



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132**

Min. Carlos Ayres Britto

A SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO, doravante **SBDP**, entidade de ensino e pesquisa sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 73.946.022/0001-12, com sede à Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7º andar, Vila Mariana, CEP: 04003-010 - São Paulo, SP (doc. 01), por meio de seu presidente Carlos Ari Sundfeld (doc. 02), vem perante Vossa Excelência, nos autos da **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132** - sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva, - propor o presente **AMICUS CURIAE** pelos fundamentos apresentados a seguir.

I. ADMISSIBILIDADE DA SBDP PARA A PROPOSITURA DO PRESENTE *AMICUS CURIAE*

A **SBDP** é uma entidade que tem como objetivo a associação de especialistas, brasileiros e estrangeiros, na área do direito público, visando à pesquisa e ao estudo multidisciplinar desse ramo do direito, bem como sua divulgação e aprimoramento, através de cursos, seminários, congressos e publicações (art. 2º do estatuto da **SBDP** – doc. 1). Nesse sentido, a **SBDP** coloca-se como um canal democrático para a troca de opiniões e o debate de novas teorias entre os estudiosos das ciências humanas, almejando a formação de uma nova geração de juristas, engajada no aprimoramento do direito, de forma a responder às necessidades da sociedade contemporânea e da economia globalizada.

Um dos principais focos de estudo da **SBDP** é a *justiça constitucional*, tema sobre o qual a entidade promove atividades de ensino, pesquisa e eventos. Tais atividades relacionam-se notadamente às principais questões da pauta de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), em especial àquelas que envolvem direitos fundamentais, como é o caso da ADPF 132, que inseriu na agenda do STF a discussão sobre a união estável homoafetiva.

A elaboração do presente *amicus curiae* é resultado do envolvimento de graduandos em direito da *Escola de Formação*, centro de estudos e pesquisas da **SBDP** que promove a análise e a leitura sistemática da jurisprudência do STF¹. Durante o segundo semestre de 2008, a questão da união estável homoafetiva foi abordada, a partir da ótica da ADPF 132, nos encontros da

¹ É possível conferir a produção científica dos alunos da Escola de Formação toda voltada à jurisprudência constitucional do STF no site da SBDP (<http://sbdp.org.br/monografia.php>) ou ainda na recente publicação COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana (Orgs.) *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

Escola de Formação, dentro do objetivo da **SBDP** de formar uma geração de juristas que esteja aberta a novas teorias e interpretações do direito, de modo a colaborar na construção de instituições político-jurídicas que ampliem tanto o respeito aos direitos humanos fundamentais quanto às garantias a estes relacionadas.

A participação da **SBDP** como *amicus curiae* na ADPF 132 mostra-se importante, uma vez que a entidade assume o propósito de colaborar com a busca da inovação no campo jurídico, baseada no respeito aos direitos humanos fundamentais, por meio de novos argumentos e concepções que auxiliem, de algum modo, o Supremo Tribunal Federal. Ademais, a requerente tem efetivo interesse, comprovado através de seus objetivos estatutários e de suas atividades acadêmicas, em participar como *amicus curiae* na ADPF 132. Portanto, a entidade busca incidir qualificadamente no processo de interpretação constitucional de um tema de extrema relevância para toda a sociedade, que é a aplicabilidade, aos casais homossexuais, dos direitos relacionados ao instituto da união estável.

Ao pleitear sua inserção como *amicus curiae* nos autos da ADPF 132, a **SBDP** procura ampliar o caráter democrático da decisão referente a essa ação, que possuirá grande impacto social, como ocorre em boa parte dos julgamentos de controle de constitucionalidade proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. A recepção do *amicus curiae*, portanto, reforça a legitimidade do processo decisório do tribunal, conforme afirmou o Ministro Celso de Mello em decisão monocrática referente à ADI-MC 3268/RJ:

“Impõe-se registrar, neste ponto, que a razão de ser que primordialmente justifica a intervenção do "*amicus curiae*" apóia-se na necessidade de pluralizar o debate em torno da constitucionalidade, ou não, de determinado ato estatal, em ordem a conferir maior coeficiente de legitimidade democrática ao julgamento a ser proferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata (...). (ADI-MC 3268/RJ, Min. Celso de Mello, julgamento em 20/10/2004).

Vê-se, dessa maneira, que a **SBDP** possui interesse na ADPF 132, a justificar a sua participação no presente debate. As razões acima expostas tornam desejável e útil a atuação processual pleiteada, uma vez que poderão ser agregados importantes elementos à adequada solução do litígio. Pluraliza-se, assim, a discussão travada nos autos, tanto em relação aos sujeitos envolvidos quanto aos argumentos que contribuirão para a solução judicial.

Posto isso, entende a requerente estar legitimada a pleitear o ingresso nos autos da **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132** na qualidade de *amicus curiae*, segundo os critérios de relevância da matéria e representatividade do postulante (art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99, aplicável analogicamente ao processo da ADPF).

II. ESTRUTURA DO *AMICUS CURIAE*

Defende-se por meio desse *amicus curiae* a constitucionalidade do reconhecimento da união estável homoafetiva, questionada na ADPF 132.

Nenhum argumento plausível em um Estado de Direito democrático, pluralista e laico tem o condão de justificar a desigualdade de tratamento entre casais, famílias e uniões estáveis formadas por relações heterossexuais e homossexuais. De fato, as diferenças que existem entre essas formas de relacionamento não legitimam discriminações jurídicas.

Assim, que nome se poderia dar a essa situação, senão desigualdade ilegítima? Trata-se da conhecida desigualdade *against*, aquela que não serve para ampliar direitos e assegurar garantias constitucionais, como em ações afirmativas e políticas públicas – tendo como único efeito o impedimento de um direito fundamental.

Essa constatação se faz presente no desenvolvimento deste *amicus curiae*, que atenderá às seguintes etapas de argumentação:

1. O JUDICIÁRIO E O PROGRESSIVO RECONHECIMENTO DE DIREITOS

O reconhecimento de direitos não é tarefa restrita ao Poder Legislativo. A margem criativa do processo interpretativo de direitos fundamentais torna o judiciário um *locus* apto ao reconhecimento de direitos até então não expressos na legislação. Assim, o judiciário também tem um papel construtivo dos direitos, especialmente quando estes não são reconhecidos na vigência da regra da maioria. Exemplo dessa atuação criativa foi o reconhecimento judicial da união estável, que culminou com sua positivação na Constituição de 1988.

Nota-se que, na ausência de previsão jurídica específica, tribunais reconheceram juridicamente o elo entre casais por meio da figura da sociedade de fato.

1.1. Constitucionalidade da união estável homoafetiva: histórico e interpretação do art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal

O art. 226, § 3º, da Constituição Federal se deu em claro contexto histórico inclusivo. A entidade familiar deixava de ser reconhecida apenas por meio da figura jurídica do casamento, para abranger também as relações de fato estabelecidas entre companheiros, que compartilham projetos de vida em comum. O histórico inclusivo do art. 226, parágrafo 3º, desautoriza sua interpretação restritiva, que exclui do âmbito de proteção estatal as uniões estáveis homoafetivas. A expressão “é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar” não poderia ser interpretada de modo literal.

1.2. Histórico do reconhecimento jurisprudencial da união estável

As relações extramatrimoniais foram aos poucos reconhecidas em algumas situações. A adaptação dessas relações à figura jurídica da “sociedade de fato” caracteriza-se como uma escolha política, paulatinamente aceita pelo judiciário. Foi importado do Direito Societário esse instituto estranho ao Direito de Família na tentativa de fornecer a essas relações direitos de caráter patrimonial. Os maiores avanços sobre a matéria deram-se por meio da jurisprudência, no sentido de afastar injustiças causadas por leis restritivas. O maior destaque é dado ao Supremo Tribunal Federal, o qual renovou o instituto com a edição de quatro súmulas.

