

ESTUDO DIRIGIDO: UNIÕES HOMOAFETIVAS

Preparado por Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro
(Escola de Formação 2008)

Material de leitura prévia

- (1) ADPF 132
- (2) Manifestação da AGU
- (3) *Amicus Curiae* (Conectas, EDH e GGB)
- (4) Parecer Barroso

Contextualização

A década de 80 é um marco na história do movimento pelos direitos de gays e lésbicas¹ no Brasil. A Aids chegou ao país, dando sinais de que seria uma epidemia, desde logo associada ao público homossexual. Ele passou a ser considerado não *um*, mas verdadeiramente *o* grupo de risco, o que se comprovaria pela sua indecência e promiscuidade, que contagiariam as pessoas em saunas e casas noturnas e por meio da prostituição. Era preciso

¹ A princípio, a luta que mais ganhou visibilidade social foi a de gays e lésbicas, daí GLS – Gays, Lésbicas e Simpatizantes. Em 97, também bissexuais e transexuais passaram a integrar a sigla da diversidade – LGBT – seguidas/os em 98 por travestis e transgêneros, que passaram a ser reconhecidos e ter um lugar no universo de diversidade sexual: GLBT. Em tempos mais recentes, têm ocorrido importantes discussões acerca do machismo no próprio movimento de diversidade sexual, o que levou a uma inversão simbólica do lugar das lésbicas com o dos gays nessa nomenclatura: GLBT. Diante da pluralidade e complexidade de expressões sexuais hoje, alguns já não falam mais em sexualidades, mas em práticas sexuais – como HSH (homens que fazem sexo com homens) e MSM (mulheres que fazem sexo com mulheres), além de outras um tanto polêmicas, como o *bare-backing* (sexo desprotegido em ambientes privados com pessoas que são sabidamente HIV positivo) –, e há os que se referem a elas como uma “sopa de letrinhas”, que compõem possibilidades infinitas de identidades de gênero e de orientação sexual. Com esse título, aliás, interessante conferir a tese de mestrado de Regina Facchini (defendida em 2002 na Unicamp), “Sopa de letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90”, Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

ter cuidado com relações extraconjugais, para que a “peste gay” não ameaçasse as pessoas de bem.

Se, de um lado, a Aids implicou em estigmatizações, mortes e terror, de outro, ampliou a visibilidade de muitos homossexuais e levou a que alguns grupos de diversidade sexual se organizassem e politizassem em curto tempo. Assim, foram criadas associações² de defesa da vida, divulgação de métodos sexuais preventivos, conscientização e reivindicações políticas.

Não obstante esse esforço, as leis permaneciam negando visibilidade e reconhecimento às manifestações afetivas não-heterossexuais – e a todas as suas conseqüências jurídicas e fáticas. Importava, então, tentar traduzir juridicamente esse trabalho político, colocando-o no papel: foi a vez do embate na Constituinte. Grupos organizados de homossexuais dirigiram-se a Brasília a fim de pressionar os membros da Assembléia a estabelecerem o respeito e a igualdade entre as pessoas de quaisquer identidades sexuais na Constituição. José Afonso da Silva conta o que sucedeu:

“A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse *extrapolações inconvenientes*. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual* (...) Teve-se receio de que essa expressão albergasse *deformações prejudiciais a terceiros*. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação...” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24 ed., 2005, p. 224, grifei).

² São exemplos: na Bahia, o Grupo Gay da Bahia (*amicus curiae* do presente caso), Grupo Lésbico da Bahia; no Rio de Janeiro, Grupo Somos, Grupo Arco-Íris, Atobá e Triângulo Rosa; em Sergipe, Grupo Dialogay; em São Paulo, Somos, Um Outro Olhar e inúmeros grupos políticos (como o que originou em 78 o jornal *O Lampião*) e de estudos formados por intelectuais e artistas; em Porto Alegre, Grupo Nuances; no Amazonas, Grupo Gay do Amazonas. Contudo, há de se ressaltar que, em um primeiro momento, poucos grupos masculinos sobreviveram ao extermínio simbólico que a Aids provocou na comunidade homossexual. Hoje se contam mais de 120 grupos e associações espalhados pelo país (www.abglt.org.br).

Desse modo, o medo de que em "orientação sexual" fossem incluídos a pedofilia, o sadismo e outras "deformações" e "extrapolações inconvenientes", ou seja, expressões sexuais consideradas desviantes e anormais, impediu que ampla diversidade de sexualidades recebesse um amparo normativo claro e indubitável. Menos de dois anos depois da promulgação da Constituição, em 17 de maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde reviu a decisão de 1948, que inseriu a "homossexualidade" na Classificação Internacional de Doenças, declarando que "a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão"³.

