade*” não decorre da matriz constitucional do instituto, tendo sido imposta pelo art. 4º, §1º, da Lei 9882/1999. Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir⁸. O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF.

Ora, a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e eficácia contra todos, elementos que, como regra, não podem ser obtidos por meio de ações de natureza subjetiva. Ademais, caso se pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Esse é o entendimento que tem prevalecido no STF⁹.

No caso aqui apresentado, a impugnação se voltava, em primeiro lugar, contra lei estadual anterior à Constituição de 1988. Na linha da tradicional jurisprudência da Corte, trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo como a ADPF seria capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais. Da mesma forma, inexistia qualquer ação objetiva que pudesse ser instaurada contra a linha jurisprudencial que prevalecia na justiça estadual, em violação dos preceitos fundamentais aqui destacados.

3. OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS E A SOLUÇÃO IMPOSTA PELA ORDEM JURÍDICA

3.1. PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Como foi referido, os atos do Poder Público – notadamente as decisões judiciais – que negavam reconhecimento jurídico às uniões entre pessoas do mesmo sexo violavam, de forma direta, um conjunto significativo de preceitos fundamentais, que incluíam: a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o direito à liberdade, do qual decorre a proteção à autonomia privada, bem como o princípio da segurança jurídica. Confira-se uma exposição objetiva de cada uma das violações.

3.1.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena, de forma expressa, todas as formas de preconceito e discriminação.

A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O *caput* do art. 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo¹⁰ e à discriminação contras as mulheres¹¹.

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição proíbe todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas¹². Embora tais considerações já fossem suficientes para evidenciar o evidente vício de inconstitucionalidade decorrente do não reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, duas observações complementares são importantes.

Em primeiro lugar, é fato que a jurisprudência do STF reconhece de maneira pacífica a possibilidade de aplicação direta do princípio da igualdade para afastar práticas discriminatórias, ainda quando não haja legislação infraconstitucional dispondo sobre determinada questão específica. E isso até mesmo para impor aos particulares um dever de não-discriminação¹³, superando eventuais considerações sobre a autonomia privada das partes envolvidas. Com muito mais razão, não deveria a Corte hesitar em coibir discriminação praticada pelo próprio Poder Público, a quem se reconhece não apenas a obrigação de se abster de violar direitos fundamentais, mas também um dever positivo de atuar na sua proteção e promoção¹⁴.

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

Isso não significa que toda e qualquer desequiparação seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo¹⁵. Nesse ponto, vale notar que certos critérios são considerados especialmente suspeitos pela ordem

constitucional, como aqueles baseados na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la.

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

No caso em exame, nenhum princípio ou valor protegidos pela Constituição são promovidos por meio do não reconhecimento das uniões afetivas desenvolvidas entre pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, o que se produz é uma violação direta ao propósito constitucional de se instituir uma sociedade pluralista e refratária ao preconceito. Não por acaso, os principais argumentos invocados para tentar defender a desequiparação pecam pela incoerência¹⁶, ingressam no terreno da simples intolerância¹⁷ ou são embasados por concepções religiosas¹⁸. Certamente respeitáveis, mas insuscetíveis de imposição coativa em um Estado laico.

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

3.1.2 DIREITO À LIBERDADE, DO QUAL DECORRE A AUTONOMIA PRIVADA

Um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar formalmente aos indivíduos um direito de escolha entre diferentes projetos de vida lícitos, como também propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar⁹. A liberdade, em sua feição geral, é pressuposto para o desenvolvimento da personalidade. No entanto, certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção reforçada²⁰. É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as consequências normalmente atribuídas a esse *status*. E não de forma clandestina.

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado

pelo Direito. Essa seria, na verdade, uma forma comissiva de embarçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, largamente empregado pelo STF, exige que a imposição de restrições seja justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesses em conflito.

Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a determinadas concepções particulares, que podem até ser majoritárias, mas que não se impõem como juridicamente vinculantes em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral²¹, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*²². Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

3.1.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana²³. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da ideia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo²⁴; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”²⁵. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado a imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A ideia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de “reconhecimento”, que deve ser atribuído às identidades particulares, ainda quando sejam minoritárias. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos ao longo da história, caracterizando uma verdadeira política oficial de discriminação. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

3.1.4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

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

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

Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis²⁶. Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

Da mesma forma, a indefinição sobre o regime aplicável afeta também terceiros que estabeleçam relações estatutárias ou mesmo negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva²⁷. O primeiro grupo identifica exatamente a relação entre o Estado e os servidores públicos, que envolve uma série de direitos atribuídos aos servidores e seus familiares,

como o direito a licenças – por motivo de doença do companheiro ou para acompanhá-lo em caso de transferência – o direito à inclusão do companheiro no plano de saúde funcional, ao auxílio-funeral, ao auxílio-doença, dentre muitos outros. Tais direitos já são reconhecidos aos servidores que mantêm uniões afetivas heterossexuais estáveis, de modo que a única discussão aqui diz respeito à legitimidade de se discriminar indivíduos com base em sua orientação sexual.