1.3. Reconhecimento jurisprudencial de direitos a casais homossexuais

A busca pelo reconhecimento judicial de direitos decorrentes de relações homoafetivas se tornou um fato recorrente no Brasil. Em razão disso, têm se formado correntes jurisprudenciais quanto ao tema no que toca às mais diversas repercussões jurídicas que ele apresenta.

1.3.1. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Cronologicamente, podemos verificar uma alteração paulatina dos direitos e da argumentação jurídica aplicados a casais homossexuais pelo STJ. A princípio, os argumentos aceitos eram os de co-propriedade, união de esforços e confluência na criação de um patrimônio, especialmente para a partilha de bens imóveis, argumentos estes típicos do reconhecimento da “sociedade de fato” a casais homossexuais. Posteriormente, foram reconhecidos direitos previdenciários e referentes a planos de saúde. Recentemente, em decisão paradigmática, o STJ admitiu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre homossexuais, tendo em vista o fato de que a legislação brasileira não proíbe expressamente a união estável homoafetiva (REsp. 820475/RJ – 2008).

1.3.2. Compilação da jurisprudência nacional

Compilação de decisões judiciais inovadoras de diferentes regiões e instâncias, agrupadas conforme os direitos reconhecidos.

1.3.3. Casos paradigmáticos

Dentre as várias decisões citadas no tópico anterior, duas merecem especial atenção, em função das consequências sociais por elas geradas, do seu significado simbólico e da presença de um núcleo argumentativo (*ratio decidendi*) que permite sejam consideradas como importantes precedentes para julgamentos posteriores que cuidem de discussões jurídicas análogas.

2. INÉRCIA DO LEGISLATIVO NO RECONHECIMENTO DE DIREITOS A HOMOSSEXUAIS

Inúmeras iniciativas de lei do Congresso Nacional buscam o reconhecimento ou a garantia de direitos relativos a homossexuais. A maioria dessas iniciativas é arquivada e as que ainda tramitam não recebem nenhum andamento há certo tempo. É notória a inércia do Poder Legislativo federal no que toca a direitos e garantias de homossexuais. É neste contexto de omissão que o STF tem um papel fundamental a cumprir enquanto Corte Constitucional e poder contramajoritário: o de reconhecer judicialmente direitos fundamentais a grupos de interesses minoritários, como os homossexuais.

3. CONCLUSÃO

4. RECONHECIMENTO DE EFEITOS *ERGA OMNES* À ADPF 132

1. O JUDICIÁRIO E O PROGRESSIVO RECONHECIMENTO DE DIREITOS

O juiz possui amplo espaço para suas escolhas, desde que fundamentadas na ordem jurídica. Sua atuação não é vinculada e depende do seu livre convencimento acerca da interpretação das normas e do caso concreto.

Um dos efeitos da indeterminação inerente à atividade judicial é a multiplicidade de interpretações possíveis a partir das decisões de diversas instâncias do judiciário brasileiro. O que pode parecer para alguns insegurança jurídica e incoerência da jurisprudência revela, em contrapartida, a possibilidade de adaptação e renovação da dogmática jurídica dentro dos tribunais.

É esta margem criativa do processo interpretativo de direitos fundamentais que torna o judiciário um *locus* apto ao reconhecimento de direitos até então não expressos na legislação. A construção dogmática do direito, via judiciário, pode acarretar mudanças legislativas, como a positivação de direitos. É possível que haja, portanto, um jogo entre os poderes, no qual o judiciário exerce importante papel no progressivo reconhecimento social de direitos.

Um bom exemplo disso é justamente o reconhecimento judicial da união estável, que culminou com a positivação desse direito na Constituição de 1988. Na ausência de previsão jurídica específica, tribunais reconheceram juridicamente o elo entre casais por meio da figura da sociedade de fato. Apesar de não ser uma figura jurídica do direito de família, a sociedade de fato soluciona alguns problemas de ordem patrimonial do casal. Outras decisões judiciais estenderam a aplicação de regras do casamento, previstas pelo direito de família, a tais relacionamentos. Paulatinamente, o judiciário construía dogmaticamente uma nova figura jurídica, a união estável. O mesmo percurso

jurisprudencial parece agora percorrer o reconhecimento de direitos a casais homossexuais.

Dessa forma, o legislativo não é o único *locus* apto ao reconhecimento de direitos, por meio de sua positivação. **É preciso ressaltar, no entanto, que legislativo e judiciário trabalham com lógicas diversas. No primeiro, vale a regra da maioria, enquanto o segundo é essencialmente contramajoritário. O reconhecimento de determinados direitos não encontra respaldo social, nem logra a composição de maiorias nas casas legislativas para a sua positivação. Não é por outra razão que o reconhecimento da figura da união estável foi progressivo e se deu via poder judiciário. Especialmente nesses casos, o judiciário exerce uma importante função de garantia de direitos fundamentais contramajoritários.**

Além disso, o reconhecimento judicial sinaliza para a sociedade que tais direitos existem e devem ser respeitados. Ele tematiza, insere na pauta social o debate sobre determinados direitos. É o judiciário servindo como meio de transformação social.

O Supremo Tribunal Federal (STF), dentro da estrutura do judiciário, desempenha um papel de extrema relevância ao interpretar a Constituição e ao garantir direitos fundamentais, seja pacificando determinadas discussões através do controle concentrado, seja ambientando a regulamentação jurídica de situações fáticas antes não previstas ou regradas.

Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição (Art. 102, caput, CF/88). Mais do que órgão de cúpula do judiciário, o STF é também corte constitucional. Esse *status* empresta às suas decisões nas ações do controle concentrado – como é o caso da presente ADPF – eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do judiciário e da administração pública direta e indireta, em todas as esferas, encerrando a possibilidade de revisão judicial de leis e atos normativos em face do texto

constitucional. Tal papel contramajoritário é desempenhado a partir da interpretação e aplicação da Constituição.

A primeira questão que se coloca neste *amicus curiae*, portanto, é: a união estável homoafetiva é permitida pela Constituição?

1.1. Constitucionalidade da união estável homoafetiva: histórico e interpretação do art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal

O art. 226, § 3º da Constituição Federal foi inserido em claro contexto histórico inclusivo. As considerações sobre a natureza da sociedade conjugal, apresentadas pela representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Sra. Comba Marques Porto, em palestra proferida junto à Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, são esclarecedoras do caráter inclusivo do reconhecimento jurídico das uniões estáveis²:

“Esta estrutura básica de família definida pelo direito vigente deve ser questionada pelo menos em dois níveis:

² Constituição Federal, art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - 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.

§ 8º - 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.

1º – adota-se um conceito de família excludente, defasado da realidade e originário de discriminações que atingem sobretudo as mulheres nas uniões de fato – as companheiras – e os filhos nascidos em situações não legitimadas pelo casamento;

2º – a relação conjugal estabelecida pelo casamento fundamenta-se no conceito de poder do homem sobre a mulher, a quem a lei atribui a função de colaboradora do marido na administração dos interesses do casal e dos filhos.

Não é de hoje que se discute a necessidade de reformulação do conceito de família até então consagrado em nossos institutos jurídicos. Já em 1947, Nelson Carneiro levantava a voz em defesa das companheiras, propondo a sua equiparação às esposas nos casos de união estável comprovada. Até hoje tal proposição não foi acolhida por nossos legisladores.

A jurisprudência veio gradativamente preenchendo o vazio da lei, admitindo alternativas como a possibilidade de se obter a declaração judicial da sociedade de fato para o fim de partilha dos bens, nos casos de dissolução da união concubinária.

Não obstante as conquistas na jurisprudência e a tendência da moderna doutrina no sentido de ampliar o conceito de família, ainda são muitos os entraves para que, na prática, seja eliminado o tratamento desigual. Tome-se como exemplo o fato de que, para obter a referida partilha dos bens, a companheira tem de enfrentar uma ação judicial que dificilmente dá a vitória às mulheres que não conseguem provar sua efetiva contribuição financeira para a aquisição do patrimônio comum ao casal.

Urge que a norma constitucional crie um novo patamar, aproximando o direito das transformações sociais ocorridas.