Porém, de fato, o que restou a homossexuais, bissexuais, transexuais, transgêneros e travestis brasileiras(os) foi uma tutela constitucional tênue, com a promoção do bem de todos, "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*" (art. 3º, IV, CF), formas essas que incluíam a homofobia. Ante a não explicitação dessa específica vedação, ficou nas mãos dos magistrados decidir, em cada caso, se ela estaria ou não efetivamente agasalhada no texto constitucional.

E a redação original da Constituição Federal de 1988 suscitou ainda outra questão: o parágrafo 3º do art. 226 da CF, ao estabelecer que "é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar" prevê que é possível haver união estável *somente* entre pessoas de sexo oposto? Ou, como vieram a argüir os movimentos LGBTTTs, o dispositivo constou do documento político apenas para consignar o reconhecimento da união estável pelo Estado, já que antes de 88 ela era vista negativamente ou de modo suspeito (inclusive do ponto de vista moral)? Dessa última maneira, o fato de constar que ocorreria "entre o homem e a mulher" deveria ser compreendido como mero complemento da expressão "união estável", jamais como excludente de outros modelos de relacionamento.

A dúvida poderia ser solvida pelo Congresso Nacional. Há, por exemplo, o projeto de lei de parceria civil da então Deputada Federal Marta Suplicy (PL 1.151, já considerado desatualizado), o qual, porém, tramita há mais de dez

³ Fonte: www.abglt.org.br. Interessante notar que hoje a orientação sexual é vista pela OMS como aspecto integrante da sexualidade: <http://www.who.int/reproductive-health/gender/sexualhealth.html>

anos, sofrendo forte resistência da “Frente Parlamentar Evangélica”. Em contraponto a essa organização, parlamentares favoráveis às demandas LGBTTTs criaram, em 2001, a “Frente Parlamentar pela Livre Expressão Sexual”⁴, que propôs o apenamento da homofobia por meio de projeto legislativo da Deputada Federal Iara Bernardi (PL 5.003/01) – projeto que também encontra muita oposição.

Enquanto há indefinição no plano legislativo⁵ federal, nas esferas estadual e municipal contam-se mais de sessenta e três normas⁶ que asseguram equiparações a relações heterossexuais para vários fins, proíbem e apenam a homofobia e dispõem sobre políticas de combate a discriminações por orientação sexual. Ilustra esse quadro o Provimento nº 09/08 do Tribunal de Justiça do Piauí, publicado no dia 02 de junho de 2008, segundo o qual cabe aos cartórios registrarem a união afetiva do casal “independente da oposição de sexo entre os contratantes”, o que estaria em pleno acordo com a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos).

Essas leis e decretos, apesar de importantes, resolvem a questão apenas em âmbito regional e local. O que está em análise na ADPF 132 seria uma maneira de garantir uma resposta estatal federal diferente da do Congresso Nacional, por meio do julgamento do caso pelo STF.

A mencionada ADPF foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 27 de fevereiro de 2008, para que os artigos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro referentes a benefícios dos

⁴ Nos últimos tempos, denominada “Frente Parlamentar Mista pela Cidadania GLBT”.

⁵ Em 25 de maio de 2004, o Governo Federal lançou o programa *Brasil sem Homofobia*, “com o intuito de promover a cidadania de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas” (http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/brasilsem/). Além disso, em junho de 2008 ocorreu a 1ª Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais organizada pelo Estado. Ocorre que esse posicionamento do Executivo não vem sendo acompanhado pelo Legislativo federal.

⁶ Basta notar que as Constituições Estaduais do Alagoas, Mato Grosso, Pará, Sergipe e a Lei Orgânica do Distrito Federal vedam expressamente a discriminação por orientação sexual, o mesmo ocorrendo em onze leis orgânicas municipais. Além disso, há previsão de sanções penais e/ou administrativas para a prática de homofobia em ao menos quinze municípios e sete estados. Fonte: *Legislação e Jurisprudência LGBTTT*, Ed. Letras Livres, Brasília, 2007.

familiares e cônjuges dos/as servidores/as fossem interpretados de modo a contemplar uniões homoafetivas.

Problematização do material de leitura e debate

1. O Argüente requereu que o STF desse aos dispositivos impugnados do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro interpretação conforme a certos princípios constitucionais que garantiriam às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres que os das heteroafetivas. Para defender essa tese, comentou o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição, a fim de que ele não fosse utilizado contrariamente ao pedido.

Questiona-se: (i) esse comentário era necessário? (ii) Ele constituiu um pedido implícito de declaração incidental ou uma explicação? (iii) Ao assumir o ponto de vista do Argüente quanto ao referido dispositivo, o STF estaria realizando que tipo de interpretação? (iv) Caso o STF venha a julgar o pedido procedente, ele estará reflexamente aceitando a referida interpretação?