No plano negocial, lembre-se que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros. Ainda que essas relações não sejam diretamente afetadas pela definição do regime jurídico dos servidores, é certo que este tende a ser tomado como elemento indicativo e, de qualquer forma, a ordem jurídica deve guardar coerência interna.

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

3.2. A SOLUÇÃO IMPOSTA DIRETAMENTE PELA APLICAÇÃO ADEQUADA DOS REFERIDOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS: INCLUSÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS NO REGIME JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL

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

A partir dessa conclusão, tornava-se necessário conferir aos dispositivos indigitados do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro interpretação conforme à Constituição para reconhecer que os direitos ali previstos deveriam ser aplicados também às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Do mesmo modo, cabia ao STF declarar que, à luz da ordem constitucional e legal em vigor, as uniões homoafetivas deveriam receber, por parte da jurisprudência, o mesmo tratamento jurídico

das uniões estáveis convencionais, sob pena de se produzirem reiteradas violações a preceitos fundamentais.

Há apenas uma última observação a fazer: a conclusão a que se acaba de chegar não é afetada pelo art. 226, §3º, da Constituição, que protege expressamente a união estável entre homem e mulher²⁸. Como se sabe, esse dispositivo teve como propósito afastar definitivamente qualquer discriminação contra as companheiras, consolidando uma longa evolução que teve início, sintomaticamente, em decisões judiciais. Não faria nenhum sentido realizar uma interpretação a *contrario sensu* do referido artigo, de modo a expandir seu sentido e convertê-lo em norma de exclusão, ou seja, exatamente o oposto de seu propósito original. Tal interpretação seria claramente incompatível com os preceitos fundamentais referidos, devendo ser rechaçada.

3.3. UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA: RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE UMA LACUNA NORMATIVA, A SER INTEGRADA POR ANALOGIA

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

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

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

Com efeito, os elementos essenciais da união estável são identificados pelo próprio Código Civil e estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas: convivência pacífica e duradoura, movida pelo intuito de constituir entidade familiar. Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas destacam que a família deve servir de ambiente adequado para o desenvolvimento de seus membros,

apresentando como traços característicos a comunhão de vida e a assistência mútua entre os envolvidos, emocional e prática.

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

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

A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da

Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão²⁹.

4. DOS PEDIDOS FORMULADOS

Com base nos argumentos expostos até aqui, foram apresentados, na ADPF ajuizada, pedidos de natureza cautelar, principal e subsidiário, que vão descritos a seguir.

4.1. PEDIDO CAUTELAR

Ao encaminhar o pedido de concessão da liminar, assentou-se que a presença do *fumus boni iuris* – ou seja, do bom direito – foi demonstrada ao longo da exposição. Já o *periculum in mora*, argumentou-se, manifestava-se (i) nos riscos para o Governador e para a Administração Pública que se veem quotidianamente obrigados a tomar decisões que podem gerar impugnações judiciais e, mais que isso, procedimentos sancionatórios e (ii) na frustração de direitos fundamentais de parceiros em relações jurídicas homoafetivas, que estão sujeitos, inclusive, ao trânsito em julgado dos pronunciamentos judiciais respectivos. Por tais razões, pediu-se ao Tribunal que declarasse, em sede de liminar, a validade das decisões administrativas que equiparavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis e que suspendesse o andamento dos processos e os efeitos das decisões judiciais que houvessem se pronunciado em sentido contrário.

4.2. PEDIDO PRINCIPAL

Como pedido principal, requereu-se que a Corte declarasse que o regime jurídico da união estável deveria se aplicar também às relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais aqui explicitados – igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica –, seja pela aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil, interpretado conforme a Constituição. Como consequência, pediu-se que o Tribunal: (i) interpretasse, conforme a Constituição, a legislação estadual referida – art. 19, II e V e art. 33, do Decreto-lei 220/1975 –, assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis; (ii) declarasse que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais.