O que nos indica a realidade? Há ainda quem acredite que só há família se constituída pelo casamento, como quer a lei.

Em obra intitulada "Família", Edgar de Moura Bittencourt apresenta a estimativa de que "aproximadamente, metade da população brasileira (considerada a extensa área rural) é constituída por famílias naturais" (pág. 137).

Recente pesquisa publicada pelo Jornal do Brasil revelou o significativo aumento de mulheres "chefes" de família. São

situações de fato, em que o cônjuge ou companheiro abandona mulher e filhos ou deixa de contribuir para com o sustento da família. É também cada vez maior a incidência de mães solteiras e mesmo de mulheres separadas que, por opção, assumem; naturalmente, a "direção" de seu núcleo familiar.

Trata-se propriamente de questionar o conceito tradicional de sociedade conjugal, formulado a partir, única e exclusivamente, do pressuposto do casamento legal ou mesmo da união estável entre um homem e uma mulher.

Observa-se verdadeira mutação na composição dos agrupamentos familiares, podendo-se facilmente perceber que a família, na sua concretude, extrapola o limite estreito da chamada sociedade conjugal, fundamentada na relação afetiva entre pessoas de sexos diferentes.

Concretamente – só fazendo um parêntese – ocorre a separação, a mulher não se casa de novo. Uma mulher com três, quatro filhos, ou um primo, um parente que more junto, representam um agregado familiar. E, do ponto de vista jurídico, até então a Constituição não considera, para os fins de direito, a família sem ser aquela fundamentada no núcleo casamento, casamento legal, como define a Constituição.³

O reconhecimento das uniões estáveis consagra o afeto como elemento central da entidade familiar, tendo por consequência uma considerável ampliação do leque de proteção estatal à família. A entidade familiar deixa de ser reconhecida apenas por meio da figura jurídica do casamento, para abranger também as relações de fato que se estabelecem entre companheiros, que compartilham projetos de vida em comum.

O histórico inclusivo do art. 226, parágrafo 3º, desautoriza sua interpretação restritiva, que exclui do âmbito de proteção estatal as uniões estáveis homoafetivas. A expressão "é reconhecida a união estável **entre o**

³ Atas da Subcomissão da família, do menor e do idoso, p. 23. Disponível na Internet: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituente/8c%20-%20SUB.%20FAMÍLIA,%20DO%20MENOR%20E%20DO.pdf>

homem e a mulher como entidade familiar” não poderia ser interpretada de modo literal.

A previsão constitucional da união estável, portanto, representa o gênero, do qual as uniões hetero e homoafetivas são espécie. O reconhecimento expresso da união heteroafetiva estável não implica a negativa de reconhecimento da outra espécie, a união homoafetiva estável.

Negar proteção estatal a uniões estáveis em razão do sexo dos indivíduos que as compõem é inconstitucional. O art. 226, parágrafo 3º da Constituição deve ser lido conjuntamente ao que prevê tarefa constitucionalmente imposta à República, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CF/88).

O reconhecimento amplo da entidade familiar também foi objeto da lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Ao tratar da prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, a lei define o que é unidade doméstica e o que é família. De acordo com o art. 5º, inciso II, família é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, e, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, independentemente de orientação sexual. Tal conceito de família é bastante amplo e inclui as uniões estáveis homoafetivas. Se agregados e aparentados estão considerados no ambiente familiar, tanto mais companheiros que compartilham um projeto de vida comum⁴.

Sendo as uniões estáveis homoafetivas constitucionais, a segunda questão deste *amicus curiae* é: como elas têm sido reconhecidas judicialmente?

⁴ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (...)

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Antes da análise da jurisprudência referente a uniões estáveis homoafetivas, apresentamos brevemente o histórico do reconhecimento das uniões estáveis, de modo geral.

1.2. Histórico do reconhecimento jurisprudencial da união estável

Historicamente as relações extramatrimoniais eram juridicamente repreendidas. O concubinato não era tipificado como crime, mas também não era regulado. O Código Civil de 1916 absteve-se de regulamentar, ou mesmo conceituar, o concubinato, entretanto inseriu em seu texto regras repressoras deste.

Alguns direitos foram reconhecidos pontualmente a companheiros em leis esparsas, como a lei 3.724/1919 (indenização do companheiro em caso de acidentes de trabalho), o decreto 20.465/1931 e a lei 3.807/1960 (reconhecimento do companheiro pela previdência social), lei 6.015/1973 (consideração do companheiro para registros públicos).

A jurisprudência foi durante muito tempo reticente sobre o tema e alguns julgados acabaram por negar efeitos jurídicos a relações extramatrimoniais. No entanto, aos poucos, a relação natural foi reconhecida em algumas situações.

A adaptação dessas relações à sociedade de fato caracteriza-se como uma escolha política. Foi importado do Direito Societário esse instituto estranho ao Direito de Família na tentativa de fornecer a essas relações alguns direitos. Assim, passaram a ser tratadas como uma espécie de pessoa jurídica de direito privado (art.44 CC), regulada pelo título II do Código Civil.

O Recurso Especial 10521/PR do STJ, de 1992, reconheceu a existência da sociedade de fato, vinculada ao esforço comum, conforme ementa:

Reintegração de posse. Concubina. Composse. É de reconhecer-se a tutela possessória à concubina que permaneceu ocupando o apartamento após a morte do companheiro de longos anos e que postula, em ação própria, a meação do bem adquirido na constância da sociedade de fato, mediante o esforço comum. Recurso especial conhecido e provido.

Ressalta-se que a sociedade de fato estendida ao Direito de Família constituiu uma exceção do Código Civil, também existente para a sociedade singular com sócio incapaz e para a sociedade em comum, na qual o patrimônio particular e o patrimônio da sociedade se misturam.

Os maiores avanços sobre a matéria deram-se por meio da jurisprudência, no sentido de afastar injustiças causadas por leis restritivas. O maior destaque é dado ao Supremo Tribunal Federal, o qual renovou o instituto com a edição de quatro súmulas jurisprudenciais, a seguir transcritas:

Súmula 35: "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

Súmula 380: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Súmula 382: "A vida em comum sob o mesmo teto, 'more uxorio', não é indispensável à caracterização do concubinato".

Súmula 447: "É válida a disposição testamentária em favor de filho adúltero do testador com sua concubina".

A Constituição Federal de 1988 inovou em seu art. 226, §3º ao reconhecer a constituição da família mediante a união estável. Porém, a equiparação ao casamento não ocorreu, ou seja, o companheirismo não foi considerado como instituto equivalente e possuidor das mesmas características do casamento.

Em 1994 o instituto foi alargado pela lei 8.971, a qual tratava de direitos alimentícios entre companheiros. Essa lei foi substituída pela lei 9.278/ 1996, acrescentando o regime de bens ao companheirismo.

Ainda anterior à positivação da união estável, a jurisprudência já a conhecia, fazendo sua equiparação ao casamento, conforme exposto na Apelação com Revisão 534013-00/4 do SJ de São Paulo, julgado em 1998:

*Apelação 534013-00/4 TJ SP: Ainda que seja possível a **equiparação irrestrita da união estável ao casamento**, se ela foi desconstituída por sentença transitada em julgado, torna-se inviável o argumento de que o bem imóvel partilhado naquele feito deve ser considerado como de família, insuscetível de penhora, por força da lei nº 8.009/90. A dação em pagamento, forma de extinção da dívida, deve ser provada por quem a alega. (grifo)*

Porém, apenas com o Código Civil de 2002 e seu capítulo dedicado à união estável é que as posições mais sólidas e dominantes da jurisprudência e da doutrina sobre o assunto foram acolhidas.

A figura abaixo explicita como o reconhecimento jurisprudencial e legislativo de direitos a companheiros, via união estável, – comparativamente ao reconhecimento da sociedade de fato, – garante uma série de direitos inerentes à entidade familiar, que vão muito além da solução de conflitos de ordem patrimonial de companheiros. O reconhecimento paulatino da união estável representou um ganho significativo de direitos aos companheiros.