2. Para firmar certa interpretação conforme a Constituição do que seja a "família" dos arts. 19, II e 33, e o "cônjuge" do art. 19, V, todos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, o Argüente requer que a Corte "declare que o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, às relações homoafetivas". Esse pedido é imprescindível para que a interpretação pretendida do Estatuto se efetue? Haveria conseqüências objetivas da assunção dessa compreensão pelo STF para além dos servidores civis do Estado do Rio de Janeiro?

3. Nas páginas 19-20 da inicial, o Argüente sustenta que a regra no direito é de que todos sejam tratados igualmente pela lei. Para excepcioná-la lícita e validamente, impõe-se o ônus da justificação racional da discriminação, que recai especialmente sobre certos assuntos, como gênero e cor da pele

(art. 3º, CF). Então, declara: “No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual”. Você concorda com isso?

A Suprema Corte de alguns países que reconhecem uniões homoafetivas, como o Canadá, em face da ausência de dispositivo que expressamente previsse a equivalência entre relações hetero e homossexuais e/ou proibisse a discriminação por orientação sexual, construiu o seguinte argumento, partindo de textos normativos que coíbem o preconceito contra gênero: há um casal do mesmo sexo que sofre discriminação; se um(a) deles(as) tivesse o sexo oposto, não a sofreria; logo, a discriminação se dá com fulcro no gênero; é, portanto, discriminação ilegal e/ou inconstitucional. No Brasil, para defender o reconhecimento de uniões homoafetivas, é preciso utilizar essa tese? Convém?

4. O Argüente detém legitimidade para pedir a revisão do entendimento majoritário ou assente de todos os tribunais de justiça do país? E apenas a do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro? Isso não poderia configurar uma violação à separação de poderes e à estrutura federativa? E se o assunto fosse referente ao ICMS?

5. Ao apreciar a medida cautelar na ADI nº 3300, ajuizada pela Associação da Parada do Orgulho de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, o Min. Celso de Mello (relator) extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que regulamentou o parágrafo 3º do art. 226 da CF, reconhecendo como entidade familiar *unicamente* “a união estável entre o homem e a mulher”. À enunciação da decisão adicionou o magistrado:

“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental – cumpre registrar (...)

que o magistério da doutrina (...) tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro (...)" (grifei)

O comentário sublinhado, proferido em fevereiro de 2006, tornou-se realidade: foi ajuizada a ADPF 132, ora analisada. Na inicial da ADPF há reprodução de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁷, datado de agosto de 2005, que estampa argumentos com redação idêntica à dos aduzidos pelo Min. Celso de Mello na ADI recém-mencionada.

Por que o Min. Celso de Mello teria manifestado sua opinião quanto ao mérito da ADI 3300 se o processo foi extinto com fundamento em preliminar? Essa manifestação pode ter influenciado de algum modo o Argüente da ADPF 132? Quais efeitos podem ter esse tipo de manifestação do ministro sobre a ADPF 132?

6. Antes de sustentar a ausência de pertinência temática que justificasse a legitimidade ativa do Governador do Rio de Janeiro para a propositura da ADPF, o representante da AGU afirmou que seria "inquestionável o interesse do requerente em postular decisão desse Pretório Excelso que uniformize em seu Estado, seja no âmbito administrativo, seja no judicial, o tratamento jurídico conferido ao servidores", mas que "não lhe assist[iria] legitimidade para postular idêntica providência no âmbito de outros Estados ou da União".

É plausível que haja pertinência temática relativa ou parcial? Há clareza e consistência na apresentação do posicionamento da AGU quanto às preliminares? Caso o STF julgue esta ação procedente exclusivamente para efeitos no Estado representado pelo Argüente, seria possível que servidores civis homossexuais residentes em outros Estados, prejudicados por decisões locais fundadas nas mesmas alegações jurídicas relatadas pelo Argüente, valessem-se de reclamação constitucional para exigir a observância da

⁷ AC 2000.71.00.009347-0, Rel. João Batista Pinto Silveira.

compreensão esboçada neste caso, com base na objetividade do controle de constitucionalidade da ADPF?

7. No *amicus curiae* proposto por Conectas Direitos Humanos, Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH) e Grupo Gay da Bahia (GGB) é sugerida a análise do caso sul-africano Fourie. Assevera-se que “Na África do Sul, como no Brasil, a discriminação por orientação sexual é proibida pela Constituição”: “*The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone in one or more grounds, including (...) sexual orientation (...)*” (Seção 9(3) da Constituição Sul Africana).

Diante disso, pergunta-se: (i) a Constituição brasileira possui dispositivo equivalente a esse? Qual?; (ii) exatamente o que, desse caso, serve para o julgamento de procedência da ADPF nº 132?