4.3. PEDIDO SUBSIDIÁRIO

Por fim, subsidiariamente e por eventualidade, caso o Tribunal entendesse pelo descabimento da ADPF na hipótese, requereu o autor que fosse a ação recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretendia era a interpretação conforme a Constituição (i) dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto-lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e, bem assim, (ii) do art. 1723 do Código

Civil, para o fim de determinar que este dispositivo não fosse 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.

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

5. RESULTADO

Nos dias 4 e 5 de maio de 2011, a ADPF 132 e a ADI 142 foram julgadas em conjunto, perante um plenário lotado de militantes da causa. Para uma certa surpresa geral, formou-se uma imprevista unanimidade. É certo que a linguagem corporal, presente em um ou outro voto – uns três, talvez – evidenciava algum grau de desconforto, quando não contrariedade. Bom, mas isso não fica registrado na ata. Na ementa do acórdão, escrito com o cuidado e a sensibilidade costumeiras, o Ministro Carlos Ayres consignou:

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 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”. (...) 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.

Como consequência de tais premissas, assim concluiu o voto, acolhendo o pedido formulado:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1723 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 consequências da união estável heteroafetiva.

6. O QUE NINGUÉM FICOU SABENDO

Pouco após a propositura da ação, foi apresentado um pedido de desistência do seu seguimento. O pedido não veio da Procuradora-Geral do Estado nem, muito menos, de mim. E, de certo, não foi formulado por alguém do ramo, pois é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até aqui, de que não cabe pedido de desistência em ações objetivas. Uma vez apresentadas, o autor não tem a disponibilidade de sua continuidade ou não, que passa a ser uma questão de interesse público. O que houve de surpreendente foi o fato de o pedido ter sido feito em nome do Governador, com utilização indevida e não autorizada de sua senha para peticionamento eletrônico! Nunca se apurou quem praticou a ousadia.

Quando o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, lia com vibração o seu voto, repleto de imagens e símbolos, Toni Reis, Presidente da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), sentado ao meu lado, comentou em tom eufórico: “Nossa, esse cara entende mesmo da coisa”.

>> NOTAS

- ¹ Ver Barroso, 2007:5-167.
- ² CF, art. 103: “Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”
- ³ Especificamente no tocante a direitos previdenciários, a matéria veio a ser regulada pela Lei estadual 5034/2007.
- ⁴ Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não-autoaplicabilidade da medida. V. STF, Pleno, AgRg na Pet. 1.140/TO, julg. 31/05/1996, DJ 02/05/1996.
- ⁵ Nesse sentido, a título de exemplo, v. STF, Pleno, MS 22.357/DF, Julg. 27/05/2004, DJ 05/11/2004. “Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público”.
- ⁶ TJRJ, 3ª Câmara Cível, 2006.001.5967-7, julg. 28/07/2007 DJERJ 28/09/2007.
- ⁷ TJRJ, 9ª Câmara Cível, AC 2005.001.2803-3, julg. 09/03/2006 DJERJ 29/03/2006. No mesmo sentido, v. TJRJ, 17ª Câmara Cível, AC 2007.001.44569, julg. 28/11/2007 DJERJ 19/12/2007.
- ⁸ Ver, e.g., STF, Pleno, ADPF 17, julg. 13/06/2002, DJ 07/03/2003.
- ⁹ STF, Pleno, ADPF 33, julg. 07/12/2005, DJe 16/12/2005.
- ¹⁰ CF, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.
- ¹¹ CF, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.
- ¹² Ver Silva, 2005:48.
- ¹³ A jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: “(...) I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional (...).” (STF, Pleno, RE 161243/DF, julg. 07/10/2009, DJ 17/12/1999). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, ver Sarmiento, 2004.
- ¹⁴ Sobre o chamado dever de proteção ver Gonet Branco/Mártires Coelho/Mendes, 2007:257. “Outra importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados”.
- ¹⁵ Barroso, 2006:161.
- ¹⁶ É o caso, por exemplo, do argumento de que as uniões homoafetivas não devem ser reconhecidas pela impossibilidade de procriação. Ora, há muito se cristalizou o entendimento de que o elemento central das uniões estáveis e do próprio conceito de família são a afetividade e o propósito de se construir uma convivência voltado ao respeito e apoio mútuos. Interpretado com coerência, o argumento da impossibilidade de procriação deveria servir para

negar reconhecimento também às uniões formadas por casais estéreis ou mesmo àqueles que simplesmente não queiram ter filhos. A rigor, serviria até para negar status familiar às chamadas famílias monoparentais. Isso vai de encontro a todo o desenvolvimento teórico experimentado pelo direito de família sob o influxo da Constituição de 1988, caracterizado pela prevalência da afetividade em detrimento das estruturas rigidamente hierarquizadas e voltadas à mera reprodução de padrões tradicionais.