Direitos previstos	Sociedade de fato	União estável
1. Manutenção dos vínculos de afinidade	Sim	Sim
2. Adoção	Sim	Sim
3. Pátrio poder	Sim	Sim
4. Paternidade na separação	Sim	Sim
5. Dever de prestação alimentícia	Sim	Sim
6. Alimentos	Sim	Sim
7. Sucessão natural	Sim	Sim
8. Respeito e consideração mútua	Sim	Sim
9. Assistência moral e material recíproca	Sim	Sim
10. Guarda, sustento e educação dos filhos comuns	Sim	Sim
11. Regime comunhão de bens	Sim	Sim
12. Competência da Vara de Família	Sim	Sim
13. Segredo de Justiça	Sim	Sim
14. Vara cível	Sim	Sim
15. Licença em caso de enfermidade do companheiro	Sim	Sim
16. Em caso de transferência do companheiro, realocação	Sim	Sim

Legenda Não (vermelho) Sim (verde)

Figura: "Sociedade de fato" X "União estável"⁵

O que se discute hoje no poder judiciário e legislativo, como será visto a seguir, é justamente a aplicação dos direitos progressivamente reconhecidos à união estável em todas as suas formas, sejam hetero ou homoafetivas. O não reconhecimento da união estável homoafetiva representa a negação discriminatória – porque injustificada e restritiva – de direitos a um grupo determinado, o dos casais homossexuais. O reconhecimento jurisprudencial apenas da sociedade de fato nestes casos é discriminatório, pois responde juridicamente somente a conflitos de ordem patrimonial, excluindo a garantia de uma série de outros direitos (elencados acima), além de desprezar a dimensão afetiva dos relacionamentos homossexuais.

⁵ A tabela acima resulta de pesquisa elaborada por Nathalie Fragoso e Silva Ferro e Paula Rodrigues Sabra.

1.3. Reconhecimento jurisprudencial de direitos a casais homossexuais

A união estável homoafetiva, embora já fosse factível quando da Constituição de 1988, não foi expressamente regulada. É preciso saber como os tribunais têm reconhecido direitos às “uniões estáveis homoafetivas”, mesmo quando não aplicam expressamente este termo.

A busca pelo reconhecimento judicial de direitos decorrentes de relações homoafetivas se tornou um fato recorrente no Brasil. Em razão disso, têm se formado correntes jurisprudenciais quanto ao tema no que toca às mais diversas repercussões jurídicas que ele apresenta. Por exemplo, quanto a adoção, sucessões, partilha de bens *inter vivos*, bem de família, políticas públicas familiares, direitos previdenciários, direitos securitários privados, indenizações e sanções administrativas.

Primeiro, será apresentada cronologicamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que pode ser tomada como ilustrativa da evolução dos direitos estendidos judicialmente a casais homossexuais, bem como do tipo de argumentação jurídica empregada. Em seguida, apresentaremos decisões judiciais inovadoras de diferentes regiões e instâncias, agrupadas conforme os direitos reconhecidos.

Dentre as várias decisões, duas merecem especial atenção, em função das conseqüências sociais por elas geradas, do seu significado simbólico e da presença de um núcleo argumentativo (*ratio decidendi*) que permite sejam consideradas como importantes precedentes para julgamentos posteriores que cuidem de discussões jurídicas análogas.

1.3.1. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Cronologicamente, podemos verificar uma alteração paulatina dos direitos e da argumentação jurídica aplicados a casais homossexuais pelo STJ, exemplificados a seguir em quatro casos.

A princípio, os argumentos aceitos eram os de co-propriedade, união de esforços e confluência na criação de um patrimônio, especialmente para a partilha de bens imóveis, fundamentos estes típicos do reconhecimento da sociedade de fato a casais homossexuais⁶.

Posteriormente, foram reconhecidos direitos previdenciários e relativos a planos de saúde. Por exemplo, em casos decididos contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a Caixa Econômica Federal, entidades às quais não interessa a extensão de benefícios previdenciários entre os cônjuges a casais homossexuais.

O STJ garantiu a aplicação dos direitos decorrentes da união estável, embora não equiparasse a união homoafetiva a esta taxativamente. Contra o INSS, o Ministério Público (MP) apelou de sentença do primeiro grau, defendendo que no art. 226, § 3º, da CF, a figura jurídica da união estável não exclui relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. O STJ⁷ fixou entendimento que admitia a legitimidade do MP nestes casos, bem como os direitos e deveres exigíveis 'nos termos da união estável', visto que o aspecto afetivo do vínculo entre pessoas do mesmo sexo transpõe-se ao âmbito jurídico, ou seja, há prerrogativas similares às da união estável de modo que se permita ao MP agir nesses casos.

Em certame contra a Caixa Econômica Federal, referente a Plano de Saúde, o ministro relator⁸ mencionou, ainda que por *obiter dictum*, a instrução normativa do INSS – cuja edição foi motivada por ação civil pública – que estabeleceu a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

Recentemente, em decisão paradigmática, o STJ⁹ reconheceu que a Constituição não proíbe expressamente a união estável homoafetiva, de modo

⁶ Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 148897/MG – 1998).

⁷ Superior Tribunal de Justiça (REsp. 395904/RS – 2005).

⁸ Superior Tribunal de Justiça (REsp. 238715/RS – 2006).

⁹ Superior Tribunal de Justiça (REsp. 820475/RJ – 2008).

que possam os homossexuais vir a constituir uma família. A decisão admitiu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Por conseguinte, há cabimento em que a ação siga seu trâmite na vara de família.

Com a lide, o agrônomo Antônio Carlos Silva e o canadense Brent James Townsed objetivavam o reconhecimento da união estável para que o estrangeiro pudesse viver no Brasil, com visto permanente. É notadamente uma construção evolutiva, em que a possibilidade jurídica do pedido aceita pelo STJ abre caminho para uma nova fase na ampliação dos direitos decorrentes deste tipo de relação, agora também sob a ótica do direito de família.

1.3.2. Compilação da jurisprudência nacional

O reconhecimento de vínculos entre pessoas do mesmo sexo atende, também, a defesa constitucional da unidade familiar, da promoção do bem estar e da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da legalidade, segundo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Se o homossexual não é cidadão de segunda categoria, tal opção sexual não lhe diminui os direitos.¹⁰ A própria sociedade não aceita hoje essa discriminação.¹¹

É comum no Tribunal Regional da 2ª Região o argumento de que há lacunas entre a produção legislativa e as transformações por que passa a sociedade, cabendo ao juiz preenchê-las, de modo a evitar a discriminação pela opção sexual do indivíduo e o descompasso com a realidade social.¹²

O conceito de família não se restringe à formada pelo casamento, há outros modelos de entidades familiares criados pela Constituição e, além do mais, há princípios e garantias fundamentais de dignidade da pessoa humana,

¹⁰ AMS 2005.34.00.013248-1/DF

¹¹ AG 2003.01.00.000697-0/MG

¹² Apelação Cível 323577/2002

que reprimem o tratamento desigual no caso das uniões homossexuais. Concede-se a pensão previdenciária por óbito e a possibilidade de indicação prévia como beneficiário, comparando-se a companheira ao cônjuge.¹³

Também postula o TRF da 3ª Região que a garantia da união estável não pode ser discriminatória em relação aos homossexuais e que com base no princípio da isonomia, o companheiro ou companheira homossexual, desde maio/2001, por força de decisão judicial proferida na ação civil pública nº 2000.71.00.009347-0, da 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, teve reconhecido o direito de obter pensão por morte do companheiro participante do regime de previdência do Instituto Nacional do Seguro Social.¹⁴

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁵ dispôs sentença em defesa dos direitos da relação homoafetiva, rejeitando o agravo que pretendia a exclusão de companheiros homossexuais como dependentes do Regime Geral de Previdência Social. Considerou-se que as normas constitucionais, soberanas hierarquicamente, estão sujeitas à interpretação; não seria inconstitucional a lei e sim a aplicação da lei, ou seja, deve ser ampliado o uso da disposição legal por integração. Portanto, é possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, § 3º da Constituição Federal.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁶ reconheceu que a sociedade de fato que se estabelece entre casais homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado aos companheiros heterossexuais, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. Assim, reconhecida a sociedade de fato, devem ser aplicadas por analogia as regras da

¹³ Apelação Cível 388739/2002 e AC 410639/2005

¹⁴ Apelação Cível 1091320/2004

¹⁵ Agravo de Instrumento 400076434/2000

¹⁶ AGTR 52178/2004

lei dos servidores públicos quanto à pensão, considerando-se beneficiários os que comprovarem a união estável como entidade familiar.

Justiça Federal do Rio Grande do Sul¹⁷, no mesmo sentido, negou provimento ao recurso do Instituto Nacional do Seguro Social, o qual insurgia contra sentença que concedia benefício de pensão de morte para companheiro homossexual. A argumentação da decisão pautou-se no direito à isonomia, em uma sociedade justa e solidária, e, embora não reconheça expressamente a “união estável”, faz analogia à sociedade entre pessoas de sexo diverso, na qual se constata a dependência econômica.

Por sua vez, a Justiça Federal de São Paulo, por meio de Ação Civil Pública de 2004¹⁸, determinou que a Superintendência de Seguros Privados fosse compelida a regulamentar o direito da companheira ou companheiro homossexual à percepção de indenização em caso de morte do outro, na condição de seu dependente preferencial. O seguro em questão é o DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores), que permite o pagamento de indenização ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro, no caso de morte na constância do casamento ou união estável, nos mesmos moldes admitidos pela lei previdenciária. A decisão teve por base Ação Civil Pública que compeliu o INSS a disciplinar os procedimentos a serem adotados na concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual (Instrução Normativa 25 de 7 de Junho de 2000)¹⁹.

Por fim, o Tribunal Superior Eleitoral²⁰ reconheceu que a regra de inelegibilidade, à semelhança do que ocorre com casais em união estável heteroafetiva, também se aplica a companheiros de uniões estáveis homoafetivas. No limite, há o reconhecimento da união estável para aplicação de um ônus, o que será melhor detalhado a seguir.

¹⁷ Justiça Federal do Rio Grande do Sul (Recurso JEF 2004.71.95.001 102-0).

¹⁸ Ação Civil Pública nº 2003.61.00.026530-7

¹⁹ Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

²⁰ Tribunal Superior Eleitoral, Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral (ERESPE 24564/2004), originário do Pará.

1.3.3. Casos paradigmáticos

O caso da inelegibilidade do cônjuge

O processo eleitoral nº 24564, oriundo do Estado do Pará, aborda o registro de candidatura a cargo de prefeito de mulher que vivia relação estável com a prefeita reeleita do município. Dispõe o art. 14, parágrafo 7º da Constituição Federal:

“São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador do Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

Como se vê, a inelegibilidade se aplica ao cônjuge e aos parentes de até 2º grau. Ocorre que, para fins de aplicação dessa norma, já havia jurisprudência pacífica do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de ampliar a proibição eleitoral do cônjuge também à figura do companheiro em união estável.

A questão, portanto, era saber se poderia ser reconhecida a união estável homossexual, equiparando-a à heterossexual, para que se pudesse rejeitar a inscrição da pretensa candidata. Em outras palavras, importava afirmar se a união estável entre pessoas do mesmo sexo representaria um *fato jurídico*, produzindo efeitos no mundo do direito. No julgamento do TSE, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes (DJ 13.10.2004), entendeu-se por unanimidade que sim.

O Min. Luiz Carlos Madeira se limitou a acompanhar o Min. relator, cujo voto louvou. Os Min. Gilmar Mendes, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros e Caputo Barros claramente admitem que essa relação fática tem significado jurídico, do qual decorrem conseqüências eleitorais e políticas. Veja-se:

“Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, *acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral*” (Voto do Min. Gilmar Mendes – relator)

“*Vivemos tempos de verdade no que diz respeito ao amor, e a consequência política haverá de ser, sim, o impedimento.*” (Voto do Min. Francisco Peçanha Martins)

“Mas, não está em causa saber se existe ou não a ligação. Como demonstrou o Ministro Gilmar Mendes, *o que se discute é a consequência de uma ligação que o Tribunal de origem reconheceu como existente. E, apreciando essas consequências, não tenho nada a acrescentar ao primoroso voto do eminente Ministro Gilmar Mendes*” (Voto do Min. Humberto Gomes de Barros)

“E por reconhecer essa realidade dos fatos é que *temos de dar consequências jurídicas a essa realidade constatada*. Não estamos aqui em regime de contemplação, mas diante de um mundo real, concreto, onde as coisas acontecem” (Voto do Min. Caputo Bastos)

Mesmo o Min. Carlos Velloso, que evitou falar em união estável homoafetiva, não deixou de observar que:

“No caso, teríamos ofensa à *ratio legis* se, numa atitude conservadora, não reconhecermos, no âmbito do Direito Público Eleitoral, a existência dessa união homoafetiva nos moldes de uma união estável. O eminente relator demonstrou que o mundo evolui e é preciso reconhecer estas novas entidades que se formam. Desconhecer a realidade seria desconhecer o papel do Direito e, principalmente, do Direito Público” (Voto do Min. Carlos Velloso)

Diante de todas essas manifestações que reconheceram a juridicidade da união estável homoafetiva, cabe indagar: *seria possível conferir natureza jurídica a uma relação afetiva apenas para fins políticos ou eleitorais?*

É impossível que um vínculo afetivo seja considerado jurídico quando vem a acarretar ônus às pessoas envolvidas, mas que não o seja quando

poderia garantir direitos – sem que nisso haja violação ao princípio da isonomia.

Ao reconhecer o ônus jurídico, decorrente da aplicação de regras da união estável a casais homossexuais, o Tribunal Superior Eleitoral termina por produzir uma decisão que serve como precedente para o reconhecimento também dos direitos e garantias aplicados em uniões estáveis heteroafetivas.

O caso da inscrição de dependente no Regime Geral da Previdência Social do INSS

A ação civil pública 2000.71.00.09347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) em Porto Alegre, tinha por objetivo reconhecer aos companheiros homossexuais o direito de se inscreverem como dependentes de contribuintes no Regime Geral da Previdência Social do INSS.

O principal argumento do INSS era o de que o art. 16, parágrafo 3º da lei 8.213/1991 (Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social) restringiria o conceito de companheiro à pessoa não casada com quem o segurado vivesse em união estável heterossexual.

Contudo, o art. 16 da Lei de Benefícios Previdenciários remete a definição de companheiro para aquela insculpida na Constituição, nos termos do art. 226, parágrafo 3º²¹. Portanto, o ponto nodal do debate era definir se o referido dispositivo constitucional abarcaria ou vedaria uniões estáveis homoafetivas.

O juízo de primeiro grau concedeu liminar favorável ao pedido ministerial com efeitos em todo o território nacional, contra a qual o INSS interpôs agravo de instrumento perante o TRF da 4ª Região, bem como pedido de suspensão de liminar ao STF.

²¹ “Art. 16, § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal” (lei 8.213/1991).

No julgamento do agravo, reafirmando o entendimento *a quo*, a Sexta Turma decidiu que haveria de ser feita uma interpretação extensiva aos casais homossexuais do versado no artigo constitucional quanto às uniões estáveis (art. 226, par. 3º, CF) – negando que a Constituição Federal vedasse essa forma de relacionamento às pessoas de mesmo sexo:

“1. (...) o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal; sim, de ampliar seu uso, por interpretação.

2. É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, par. 3º, da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência” (Processo nº 200004010441440, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, Decisão de 27.06.2000).

Já no âmbito do STF, na Petição nº 1984-9 de suspensão dos efeitos da liminar, o Min. Marco Aurélio afirmou que o pedido então proposto pelo INSS suprimia instâncias de julgamento, vez que não havia sido esgotada a jurisdição originária. Não obstante essa questão formal, pontuou que:

“O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, par. 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.”

O INSS mais uma vez recorreu. No julgamento da apelação cível nº 2000.71.00.009347-0, o Des. Federal João Batista Pinto Silveira (relator) ementou desta maneira o acórdão:

“(…) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas.

7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento

indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais.

9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas.

11. Uma vez **reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar** e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (DJU 10.08.2005, grifamos)

O presente caso tem inegável relevância por ao menos três razões: (i) teve eficácia *ultra partes*, em todo o território nacional; (ii) a decisão foi analisada e reanalisada em diversas instâncias, tendo sido mantida; e, principalmente, (iii) para reconhecer o direito do dependente homossexual, foi feita uma interpretação constitucional fundamental – a de que o art. 226,

parágrafo 3º da Constituição Federal não exclui a possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões homoafetivas.

Isso porque a Constituição Federal não veda expressamente essa forma de relação. Além disso, a vedação não poder ser presumida, por consistir em restrição a direito. Por outro lado, há a exigência, dever e garantia individual, de todos serem tratados com igual respeito e consideração.

2. INÉRCIA DO LEGISLATIVO NO RECONHECIMENTO DE DIREITOS A HOMOSSEXUAIS

Como é possível visualizar no Apêndice 1 deste *amicus curiae*, inúmeras iniciativas de lei do Congresso buscam o reconhecimento ou a garantia de direitos relativos a homossexuais. A maioria dessas iniciativas foi arquivada e as que ainda tramitam não recebem nenhum andamento há certo tempo²². É notória a inércia do Congresso Nacional no que toca a direitos e garantias de homossexuais.

Tal inércia pode conter inúmeras justificativas, desde deficiências institucionais do Congresso Nacional, até a que talvez seja a principal, a falta de interesse de deputados e senadores em aprovar projetos polêmicos, que não encontram amplo respaldo social ou mesmo entre os próprios congressistas.

Na pesquisa realizada sobre proposições legislativas da Câmara dos Deputados e Senado Federal²³ foi possível identificar inúmeros temas relativos a direitos de homossexuais, tais como: união homoafetiva, adoção, benefícios aos dependentes para o INSS, servidores públicos e planos de saúde,

²² Por exemplo, o PL 1151/1995, da ex-deputada Marta Suplicy foi retirado da pauta em 2001, por acordo dos Srs. Líderes. Apenas em 2007 foi pedido o retorno do projeto à pauta, mas a solicitação ainda não foi respondida.

²³ Sistema de busca por proposições legislativas da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) e do Senado Federal (www.senado.gov.br).

alterações no âmbito penal, medidas para o combate ao preconceito, doação de sangue, e apoio psicológico. Em sua maioria as proposições legislativas buscavam ampliar o reconhecimento de direitos aos homossexuais, mas também foram encontradas proposições com viés discriminatório negativo²⁴.

Várias proposições legislativas buscavam o reconhecimento da união homoafetiva estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou ainda resguardavam direitos relativos à previdência social e aos planos de saúde para casais homossexuais.

As propostas referentes à união homoafetiva pretendem a legalização do casamento de pessoas de mesmo sexo e também a permissão da união homoafetiva estável. O reconhecimento da união estável para casais heterossexuais sofreu mudanças ao longo de seu entendimento, e por isso os projetos em questão buscam a adequação para garantia dos mesmos direitos aos casais homossexuais.

Os projetos relativos aos benefícios previdenciários e aos planos de saúde garantem o direito da inscrição do companheiro homoafetivo na situação jurídica de dependente. Tal inscrição terá validade, seja para reconhecimento do companheiro como dependente no plano de saúde, ou como beneficiário dependente para segurados do INSS, ou servidores públicos.

Apenas um projeto restringiu direitos homossexuais no ambiente familiar, ao propor a proibição da adoção por casais homossexuais, mas este foi julgado prejudicado pela existência do PL 6222-B/2005 (com o número de origem PLS 314/04) que prevê mudanças para o sistema de adoção no Brasil.

²⁴ A exemplo dos PLs 2177/2003 e 5816/2005 que oferecem apoio psicológico para aqueles que quisessem deixar, por livre vontade, de ser homossexual. Ambos foram rechaçados na Comissão de seguridade social e família (CSSF) com o argumento de que propostas como essas apenas acentuariam ainda mais o preconceito já existente na sociedade, e ainda seria um retrocesso, pois a homossexualidade há tempos já deixou de ser considerada uma doença ou desvio psicológico.

A partir da leitura deste último PL, referente à adoção no Brasil, foi possível notar que o conceito de família foi estendido, tendo recebido a versão final do projeto pela Câmara dos Deputados a seguinte redação: “art. 25, parágrafo único: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela de se estende para além da unidade pais/filhos e/ou da unidade casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.” (NR).

Houve ainda uma proposta de realização de um plebiscito para deixar a cargo da sociedade a decisão sobre a legalização da união homoafetiva. Porém, a proposta foi arquivada por contrariar o disposto no art. 3º da Lei nº. 9.709/98 ²⁵.

Neste contexto de inércia do Congresso Nacional, o STF tem um papel fundamental, enquanto Corte Constitucional e poder contramajoritário, a desempenhar: o de reconhecer judicialmente direitos fundamentais a grupos de interesse minoritários, como os homossexuais, e, em especial, no que tange a presente ADPF, o reconhecimento da união estável homoafetiva.

3. CONCLUSÃO

O presente instrumento apresentou como tese central a necessidade de aplicar o reconhecimento do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas, bem como a declaração da constitucionalidade da união estável homoafetiva. Para tanto, recorreu a uma estrutura argumentativa que apresenta duas principais vertentes.

A primeira demonstrou a extrema relevância da atividade judicial no progressivo reconhecimento de direitos, sobretudo daqueles que não se encontram expressos na legislação, fato que resultou, por exemplo, no

²⁵ Lei 9.709/98: Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

reconhecimento judicial da união estável, até então carente de previsão jurídica específica, que culminou com a positivação deste direito na Constituição de 1988. Para evidenciar este fato, utilizou-se do histórico do reconhecimento jurídico da união estável para demonstrar que também é possível o reconhecimento judicial da união estável homoafetiva.

Buscou-se também sustentar a constitucionalidade da união estável homoafetiva a partir da interpretação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal em consonância a outros dispositivos constitucionais de não discriminação e igualdade. Outros dados importantes para a tese foram apresentados, tais como o desenrolar da jurisprudência nacional e casos paradigmáticos que muito contribuem para a tese central.

A segunda vertente argumentativa referiu-se à inércia do legislativo no reconhecimento de direitos aos homossexuais. Presume-se que tal inércia derive da falta de interesse de deputados e senadores em aprovar proposições legislativas polêmicas, que não encontram amplo respaldo social ou mesmo entre os próprios congressistas.

Neste contexto, o STF é fundamental enquanto Corte Constitucional e poder contramajoritário para reconhecer judicialmente direitos fundamentais a grupos de interesses minoritários, como os homossexuais, em especial, ao reconhecimento da união homoafetiva.

Além dessas duas teses centrais, o presente *amicus curiae* defende ainda a necessidade de o STF conferir efeitos *erga omnes* – em âmbito nacional e a todos os casais homossexuais – à interpretação que reconheça a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas, bem como a declaração da constitucionalidade da união estável homoafetiva, como será desenvolvido a seguir.

4. RECONHECIMENTO DE EFEITOS *ERGA OMNES* À ADPF 132

O STF desempenha o papel de Corte Constitucional com a incumbência precípua de guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar originalmente, em sede de controle concentrado, dentre outras, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do judiciário.

A eficácia *erga omnes* significa que a declaração de constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo se estende a todos os feitos em andamento, paralisando-os com o desfazimento dos efeitos das decisões neles proferidas no primeiro caso ou com a confirmação desses efeitos no segundo caso. Mas quer dizer também que o ato, dali por diante, é constitucional sem possibilidade de qualquer outra declaração em contrário, ou inconstitucional, com o que se apaga de vez sua eficácia no ordenamento jurídico²⁶.

A pergunta que se coloca para os ministros do STF na presente ADPF é: Os efeitos da eventual interpretação do STF que reconheça a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas, bem como a declaração da constitucionalidade da união estável homoafetiva, poderiam ser restritos ao Estado do Rio de Janeiro e aos seus servidores públicos estaduais?

Este entendimento restritivo dos efeitos da ADPF 132 é o posicionamento defendido pela Advocacia Geral da União na manifestação apresentada aos autos:

“Com efeito, é 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 aos servidores públicos estaduais que mantêm relação homoafetiva estável. Por outro lado, não lhe assiste legitimidade para postular idêntica

²⁶ José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30ª edição, p. 60.

providência no âmbito de outros Estados ou da União (...) razão pela qual não se pode admitir, por falta de pertinência temática, que o mesmo seja legitimado a questionar a compatibilidade de decisões judiciais de outros órgãos jurisdicionais”²⁷

O presente *amicus curiae* entende que não faz sentido reconhecer restritivamente/parcialmente a interpretação constitucional que venha a ser adotada pela ADPF sob a alegação de falta de pertinência temática. Uma vez apresentada a petição inicial pelo Estado do Rio de Janeiro, o STF é chamado a julgar a constitucionalidade da união estável homoafetiva, fato que por sua própria natureza exige uma postura de Corte Constitucional, cuja interpretação jurídica é dada *objetivamente* a partir de uma norma de *vigência nacional* (a Constituição Federal), razão pela qual possui efeitos *erga omnes* e não *inter partes*, como tribunal recursal²⁸. Ora, o entendimento do STF será determinante para o reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva em todo o ordenamento jurídico brasileiro, não havendo, após o julgamento por essa Corte, questionamentos a respeito da matéria.

Por essa razão, a interpretação constitucional deveria abranger todos os casais homossexuais, servidores ou não, residentes no Estado do Rio de Janeiro ou não, sob pena de se ferir o princípio da igualdade. Como entende José Afonso da Silva²⁹, a concepção do princípio da igualdade também constitui uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento

²⁷ Manifestação da AGU acerca da ADPF 132, 2º tópico “Preliminares – Do conhecimento parcial da ADPF, pág. 5/6.

²⁸ A própria divisão entre controle de constitucionalidade difuso e concentrado encontra-se em mutação na jurisprudência do STF, aproximando o tribunal de sua função de Corte Constitucional. A recente relativização da separação estrita desses controles está presente nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Rcl 4335, a respeito da transcendência dos efeitos do controle difuso. A própria admissão da Reclamação 4335, sob a alegação do Reclamante de descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, apresenta-se como flexibilização do controle de constitucionalidade.

²⁹ José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30ª edição, p.218

que não crie distinções entre situações iguais ao aplicar a lei. Portanto, afronta-se o princípio da igualdade ao reconhecer somente aos servidores do Rio de Janeiro a união homoafetiva estável, não a estendendo aos demais Estados e à União.

A interpretação constitucional dada pelo STF não pode reforçar a desigualdade de tratamento de homossexuais em nome da autonomia dos entes federativos, tal como acontece atualmente em termos de regulamentação sobre orientação sexual em Estados e Municípios brasileiros (vide Apêndice 2). Com efeito, na ausência de norma federal específica, tem-se hoje a ocorrência de desigualdades no exercício de direitos fundamentais mesmo entre homossexuais de diferentes cidades e estados do país.

Por isso, parece notório que ainda que o STF julgue esta ação procedente exclusivamente para os servidores do Estado do Rio de Janeiro, será possível que servidores civis homossexuais residentes em outros Estados, prejudicados por decisões locais fundadas nas mesmas alegações jurídicas relatadas pelo Argüente, valham-se do instrumento de Reclamação constitucional para exigir a observância da compreensão esboçada neste caso.

III. PEDIDO DO *AMICUS CURIAE*

Diante do acima do exposto, requer-se:

- a) a admissão da presente manifestação na qualidade de *amicus curiae* nos autos da ADPF 132;
- b) a permissão de sustentação oral dos argumentos em plenário, quando do julgamento da ação;
- c) caso não acolhidos os pedidos anteriores, a recepção da presente petição e documentos como memoriais;

- d) o reconhecimento da constitucionalidade da união estável homoafetiva;
- e) caso reconhecida a constitucionalidade da união estável homoafetiva, a não restrição dos efeitos da presente decisão aos casais homossexuais referidos nos termos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei n. 220, de 18.07.1975).

Termos nos quais pede deferimento.

De São Paulo para Brasília,

14 de abril de 2009.

Carlos Ari Sundfeld

OAB/SP 70059

Presidente da Sociedade Brasileira de
Direito Público

Evorah Lusci Costa Cardoso

OAB/SP 270611

Coordenadora da Escola de Formação
(2º sem 2008)

Alunos e pesquisadores participantes do *amicus curiae* da Escola de Formação 2008 da Sociedade Brasileira de Direito Público:

Adriana de Moraes Vojvodic

Bruna Romano Pretzel

Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro

Flávia Xavier Annenberg

Gabriela dos Santos Gusson

Gabriele Estábil Bezerra

Gisela Barroso Istamati

João Bosco Leite dos Santos Júnior

Marco Aurélio Purini Belem

Nathalie Fragoso e Silva Ferro

Paula Rodrigues Sabra

Priscila Aki Hoga

Veridiana Mansour Mendes

APÊNDICE 1: TEMATIZAÇÃO DE DIREITOS DE HOMOSSEXUAIS NO CONGRESSO NACIONAL

UNIÃO HOMOAFETIVA				
Nº do PL	Autor	Posição	Dispõe sobre	Situação
1. Regularização de casamento ou união estável				
PL 2285/2007	Sergio Barradas Carneiro PT/BA	A favor	Estatuto da família que regula todo trâmite de casamento, comunhão de bens, não faz distinção de sexo para casamento.	Aguardando parecer
PL 580/2007	Clodovil Hernandez PTC/SP	A favor	Altera o código civil e cria o art. 839-A, para regularizar por meio de contrato a união homoafetiva.	Aguardando parecer
PL 6874/2006	Laura Carneiro PFL/RJ	A favor	Idem (idêntica à proposta do Clodovil)	Arquivada
PL 1151/1995	Marta Suplicy PT/SP	A favor	Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências	Pronto para pauta
PEC 70/2003	Senador Sérgio Cabral	A favor	Altera o parágrafo 3 do art. 226 da CF, para permitir a união estável entre casais homossexuais.	Arquivado. Foi retirado do trâmite por pedido do próprio autor
1. Plebiscito para consulta popular acerca da legalização da união homoafetiva				
PDC 2076/2005	Aledor Viera PMDB/SC		Convoca plebiscito sobre a legalização da união civil entre pessoas do mesmo sexo.	Arquivado
2. Adoção por casal homoafetivo				
PL 3323/2008	Walter Brito Neto PRB/PB	Contra	Altera o ECA, para vedar a adoção por casal do mesmo sexo.	Julgado prejudicado pela existência do PL 6222/2005, que cuida sobre a adoção.
3. Benefícios previdenciários e planos de saúde				
PL 3712/2008	Maurício Rands PT/PE	A favor	Inclui na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o(a) companheiro (a) homossexual do(a) contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física e dá outras providências.	Aguardando designação de relator
PL 6309/2005	Laura Carneiro PFL/RJ	A favor	Proíbe a empresa operadora de plano de saúde de frustrar ou impedir a inscrição de dependente companheiro ou companheira do mesmo sexo do beneficiário.	Arquivada
PL 6297/2005	Maurício Rands PT/PE.	A favor	Inclui na situação de dependente, para fins previdenciários, o(a) companheiro(a) homossexual do(a) segurado(a) do INSS e o companheiro(a) homossexual do(a) servidor(a) pública civil da União.	Aguardando parecer
ALTERAÇÕES NO ÂMBITO PENAL				
Nº do PL	Autor	Posição	Dispõe sobre	Situação
PL 4243/2004	Edson Duarte	A favor	Estabelece o crime de preconceito por orientação sexual, alterando a Lei nº.	Arquivada

	PV/BA		7.716, de 5 de janeiro de 1989.	
PL 122/2006	Iara Bernardi PT/SP	A favor	Altera o Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual.	Aprovada a redação final pela Câmara. Remessa ao Senado para apreciação. Parecer favorável do poder executivo.
PL 6186/2002	Nair Xavier Lobo PMDB/GO	A favor	Inclui como crime a discriminação ou preconceito contra a orientação sexual.	Arquivada
PL 2367/2000	Vicente Caropreso PSDB/SC.	A favor	Altera o art. 1º da Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor", para incluir os de gênero e de opção sexual.	Arquivada
PL 1904/1999	Nilmário Miranda PT/MG	A favor	Define como crime a discriminação ou preconceito de etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual.	Arquivada
PL 2279/2003	Elimar Máximo Damasceno PRONA/SP	Contra	Torna contravenção penal o beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo em público.	Arquivada
PL 6871/2006	Laura Carneiro PFL/RJ	A favor	Altera a redação do art. 235 do Código Penal Militar, excluindo do nome o termo "pederastia", a expressão "homossexual ou não" e acrescentando parágrafo único, para excepcionar a incidência no caso de ser consentido pelas duas pessoas.	Plenário Apensada com o PL 2773/2000
MEDIDAS PARA COMBATER O PRECONCEITO				
Nº do PL	Autor	Posição	Dispõe sobre	Situação
PL 4530/2004	Comissão Especial Benjamin Maranhão PMDB/PB	A favor	Cria o Plano Nacional de Juventude de competência da União, Estados, (DF) e Municípios, para a elaboração e cumprimento de políticas públicas para o desenvolvimento da cidadania e incentivo às organizações sociais da juventude para o combate à exclusão social, índio, afrodescendente, negro, pessoa portadora de deficiência, homossexual e mulheres.	Pronta para pauta
PL 3817/2004	Maninha PT/DF	A favor	Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual.	Arquivada
PL 379/2003	Laura Carneiro PFL/RJ	A favor	Institui o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual, a ser comemorado no dia 28 de junho, anualmente.	Aguardando deliberação de recurso
PL 5430/2001	Nair Xavier Lobo PMDB/GO	A favor	Idem ao PL 379/2003 Laura Carneiro	Arquivada
PL 279/2003	Jair Bolsonaro PTB/RJ e outros	Contra	Contra o PL nº. 379, de 2003, que "Institui o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual"	Tramitando em conjunto
PL	Fátima	A favor	Institui o Dia Nacional de Combate a	Regime de urgência

81/2007	Bezerra PT/RN		Homofobia, a ser comemorado no dia 17 de maio	
PL 7052/2006	Iara Bernardi PT/SP	A favor	Idem	Arquivada
SAÚDE				
Nº do PL	Autor	Posição	Dispõe sobre	Situação
PL 4373/2008	Sueli Vidigal PDT/ES	A favor	Proíbe tratamento discriminatório aos cidadãos doadores de sangue por parte das entidades coletoras.	Encaminhamento à Comissão
APOIO PSICOLÓGICO				
Nº do PL	Autor	Posição	Dispõe sobre	Situação
PL 5816/2005	Elimar Máximo Damasceno PRONA/SP	Contra	Trata-se de projeto pretende oferecer auxilio psicológico para homossexuais que querem virar heterossexuais.	Arquivada
PL 2177/2003	Neucimar Fraga PL/ES	Contra	Idem	Arquivada

Observação: A tabela acima resulta de pesquisa de Priscila Aki Hoga por projetos de lei (PL) e propostas de emendas constitucionais (PEC) nos sistemas de busca da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) e do Senado Federal (www.senado.gov.br), com o emprego dos seguintes termos: união homoafetiva, homoafetivos, homossexualidade, homossexual, homossexuais, homofobia, LGBTTT.

**APÊNDICE 2: ESTADOS E MUNICÍPIOS EM QUE HÁ NORMAS EXPRESSAS
RELATIVAS À ORIENTAÇÃO SEXUAL**

	<i>Constituição Estadual (ou Lei Orgânica Distrital) que proíbe a discriminação</i>	<i>Lei Orgânica Municipal que proíbe a discriminação ou que garante a igualdade</i>	<i>Norma de proteção à livre orientação sexual*</i>	<i>Norma com previsão de ações públicas**</i>	<i>Norma de proibição da discriminação por orientação sexual</i>	<i>Norma de sanção à discriminação por orientação sexual</i>
ALAGOAS	X					
<i>1 Município</i>						Maceió
AMAPÁ						
<i>1 Município</i>		Macapá				
BAHIA						
<i>1 Município</i>						Salvador
CEARÁ						
<i>1 Município</i>		Fortaleza			Fortaleza	
DISTRITO FEDERAL	X			X		X
<i>0 Município</i>						
GOIÁS						
<i>1 Município</i>		Goiânia				
MATO GROSSO	X					
<i>0 Município</i>						
MATO GROSSO DO SUL				X		X
<i>1 Município</i>				Campo Grande		
MINAS GERAIS				X		X (2)
<i>3 Municípios</i>		Paracatu	Belo Horizonte	Juiz de Fora	Juiz de Fora	Belo Horizonte
PARÁ	X					
<i>0 Município</i>						
PARAÍBA				X	X (2)	
<i>0 Município</i>						
PARANÁ						
<i>2 Municípios</i>					Londrina	Foz do Iguaçu
PERNAMBUCO						
<i>1 Município</i>				Recife	Recife	Recife (2)
PIAUI						X (2)
<i>1 Município</i>				Teresina		
RIO DE JANEIRO			X		X (2)	
<i>1 Município</i>					Rio de Janeiro	Rio de Janeiro
RIO GRANDE				X		

DO NORTE						
<i>1 Município</i>						Natal
RIO GRANDE DO SUL			X			
<i>1 Município</i>		Porto Alegre				
SANTA CATARINA					X	
<i>1 Município</i>		Florianópolis				
SÃO PAULO				X	X	
<i>5 Municípios</i>		Campinas, São Bernardo do Campo e São Paulo		Campinas		Campinas (2), Guarulhos, São José do Rio Preto
SERGIPE	X					
<i>1 Município</i>		Aracaju				
TOTAL de normas	5 (E)	10 (M)	2 (E) + 1 (M) = 3	6 (E) + 5 (M) = 11	6 (E) + 5 (M) = 11	6 (E) + 12 (M) = 18

Observação: A tabela acima resulta de sistematização e atualização de dados até março de 2007, realizada por Fernanda Salgueiro a partir de informações obtidas em KOTLINSKY, Kelly (org.), *Legislação e Jurisprudência LGBTTTT*, Brasília: Letras Livres, 2006.

* As normas (leis ou decretos) estaduais recebem um "X", ao passo que as municipais possuem a indicação do nome do município.

**Por exemplo, assistência social e combate à discriminação.

Comentários: É interessante notar que das 43 leis e decretos estaduais e municipais encontrados nenhum é de data anterior a 1995, 16 foram promulgados entre 1995 e 2000 (37,2% aprox.), e os 27 restantes, entre 2000 e 2007 (62,8% aprox.) – até a data da pesquisa-fonte. Esses dados dão notícia da necessidade prática de evidenciar a proteção jurídica à orientação sexual e às relações dela decorrentes, o que tem se sentido de forma notável nos últimos dez anos, nos quais houve crescente legiferância nessa diretriz.

Os estados e municípios têm adaptado suas normas à consagração de relações homossexuais *sponte propria*, mas não é o que se verifica na totalidade das vezes. A única esfera legislativa com capacidade de uniformização nacional e de estabelecimento de um patamar mínimo de proteção aos direitos sexuais das minorias é a federal. Contudo, é justamente nesse âmbito que se verifica o maior vácuo legal, a gerar desigualdades regionais e locais enfáticas.