- ¹⁷ É o caso de estigmas tradicionais como as idéias de que os homossexuais seriam por natureza promíscuos ou indignos de confiança.
- ¹⁸ Nesse domínio, destacam-se os argumentos de desrespeito a um suposto padrão “normal” de moralidade ou aos valores cristãos. A ordem jurídica conta com normas e instrumentos para coibir condutas prejudiciais a terceiros. Saindo desse campo, é preciso reconhecer que o estabelecimento de standards de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder. Quanto aos valores cristãos, tal discussão certamente é pertinente no âmbito interno das confissões religiosas, que são livres para manifestar suas crenças e convicções de maneira pacífica. Não se trata, contudo, de argumento capaz de justificar práticas discriminatórias por parte de um Estado laico.
- ¹⁹ Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. Sobre o tema, ver Dworkin, 2000:453.
- ²⁰ Sarmiento, 2004:241: “Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam”.
- ²¹ Nino, 2005:205: “A concepção contrária ao princípio da autonomia, tal como foi apresentado costuma denominar-se ‘perfeccionismo’. Esta concepção sustenta que o que é bom para um indivíduo ou que satisfaz os seus interesses não depende de seus próprios desejos ou sua escolha de forma de vida e que o Estado pode, através de diferentes meios, dar preferência a aqueles interesses e planos de vida que são objetivamente melhores.” (Tradução Livre).
- ²² Zippelius, 1997:370-1: “O moderno Estado totalitário, que intervém em todos os sectores da vida e para o qual servem como exemplo a Rússia estalinista e a Alemanha nazi, reclama realizar as suas idéias políticas, econômicas e sociais mesmo na esfera privada (...). No moderno Estado totalitário pretende-se subordinar aos objetivos de Estado e colocar ao seu serviço não só a economia, o mercado de trabalho e a actividade profissional, mas também a vida social, os tempos livres, a família, todas as convicções e toda a cultura e os costumes do povo”.
- ²³ Harmatiuk Matos, 2004:148: “Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.
- ²⁴ Esta é, como se sabe, uma das máximas do imperativo categórico kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. Ver Kant, 1951; Honderich, 1995:589; Lobo Torres, 2005; Terra, 2005.
- ²⁵ Taylor, 2000; Lima Lopes, 2003.

- ²⁶ CC, art. 1725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.
- ²⁷ Sobre o tema, vejam-se Borghi, 2003:60 e Veloso, 1997:86-7. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.
- ²⁸ CF, art. 226, §3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.
- ²⁹ TRF4, 6ª T, AC 2000.71.00.009347-0, julg. 27/07/05, DJ 07/10/05.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

Barroso, Luís Roberto

(2007). “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. *Revista de Direito do Estado* 5 (Rio de Janeiro: Renovar), 167-238.

(2006). “Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro”. In: Luís Roberto Barroso (org.). *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar.

Borghi, Helio (2003). *União estável & casamento: Aspectos polêmicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira.

Honderich, Ted (1995). *The Oxford companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Kant, Immanuel (1951). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Aguilar.

Lopes, José Reinaldo de Lima (1991). “O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas.” In: Célio Golin, Fernando Pocahy, Roger Raupp Rios (orgs.). *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Rio Grande do Sul: Sulina, 13-36.

Mendes, Gilmar/Coelho, Inocêncio Mártires/Branco, Paulo Gustavo Gonet (2007). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Nino, Carlos Santiago (2005). *Ética y derechos humanos*. Buenos Ayres: Emecé.

Sarmento, Daniel (2004). *Direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Lumen Juris.

Silva, José Afonso da (2005). *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros.

Taylor, Charles (2000). “A política do reconhecimento.” In: Charles Taylor. *Argumentos filosófico*. São Paulo: Edições Loyola, 241-274.

Terra, Ricardo (2005). *Kant e o Direito*. São Paulo: Mandamentos.

Torres, Ricardo Lobo (2005). *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: Valores e principios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar.

Veloso, Zeno (1997). *União Estável*. São Paulo: Atlas.

Zippelius, Reinhold (1997). *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste.