

AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N.º 132-RJ E NA ADI N.º 4.277-DF

Fernando Maicon Prado Taschetto¹

Resumo: O presente trabalho analisa os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso) no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro (ADPF n.º 132-RJ) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 – Distrito Federal (ADI n.º 4.277-DF), em que se reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo (ou união homoafetiva) como entidade familiar. O trabalho traz, ainda, um breve histórico das mencionadas ações constitucionais.

Palavras-chave: União homoafetiva. Família. ADPF n.º 132-RJ. ADI n.º 4.277-DF. Supremo Tribunal Federal.

THE HOMO-AFFECTIVE UNIONS AND THE BRAZILIAN SUPREME COURT DECISION IN ADPF No. 132-RJ AND IN ADI No. 4.277-DF

Abstract: This work analyzes the votes of the Justices of the Brazilian Supreme Court (Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello and Cezar Peluso) in the joint trial of the ADPF No. 132 – Rio de Janeiro and of the

¹ Mestrando em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela UFSM. Advogado.

ADI No. 4.277 – Distrito Federal, in which it was recognized the same-sex union (or homo-affective union) as a family. The work also provides a brief history of the aforementioned constitutional actions.

Keywords: Homo-affective union. Family. ADPF No. 132-RJ. ADI No. 4.277-DF. Brazilian Supreme Court.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve histórico das ações constitucionais. 2.1 A ADPF n.º 132-RJ. 2.2 A ADI n.º 4.277-DF. 3 Análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. 3.1 O voto do Ministro (Relator) Ayres Britto. 3.2 O voto do Ministro Luiz Fux. 3.3 O voto da Ministra Cármen Lúcia. 3.4 O voto do Ministro Ricardo Lewandowski. 3.5 O voto do Ministro Joaquim Barbosa. 3.6 O voto do Ministro Gilmar Mendes. 3.7 O voto do Ministro Marco Aurélio. 3.8 O voto do Ministro Celso de Mello. 3.9 O voto do Ministro Cezar Peluso. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A realidade mudou... A família já não é o que era.



conceito (jurídico) de família (também) não é mais o mesmo. A Constituição Federal de 1988 – além da família constituída pelo casamento – reconheceu, expressamente, “a união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, parágrafo 3^o) e “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descen-

² “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.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

dentes” (art. 226, parágrafo 4^{o3}) como espécies (ou tipos) de entidade familiar. No entanto, nada disse expressamente sobre a união entre pessoas do mesmo sexo (ou união homoafetiva).

Nos dias 04 e 05 de maio de 2011, porém, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro (ADPF n.º 132-RJ) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 – Distrito Federal (ADI n.º 4.277-DF), reconheceu, por unanimidade, como entidade familiar, (também) a união homoafetiva. A união entre pessoas do mesmo sexo é, portanto, entidade familiar (= família) e – assim como as demais espécies (ou tipos) – merece a “especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*, Constituição Federal⁴).

Mas, como deixa antever a ementa da decisão do Tribunal, houve divergências quanto à fundamentação do acórdão e quanto ao enquadramento da união entre pessoas do mesmo sexo nas espécies (ou tipos) de entidade familiar (já) constitucionalmente estabelecidas. Afinal, quais foram os argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal? Por que alguns deles concluíram que a união homoafetiva é uma nova espécie (ou tipo) de entidade familiar? É o que se verá a seguir, a partir da análise do voto de cada um dos Ministros. Antes, contudo, mencionar-se-á breve histórico da ADPF n.º 132-RJ e da ADI n.º 4.277-DF.

³ “Art. 226. [...] § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” [grifo nosso] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁴ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” [grifo nosso] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

2 BREVE HISTÓRICO DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

2.1 A ADPF N.º 132-RJ⁵

Em 25 de fevereiro de 2008, o Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs a ADPF n.º 132-RJ, indicando: (1) como preceitos fundamentais violados, o direito à igualdade (art. 5º, *caput*, Constituição Federal⁶); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia de vontade (art. 5º, II, Constituição Federal⁷); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV⁸, Constituição Federal⁹); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, Constituição Federal¹⁰); e (2) como atos do Po-

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17 maio 2013.

⁶ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁷ “Art. 5º. [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁸ Obviamente, o dispositivo correto aqui é o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

⁹ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito

der Público causadores da lesão: a) o art. 19, II e V, e o art. 33, I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro)¹¹, “se interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais”¹²; e b) “o conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive e notadamente o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis”¹³.

Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro – Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=433816#0%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em: 17 maio 2013. p. 1.

¹¹ “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; [...]

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.”

(RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei n.º 220, de 18 de julho de 1975. *Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/e00625242f74e100032569bb0074c7c1/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e>>. Acesso em: 17 jun. 2013.)

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro – Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=433816#0%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em: 17 maio 2013. p. 1.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito

Subsidiariamente, caso o Supremo Tribunal Federal entendesse que não era hipótese de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, requereu-se que o pedido fosse conhecido como Ação Direta de Inconstitucionalidade, para o fim de se atribuir “interpretação conforme” aos mencionados dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro e também ao art. 1.723 da Lei n.º 10.406/2002 (Código Civil)¹⁴, que dispõe sobre o regime jurídico da união estável, excluindo-se a possibilidade de se dar a tais disposições legais aplicação geradora de consequência discriminatória incompatível com a Constituição¹⁵.

2.2 A ADI N.º 4.277-DF¹⁶

Em 02 de julho de 2009, a Procuradoria-Geral da República propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 178 (ADPF n.º 178-DF), que foi recebida pelo Ministro Gilmar Mendes – então Presidente do Supremo Tribunal Federal – como a ADI n.º 4.277-DF, com o objetivo de que o Tribunal declarasse: (1) “que é obrigatório o reconheci-

Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro – Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=433816#0%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em: 17 maio 2013. p. 1.

¹⁴ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

(BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2013.)

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro – Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=433816#0%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em: 17 maio 2013. p. 2.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 – Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 maio 2013.

mento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher”¹⁷; e (2) “que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”¹⁸.

3 ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹⁹

3.1 O VOTO DO MINISTRO (RELATOR) AYRES BRITTO

O Ministro (Relator) Ayres Britto reconheceu, inicialmente, a perda de objeto da ADPF n.º 132-RJ quanto ao art. 19, incisos II e V, e ao art. 33, incisos I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), uma vez que a Lei Estadual n.º 5.034/2007 “já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união”^{20 21 22}. De fato,

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 – Distrito Federal – Petição Inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=400547&ad=s#1%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em: 17 maio 2013. p. 1.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 – Distrito Federal – Petição Inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=400547&ad=s#1%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em: 17 maio 2013. p. 1.

¹⁹ Ver TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída?. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 201-237. Ver também CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3.092, 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672/o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em: 17 maio 2013.

²⁰ Neste trabalho, será citada a paginação da ADPF n.º 132-RJ.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:

o art. 1º da (mencionada) Lei Estadual n.º 5.034/2007 – que acrescentou mais um parágrafo ao art. 29 da Lei Estadual n.º 285/1979 (Regime Previdenciário dos Servidores do Estado e do Município do Rio de Janeiro) – equiparou

à condição de companheira ou companheiro [...], os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.²³

No que se refere ao conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis, o Ministro, porém, admitiu a pertinência do pedido do autor da ADPF n.º 132-RJ. Isso porque, conforme Ayres Britto, “ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva”²⁴.

Em razão da redistribuição da ADI n.º 4.277-DF – que trata do mesmo tema central da ADPF n.º 132-RJ – para o Ministro, conheceu-se da ADPF como ADI e optou-se pelo julgamento conjunto das duas ações no Supremo Tribunal Federal. Ayres Britto conheceu, pois, de ambas as ações, que, em última análise, tinham por objeto submeter o art. 1.723 do Código Civil à interpretação conforme a Constituição²⁵.

No mérito da causa, o Ministro mencionou, de início, a origem do termo “homoafetividade”, que foi cunhado pela de-

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.

Acesso em: 17 maio 2013. p. 19.

²² A partir da próxima nota de rodapé, mencionar-se-á somente “BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição...” e a paginação.

²³ RIO DE JANEIRO. Lei n.º 5.034, de 29 de maio de 2007. *Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dff/01f879fc4f1b7fc2832572f1005c70be?OpenDocument>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 19. [grifo do autor]

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 19-22.

semebargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e advogada Maria Berenice Dias²⁶. Trata-se, pois, de neologismo que apareceu na primeira edição da obra “União homossexual: o preconceito e a justiça”, do ano de 2000²⁷. Valendo-se, ainda, da menção à origem do termo “homoafetividade”, Ayres Britto cunhou, por conta própria, o antônimo “heteroafetividade”²⁸.

Depois de se referir à “homoafetividade” e à “heteroafetividade”, o Ministro analisou o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal²⁹, que emprega a palavra “sexo”. Ayres Britto concluiu que o vocábulo “sexo” – no dispositivo mencionado e nas outras vezes em que é constitucionalmente utilizado (art. 5º, inciso XLVIII³⁰, art. 7º, inciso XXX³¹, e art. 201, parágrafo 7º, inciso II³²) – refere-se à “*conformação anátomo-fisiológica*

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 22.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 198. (Nota de rodapé 3)

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 23.

²⁹ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, *sexo*, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” [grifo nosso] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

³⁰ “Art. 5º. [...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o *sexo* do apenado,” [grifo nosso] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

³¹ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de *sexo*, idade, cor ou estado civil;” [grifo nosso] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

³² “Art. 201. [...] § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência

*descoincidente entre o homem e a mulher*³³.

Conforme o Ministro, existe, pois, um “intencional silêncio” da Constituição Federal no que se refere ao uso concreto do “sexo” nas funções de estimulação erótica, de conjunção carnal e de reprodução biológica³⁴. Trata-se, segundo Ayres Britto, de um modo de atuação em conformidade com a “norma geral negativa” de Hans Kelsen³⁵.

Assim, “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”³⁶, de modo que, conforme o Relator, o desempenho das funções sexuais (a orientação sexual) – o não uso puro e simples do aparelho genital, o seu uso de modo solitário ou o seu uso de modo empareirado – foi entregue ao livre arbítrio de cada indivíduo³⁷. Não é possível, pois, que o Direito regulamente o “irregulamentável” (a sexualidade humana), salvo, segundo Ayres Britto, nas hipóteses de estupro, de pedofilia, de incesto e de concubinato^{38 39}.

De acordo com Ayres Britto, a orientação sexual – além de direito fundamental e de bem da personalidade – “se põe

social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: [...] II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os *sexos* e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 24. [grifo do autor]

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 27.

³⁵ Ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Tradução de João Baptista Machado).

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 27. [entre aspas no original]

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 28.

³⁸ “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

(BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2013.)

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 31.

como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’⁴⁰ (art. 1º, inciso III, Constituição Federal). Trata-se, pois, conforme o Ministro, de “poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”⁴¹ e de autoestima, que contribui para a busca da felicidade⁴². “Afinal, *se pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente*”⁴³.

O uso da sexualidade pode se concretizar – de acordo com Ayres Britto, no sentido do que se supramencionou – sob a forma de: (1) *direito à intimidade*, no caso do não uso puro e simples do aparelho genital ou do seu uso de modo solitário; ou (2) *direito à privacidade*, na hipótese do uso do aparelho genital de modo emparelhado⁴⁴. Tanto a intimidade como a privacidade, destaca o Ministro, são protegidas pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal⁴⁵, que é norma autoaplicável (art. 5º, parágrafo 1º, Constituição Federal⁴⁶)⁴⁷.

Depois de resumir a primeira parte do (seu) voto, Ayres Britto analisou o Capítulo VII – “Da Família, da Criança, do

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 31.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 31.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 31.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 31. [grifo do autor]

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 32.

⁴⁵ “Art. 5º. [...] X - são invioláveis a *intimidade*, a *vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁴⁶ “Art. 5º. [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 32.

Adolescente, do Jovem e do Idoso” – do Título VIII – “Da Ordem Social” – da Constituição Federal, que dispõe sobre “as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção”⁴⁸. O Ministro transcreveu, pois, inúmeros dispositivos constitucionais (art. 226, *caput* e parágrafos 1º a 8º⁴⁹, e art. 227, parágrafos 5º e 6º⁵⁰) e, ao final, concluiu que o mais importante deles é o art. 226, *caput*, da Constituição Federal, que se refere à família – que foi contemplada com a cláusula (expressa) da especial proteção do Estado⁵¹.

O Relator, então, passou a discorrer sobre o conceito de família, ressaltando que o art. 226, *caput*, da Constituição Federal não faz distinção (1) entre a família formalmente consti-

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 36.

⁴⁹ “Art. 226. [...]”

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

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

§ 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.

§ 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.”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁵⁰ “Art. 227. [...] § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 37.

tuída e a família informalmente constituída, nem (2) entre a família integrada por relações heteroafetivas e a família integrada por relações homoafetivas⁵². Ayres Britto mencionou, também, outros dispositivos constitucionais que empregam a palavra “família” (art. 5º, incisos XXVI, LXII e LXIII⁵³, art. 7º, incisos IV e XII⁵⁴, art. 191⁵⁵, art. 201, inciso IV e parágrafo 12⁵⁶, art. 203⁵⁷, art. 205⁵⁸ e art. 221, inciso IV⁵⁹), nos quais,

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 37.

⁵³ “Art. 5º. [...] XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela *família*, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; [...]

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à *família* do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da *família* e de advogado;” [grifo nosso] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁵⁴ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua *família* com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]

XII - salário-*família* pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;”

[grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁵⁵ “Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua *família*, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁵⁶ “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o

conforme o Ministro,

permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa;

equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; [...]

§ 12 Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁵⁷ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁵⁸ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁵⁹ “Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

[...] em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.⁶⁰

O Ministro também destacou que a referência “ao homem” e “à mulher” no art. 183, parágrafo 1º, da Constituição Federal⁶¹ não prejudica a compreensão supramencionada sobre o conceito (constitucional) de família⁶². Isso porque se trata, segundo Ayres Britto, (1) de “forma especial de equiparação jurídica do respectivo labor masculino e feminino”⁶³, e (2) de “resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal”⁶⁴.

O Relator mencionou, ainda, que – além de “um singelo instituto de Direito”⁶⁵ – a família consiste em “uma complexa instituição social”⁶⁶. Trata-se, pois, conforme Ayres Britto, de uma entidade, de um aparato de poder doméstico, de um ambiente primaz de convivência, do principal lugar de concretização dos direitos fundamentais, da mais natural das coletividades humanas, do apogeu da integração comunitária, de uma

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 38. [grifo do autor]

⁶¹ “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos *ao homem* ou *à mulher*, ou a ambos, independentemente do estado civil.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 38.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 38.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 38.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 38.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 38.

forma superior de vida coletiva⁶⁷; enfim, “família” é “uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar”⁶⁸.

De acordo com Ayres Britto, a família é a “figura central” ou o “continente” – que “contém”, pois, as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção –, de modo que o art. 226, *caput*, da Constituição Federal deve servir de referência para a interpretação dos demais dispositivos do Capítulo VII do Título VIII⁶⁹. Depois de transcrever outros dispositivos constitucionais que empregam a palavra “família” (art. 205, art. 227, *caput*⁷⁰, e art. 230, *caput*⁷¹), o Ministro reafirmou que a Constituição Federal não faz distinção – como supramencionado – (1) entre a família formalmente constituída e a família informalmente constituída, nem (2) entre a família integrada por relações heteroafetivas e a família integrada por relações homoafetivas⁷².

Trata-se, conforme Ayres Britto, de interpretação não reducionista do conceito de família, que se justifica (também)

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 38-39.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 39.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 40.

⁷⁰ “Art. 227. É dever da *família*, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁷¹ “Art. 230. A *família*, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 41.

*com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.*⁷³

O Ministro, então, tomando como referência o art. 226, *caput*, da Constituição Federal, passou a interpretar outros dispositivos do Capítulo VII do Título VIII⁷⁴. Ayres Britto tratou, pois, do casamento, da união estável, da “família monoparental” e da adoção⁷⁵.

O Relator concluiu que (1) a referência “em primeiro lugar” ao casamento (civil) no texto constitucional é uma homenagem à tradição, prestigiando-se “uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo”⁷⁶; (2) a referência ao “homem” e à “mulher” no art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal: a) apenas demonstra a homenagem à tradição sócio-cultural-religiosa do casamento (civil), que, pelo menos até esta decisão do Supremo Tribunal Federal, era protagonizado, no Brasil, por indivíduos de sexos diferentes⁷⁷; b) deve-se ao propósito constitucional de combater o “preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem”⁷⁸; e c) não se relaciona com “a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade”⁷⁹; (3) a expressão “entidade familiar” é sinônimo perfeito de “família”, uma vez que não exis-

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 42-43. [grifo do autor]

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 43.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 43-49.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 44.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 45.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 46.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 46. [grifo do autor]

te “subfamília” ou “família de segunda classe”⁸⁰; (4) a Constituição Federal não proíbe o casamento (civil) ou a união estável de pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidas as condições legalmente impostas às pessoas de sexos diferentes⁸¹; (5) a “família monoparental” – que é a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, parágrafo 4º, Constituição Federal), por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou, até mesmo, por tios e sobrinhos⁸² – não é inferior à família constituída pelo casamento (civil) ou pela união estável⁸³; e (6) a Constituição Federal não proíbe a adoção por adotantes “homoafetivos”, sozinhos ou em regime de emparceiramento, desde que se observe – entre outras medidas de proteção e defesa do adotando – o art. 227, *caput*⁸⁴.

Veja-se a parte final do voto do Ministro (Relator) Ayres Britto:

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

É como voto.⁸⁵

3.2 O VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 46.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 47-48.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 49.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 48.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 49.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 49.

O Ministro Luiz Fux – assim como o Ministro (Relator) Ayres Britto – recebeu a ADPF como ADI, reconhecendo a identidade entre o pedido subsidiário da ADPF n.º 132-RJ e o pedido deduzido na ADI n.º 4.277-DF⁸⁶. Ambas as ações, em última análise, tinham por objeto, conforme o Ministro, submeter o art. 1.723 do Código Civil à interpretação conforme a Constituição.

Inicialmente, o Ministro analisou o cumprimento do requisito da “pertinência temática”, que é indispensável para o “ajuizamento, por Governador de Estado, de ação destinada ao controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos demais atos do Poder Público”⁸⁷. De acordo com Luiz Fux, o requisito da “pertinência temática” foi atendido, uma vez que, à luz da teoria dos “deveres de proteção” (*Schutzpflichten*), o Estado-membro, por intermédio de seu Governador, deve atuar positivamente na proteção e na promoção dos direitos fundamentais⁸⁸.

O Ministro, passando (já) ao exame de mérito, estabeleceu “algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa”⁸⁹. Conforme Luiz Fux, (1) “*a homossexualidade é um fato da vida*”⁹⁰; (2) “*a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual*”⁹¹; não se trata, pois, de “doença, desvio ou distúrbio mental, mas [de] *uma característica da personalidade do indivíduo*”⁹² – “*um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é*”⁹³ –; (3) “*a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença*”⁹⁴; (4) “*os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência*

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 54.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 54.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 54-59.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 59.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 59. [grifo do autor]

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 59. [grifo do autor]

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 59. [grifo do autor]

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 60. [grifo do autor]

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 60. [grifo do autor]

recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”⁹⁵; existem, pois, mais de sessenta mil uniões homoafetivas declaradas no Brasil, de acordo com o “Censo 2010” do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹⁶; e (5) “*não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas*”⁹⁷; não existe, pois, qualquer proibição à união entre pessoas do mesmo sexo no Direito brasileiro⁹⁸, apesar de “as clássicas lições do Direito Civil⁹⁹ não raro [...] [mencionarem], como exemplo de ‘ato jurídico inexistente’, o casamento entre pessoas do mesmo sexo”¹⁰⁰.

Depois de estabelecer as (cinco) premissas essenciais para o julgamento da causa, o Ministro mencionou que, *in casu*, deve-se “*dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva*”¹⁰¹. Isso porque, na ADPF n.º 132-RJ e na ADI n.º 4.277-DF, postulou-se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, de modo a gozar do mesmo tratamento que o Estado concede à união estável entre homem e mulher¹⁰².

O Ministro, então, passou a discorrer sobre o conceito de família, ressaltando que “*não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais*”¹⁰³. De acordo

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 60. [grifo do autor]

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 60.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 60. [grifo do autor]

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 60.

⁹⁹ Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito da família*. Campinas: Bookseller, 2001. (Atualizado por Wilson Rodrigues Alves) (v. 1 – Direito Matrimonial), *passim*. Ver também VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção direito civil; v. 6), p. 103-107.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 61.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 61. [grifo do autor]

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 62.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 63. [grifo do autor]

com Luiz Fux, tem-se, pois, uma família – e a correspondente proteção constitucional –, se houver (1) “verdadeiro *amor familiar*, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo”¹⁰⁴; (2) “*comunhão*, [isto é,] a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum”¹⁰⁵; e (3) “*identidade*, [ou seja,] a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica perante os outros e cada um deles perante a sociedade”¹⁰⁶.

Depois de analisar a “existência” (ou não) dos (três) “requisitos” supramencionados – o (verdadeiro) amor familiar, a comunhão e a identidade – nos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, o Ministro concluiu que “*a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos*”¹⁰⁷. O princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, Constituição Federal) – e a vedação do preconceito e da intolerância (preâmbulo¹⁰⁸ e art. 3º, inciso IV, Constituição Federal) – e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, Constituição Federal) – mais especificamente, a proteção da autonomia privada dos indivíduos – impõem (também), conforme Luiz Fux, a proibição de

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 64. [grifo do autor]

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 64. [grifo do autor]

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 64. [grifo do autor]

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 65. [grifo do autor]

¹⁰⁸ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e *sem preconceitos*, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

distinção (jurídica) entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais¹⁰⁹.

O Ministro enfrentou, ainda, a questão das uniões homoafetivas sob o prisma da denominada “política do reconhecimento”, de Nancy Fraser, cujo “[...] *objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito [...]*”¹¹⁰. Não se justifica, conforme Luiz Fux, “qualquer restrição [às uniões homoafetivas] ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença”¹¹¹. Deve-se *reconhecer* a existência de orientações sexuais diversas, até porque, concluiu o Ministro, o *reconhecimento* (também) é segurança jurídica (certeza e previsibilidade)¹¹².

A partir da afirmação de que “o mundo mudou”¹¹³, o Ministro passou a abordar os “avanços” no *reconhecimento* de direitos aos companheiros homoafetivos¹¹⁴. Destacou Luiz Fux (1) as (numerosas) decisões judiciais que, na última década, concederam aos homossexuais o direito à pensão por morte de seus companheiros¹¹⁵; (2) a Portaria MPS n.º 513, de 09 de dezembro de 2010¹¹⁶ ¹¹⁷; (3) o Parecer PGFN/CAT n.º 1.503,

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 65-68.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 68-69.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 70.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 71.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 71.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 71.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 71.

¹¹⁶ O art. 1º da Portaria MPS (Ministério da Previdência Social) n.º 513, de 09 de dezembro de 2010, estabelece que, “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”.

(MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria MPS n.º 513, de 09 de dezembro de 2010. *Sislex*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/index.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2013.)

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 72.

de 19 de julho de 2010^{118 119}; e (4) as (também numerosas) leis estaduais que concedem direitos previdenciários aos companheiros homossexuais dos servidores públicos, como, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual n.º 5.034/2007¹²⁰.

O Ministro também mencionou que (1) a previsão literal (“[...] entre o homem e a mulher [...]”) do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal – e do art. 1.723 do Código Civil – não impede a equiparação das uniões (estáveis) homossexuais às uniões estáveis heterossexuais¹²¹; (2) o Supremo Tribunal Federal – na Petição n.º 1.984 – Rio Grande do Sul¹²² e na Medida Cautelar na ADI n.º 3.300 – Distrito Federal¹²³ – já se

¹¹⁸ No Parecer PGFN/CAT (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional/ Coordenação-Geral de Assuntos Tributários) n.º 1.503, de 19 de julho de 2010, opinou-se favoravelmente à “inclusão cadastral de companheira homoafetiva como [...] dependente [de servidora pública federal] para efeito de Imposto de Renda”.

(COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS. Requerimento administrativo de servidora federal para inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Legitimidade do pleito. Falta de vedação legal ou constitucional. Princípios da não discriminação e dignidade da pessoa humana. Parecer PGFN/CAT n.º 1.503, de 19 de julho de 2010. Relator: Rodrigo Pirajá Wienskoski. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc>>. Acesso em: 03 jul. 2013.)

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 72.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição...p. 72-73.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 74.

¹²² Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 1.984 – Rio Grande do Sul. Requerente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Requerida: Juíza Federal Substituta da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 30 de maio de 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+1984%2ENUMER%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/am8576y>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

¹²³ Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.300 – Distrito Federal. Requerentes: Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3300%2ENUMER%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://>

manifestara “favoravelmente à produção válida de efeitos de relações homoafetivas”¹²⁴; e (3) a equiparação das uniões (estáveis) homossexuais às uniões estáveis heterossexuais

traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções. Em outras palavras, o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma *união estável homoafetiva* jamais prescindirá da *comprovação* [...] da existência de *convivência contínua, duradoura* e estabelecida com o *propósito de constituição de entidade familiar*. Evidentemente, o requisito da *publicidade* da relação também é relevante, mas merecerá algum temperamento, pois é compreensível que muitos relacionamentos tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância.¹²⁵

Veja-se a parte final do voto do Ministro Luiz Fux:

É por essas tantas razões que voto pela *procedência* dos pedidos formulados na Ação [*sic*] de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) *interpretado conforme a Constituição*, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.¹²⁶

3.3 O VOTO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

A Ministra Cármen Lúcia votou pela procedência da ADPF n.º 132-RJ e da ADI n.º 4.277-DF, com as mesmas delimitações trazidas pelo Ministro Luiz Fux¹²⁷. A Ministra destacou, *in casu*, a necessidade de se interpretar o art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, a fim de se concluir sobre a

//tinyurl.com/bkrvx8q>. Acesso em: 03 jul. 2013.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 74.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 74. [grifo do autor]

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 75. [grifo do autor]

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 89.

aplicabilidade (ou não) do art. 1.723 do Código Civil¹²⁸.

No (conciso) voto, Cármen Lúcia citou (1) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, Constituição Federal), “que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas”¹²⁹; (2) o direito à “liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem”¹³⁰ (art. 5º, *caput*, Constituição Federal); (3) o repúdio à discriminação (art. 3º, inciso IV, Constituição Federal)¹³¹; (4) o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, Constituição Federal)¹³²; (5) o direito à intimidade (art. 5º, inciso X, Constituição Federal)¹³³; e (6) o pluralismo político (preâmbulo e art. 1º, inciso V, Constituição Federal¹³⁴), que, conforme a Ministra, “haverá de ser social para se expressar no plano político”¹³⁵.

Veja-se a parte final do voto da Ministra Cármen Lúcia:

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

É como voto.¹³⁶

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 91.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 92.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 93.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 94.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 94.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 96.

¹³⁴ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o *pluralismo político*.” [grifo nosso] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 96.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 97.

3.4 O VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

O Ministro Ricardo Lewandowski – assim como o Ministro (Relator) Ayres Britto – julgou prejudicada, em parte, a ADPF n.º 132-RJ, que recebeu como ADI¹³⁷. Ricardo Lewandowski destacou, inicialmente, a necessidade de se “desvendar o conceito jurídico-constitucional de família”¹³⁸, a fim de “solucionar a questão posta nos autos”¹³⁹ da ADPF n.º 132-RJ e da ADI n.º 4.277-DF.

Depois de recordar a dicção do art. 226, *caput*, da Constituição Federal, o Ministro transcreveu o art. 124 da Constituição de 1937¹⁴⁰, o art. 163 da Constituição de 1946¹⁴¹, o art. 167 da Constituição de 1967¹⁴² e o art. 175 da Emenda Constitucional n.º 1/1969^{143 144}. Ricardo Lewandowski ressaltou, então,

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 100.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 101.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 101.

¹⁴⁰ “Art. 124. A família, *constituída pelo casamento indissolúvel*, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>.

Acesso em: 08 jul. 2013.)

¹⁴¹ “Art. 163. A família é *constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel* e terá direito à proteção especial do Estado.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>.

Acesso em: 08 jul. 2013.)

¹⁴² “Art. 167. A família é *constituída pelo casamento* e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” [grifo nosso]

(BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.

Acesso em: 08 jul. 2013.)

¹⁴³ “Art. 175. A família é *constituída pelo casamento* e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” [grifo nosso]

(BRASIL. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. *Planalto*. Dispo-

que, diferentemente de todas as Constituições (anteriores) mencionadas, a Constituição atual (de 1988) não vincula (= restringe) a ideia de família ao instituto do casamento¹⁴⁵.

De acordo com o Ministro, “a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar, pelo menos, três tipos de família [...]: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental”¹⁴⁶. Trata-se, conforme Ricardo Lewandowski, de constatação que já fora feita pelo Ministro Ayres Britto, em voto-*vista*, no Recurso Extraordinário n.º 397.762 – Bahia^{147 148}.

Segundo Ricardo Lewandowski, a união entre pessoas do mesmo sexo não se enquadra, pois, em nenhuma das (supramencionadas) espécies (= “tipos”) de família, “quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental [,] [...] que é formada por qualquer dos pais e

nível

em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc_01-69.htm>. Acesso em: 08 jul. 2013.)

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 101.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 101-102.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 102.

¹⁴⁷ “COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.

UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.

PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 397.762 – Bahia. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrida: Joana da Paixão Luz. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de junho de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259>>.

Acesso em: 08 jul. 2013. p. 611.)

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 102.

seus descendentes”¹⁴⁹. O Ministro ressaltou que, (já) durante as discussões na Assembleia Constituinte, optara-se “pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável”¹⁵⁰.

A “relação homoafetiva” consiste, conforme o Ministro, em “outra forma de entidade familiar”¹⁵¹, que não é prevista (expressamente) no art. 226 da Constituição Federal. De acordo com Ricardo Lewandowski, a união entre pessoas do mesmo sexo é um quarto “tipo” (ou espécie) de família, que pode ser deduzido (1) “a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional”¹⁵² e (2) “diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual”¹⁵³.

Depois de explicar, com base em J. J. Gomes Canotilho, a técnica da “integração analógica”¹⁵⁴ – que, conforme o Ministro, deve-se, *in casu*, “lançar mão”¹⁵⁵ –, Ricardo Lewandowski passou a analisar se o rol (constitucional) de entidades familiares, que é previsto no art. 226 da Constituição Federal, é taxativo (*numerus clausus*) ou exemplificativo (*numerus apertus*)¹⁵⁶. O Ministro – (agora) com base em Suzana Borges Viagas de Lima, Paulo Luiz Netto Lôbo e Álvaro Villaça Azevedo – concluiu, pois, (1) que o rol é meramente exemplificativo (*numerus apertus*)¹⁵⁷ e (2) que, por isso, o dispositivo constitucional (supramencionado) não impede o reconhecimento da “união homoafetiva pública, continuada e duradoura [...]” como

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 104.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 105.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 106.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 106.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 106.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 107-108.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 107.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 108.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 108-110.

entidade familiar apta a merecer proteção estatal”¹⁵⁸.

Ricardo Lewandowski – assim como o Ministro Luiz Fux – também mencionou os dados do “Censo 2010” do IBGE, que revelam a existência de mais de sessenta mil uniões homoafetivas autodeclaradas no Brasil¹⁵⁹. Diferentemente, no entanto, dos Ministros anteriores – Ayres Britto, Luiz Fux e Cármen Lúcia –, reconheceu Ricardo Lewandowski (apenas) uma “união homoafetiva estável” – e não uma “união estável homoafetiva” –, aplicando-se à união entre pessoas do mesmo sexo “as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto”¹⁶⁰.

Veja-se a parte final do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.¹⁶¹

3.5 O VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

O Ministro Joaquim Barbosa destacou, inicialmente, o descompasso que existe, *in casu*, “entre o mundo dos fatos e o universo do Direito”¹⁶². De acordo com o Ministro, o Direito não foi capaz de acompanhar a “progressiva abertura da sociedade [...] em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publi-

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 111.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 110-111.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 112.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 112.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 116.

camente as relações com seus companheiros ou companheiras”¹⁶³.

É justamente nas situações de “descompasso” – como no caso das “uniões homoafetivas” –, no entanto, que, conforme Aaron Barak, citado por Joaquim Barbosa, agiganta-se o papel das Cortes Constitucionais¹⁶⁴. De acordo com Aaron Barak, cabe, pois, às Cortes Constitucionais – e às Cortes Supremas – “fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade”¹⁶⁵ (“*bridging the gap between law and society*”¹⁶⁶).

No (sucinto) voto, Joaquim Barbosa ressaltou (1) a inexistência (aparente) de qualquer previsão explícita, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, sobre a união entre pessoas do mesmo sexo¹⁶⁷; (2) o trâmite, no Congresso Nacional, desde 1994¹⁶⁸, de “um projeto de lei, de autoria da ex-deputada [...] Marta Suplicy, que objetiva regulamentar as uniões homoafetivas”¹⁶⁹; (3) “que não há, no texto constitucional, qualquer [...] proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas”¹⁷⁰; (4) o acolhimento, no sistema jurídico brasileiro, do postulado (ou da ideia) de *reconhecimento* – já mencionado no voto do Ministro Luiz Fux –, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e “da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração”¹⁷¹; (5) que

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 116.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 116.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 116.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 116. [grifo do autor]

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 117.

¹⁶⁸ Na realidade, o Projeto de Lei n.º 1.151/1995, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências, foi apresentado pela ex-deputada Marta Suplicy em 26 de outubro de 1995.

(BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.151, de 26 de outubro de 1995. *Câmara dos Deputados*. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 12 jul. 2013.)

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 117.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 117-118.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 118.

a Constituição Federal afirma e reafirma o princípio da igualdade e o princípio da vedação de todo tipo de discriminação¹⁷²; e (6) que o fundamento (constitucional) para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo não se encontra no art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal¹⁷³.

Veja-se a parte final do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a [*sic*] igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho o relator.

É como voto.¹⁷⁴

3.6 O VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

O Ministro Gilmar Mendes – assim como o Ministro (Relator) Ayres Britto – recebeu a ADPF n.º 132-RJ como ADI, nos termos do pedido subsidiário formulado na ADPF¹⁷⁵. Também como o Ministro (Relator) Ayres Britto, Gilmar Mendes conheceu parcialmente da ADI (originariamente ADPF n.º 132-RJ), (somente) na parte em que se requereu a “interpretação conforme” do art. 1.723 do Código Civil¹⁷⁶, uma vez que a Lei Estadual n.º 5.034/2007 (já) “dispôs sobre os temas conti-

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 119.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 119.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 119-120.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 146.

¹⁷⁶ Trata-se, pois, em última análise, do mesmo pedido formulado na ADI n.º 4.277-DF, que foi julgada conjuntamente (com a ADPF n.º 132-RJ) no Supremo Tribunal Federal.

dos nos pedidos relacionados aos dispositivos do Decreto-Lei 220/75 do Estado do Rio de Janeiro”¹⁷⁷.

O Ministro analisou, inicialmente, a possibilidade e os limites de uma interpretação conforme a Constituição “no presente caso”¹⁷⁸. Em “tópico” próprio – o número “2” do voto¹⁷⁹ –, Gilmar Mendes mencionou – *no que interessa ao presente trabalho* – (1) que se deve “refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil”¹⁸⁰; (2) que “*a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos*”^{181 182} não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao self restraint, *por parte do Supremo Tribunal Federal*”¹⁸³; (3) “que o texto do [art. 1.723 do] Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do [art. 226, parágrafo 3º, do] texto constitucional”¹⁸⁴; (4) “que se trata [...] de uma interpretação conforme com muita peculiaridade”¹⁸⁵; (5) que “não há

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 146.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 146.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 146-161.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 154.

¹⁸¹ As decisões manipulativas são os pronunciamentos judiciais em que os órgãos de fiscalização da constitucionalidade não se limitam a reconhecer a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, livrando-se do dogma kelseniano do legislador negativo, modificam diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe – no caso das “sentenças aditivas” – ou substituindo-lhe – no caso das “sentenças substitutivas” – normas, com o objetivo de adequá-lo à Constituição. As “sentenças aditivas” – ou decisões manipulativas de efeitos aditivos –, são aquelas em que o Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de um preceito, na parte em que não expressa determinada norma, alargando-se o texto de lei ou seu âmbito de incidência.

¹⁸² Ver TASCETTO, Fernando Maicon Prado. *As decisões manipulativas de efeitos aditivos e de efeitos substitutivos no controle de constitucionalidade: a experiência brasileira à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2013. 125 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional Aplicado) – Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, Santa Maria, 2013.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 158. [grifo do autor]

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 158.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 159.

nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer [no art. 1.723 do Código Civil], na linha daquilo que tinha positivado o constituinte [no art. 226, parágrafo 3º]¹⁸⁶; (6) que o texto, em si mesmo, não exclui a “possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, *não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º)*, mas com suporte em outros princípios constitucionais”¹⁸⁷; e (7) que, *in casu*, “o único argumento forte a justificar [...] a interpretação conforme à Constituição é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo”¹⁸⁸.

Depois de discorrer (minuciosamente) sobre a interpretação conforme a Constituição, o Ministro passou a analisar – no “tópico” “3” do voto¹⁸⁹ – a legitimidade constitucional do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e a “possibilidade de aplicação analógica do regime da união estável entre homem e mulher, diante da ausência de um modelo institucional mínimo de proteção da união homoafetiva”¹⁹⁰. Gilmar Mendes destacou (1) – assim como o Ministro Luiz Fux – que a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo é “*um fato da vida*”¹⁹¹; (2) – assim como os Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski – que, segundo os dados do “Censo 2010” do IBGE, existem 60.002 casais homossexuais vivendo juntos no Brasil¹⁹²; (3) que, no entanto, os dados do “Censo 2010” do IBGE não refletem a realidade, “em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional, de autoconvenção e de autoproteção dessas pessoas”¹⁹³; (4) que não existe, no

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 159.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 159. [grifo do autor]

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 159.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 161-181.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 161.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 161. [grifo do autor]

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 161.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 161.

Brasil, regulamentação normativa específica sobre a união entre pessoas do mesmo sexo¹⁹⁴; (5) que o Poder Judiciário, ou negava validade (jurídica) à união entre pessoas do mesmo sexo – por impossibilidade jurídica do pedido –, ou reconhecia a relação como sociedade de fato, ou, ainda, reconhecia a união homoafetiva como entidade familiar, equiparada, no que coubesse, à união estável¹⁹⁵; (6) no “subtópico” “3.1”¹⁹⁶, a “controvérsia política e a ausência de uma deliberação consensual do Congresso”¹⁹⁷ Nacional sobre a união entre pessoas do mesmo sexo; (7) no “subtópico” “3.2”¹⁹⁸, que o “Direito Comparado evidência a necessidade de aprofundado debate e reflexão social”¹⁹⁹ no que se refere à união homoafetiva; (8) no “subtópico” “3.3”²⁰⁰, o “reconhecimento da união homoafetiva como afirmação de direitos de minorias”²⁰¹; e (9) no “subtópico” “3.4”²⁰², a “insuficiente proteção [à união entre pessoas do mesmo sexo] decorrente da atuação administrativa regulamentar”²⁰³.

O Ministro – no “subtópico” “3.1” – citou diversas proposições legislativas que foram apresentadas no Congresso Nacional sobre o assunto (da união entre pessoas do mesmo sexo)²⁰⁴. Gilmar Mendes – assim como o Ministro Joaquim Barbosa – mencionou o Projeto de Lei n.º 1.151/1995²⁰⁵, de

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 161-162.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 162.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 163-168.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 163.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 168-171.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 168.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 171-175.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 171.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 175-181.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 175.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 163.

²⁰⁵ Ver BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.151, de 26 de outubro de 1995. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1632>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

autoria da ex-Deputada Marta Suplicy, que “visava a regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo”²⁰⁶, a fim de garantir os “direitos à propriedade, à sucessão, à equiparação ao cônjuge do companheiro ou companheira de mesmo sexo que [...] [comprovasse] a união estável como entidade familiar, entre outros direitos”²⁰⁷.

No entanto, conforme o Ministro, o Projeto de Lei n.º 1.151/1995 “sofreu ataques na Câmara dos Deputados e, em razão de acordo entre os líderes partidários, foi [...] [retirado] de pauta em 31 de maio de 2001, e, posteriormente, [...] [arquivado]”²⁰⁸. Gilmar Mendes trouxe, entre outros, (1) a Proposta de Emenda à Constituição n.º 70/2003²⁰⁹, de autoria do ex-Senador Sérgio Cabral (e de outros Senadores), que alterava o art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, “para nele incluir-se a possibilidade de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais como entidade familiar”²¹⁰; (2) o Projeto de Lei n.º 6.297/2005²¹¹, de autoria do ex-Deputado Maurício Rands, que “visa a incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro ou a companheira homossexual do segurado ou [da] segurada do INSS, bem como os companheiros ou [as] companheiras de servidores públicos civis da União”²¹²; (3) o Projeto de Lei n.º 2.285/2007²¹³, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carnei-

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 163.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 163.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 164.

²⁰⁹ Ver BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n.º 70, de 02 de setembro de 2003. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=61093>. Acesso em: 12 jul. 2013.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 164.

²¹¹ Ver BRASIL. Projeto de Lei n.º 6.297, de 30 de novembro de 2005. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308373>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 164-165.

²¹³ Ver BRASIL. Projeto de Lei n.º 2.285, de 25 de outubro de 2007. Câmara dos

ro, que “reconhece como entidade familiar a união homoafetiva e assegura aos parceiros direitos à guarda e à convivência com filhos, [direito] à adoção de filhos, direitos previdenciários e [direito] à herança”²¹⁴; (4) o Projeto de Lei n.º 4.508/2008²¹⁵, de autoria do ex-Deputado Olavo Calheiros, que proíbe a adoção por homossexuais²¹⁶; e (5) o Projeto de Lei n.º 4.914/2009²¹⁷, “de autoria conjunta de vários deputados e deputadas, [...] [que] acrescenta o art. 1.727-A ao Código Civil para aplicar às uniões homoafetivas o regramento das uniões estáveis ordinárias, excetuando-se a conversão em casamento”²¹⁸.

O Ministro – ainda no “subtópico” “3.1” – citou também algumas leis estaduais e municipais que tratam “dos efeitos do reconhecimento jurídico da união homoafetiva”²¹⁹, como, por exemplo a Lei Estadual n.º 5.034/2007, do Estado do Rio de Janeiro²²⁰ – já mencionada pelo Ministro (Relator) Ayres Britto e diretamente relacionada com o julgamento da ADPF n.º 132-RJ –, ou “que determinam a aplicação de sanções por práticas discriminatórias adotadas em razão de orientação sexual”²²¹. De acordo com Gilmar Mendes, pode-se constatar, pois, a partir “das proposições normativas e dos debates

Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 165.

²¹⁵ Ver BRASIL. Projeto de Lei n.º 4.508, de 16 de dezembro de 2008. *Câmara dos Deputados.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420940>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 165.

²¹⁷ Ver BRASIL. Projeto de Lei n.º 4.914, de 25 de março de 2009. *Câmara dos Deputados.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427692>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 165.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 166.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 166.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 166.

travados no Parlamento”²²² sobre o assunto,

que parece haver maior consenso relativamente a alguns temas, tais como os efeitos previdenciários da união homoafetiva, ao passo que outros assuntos são bastante controvertidos (como é o caso da adoção de crianças por casais homoafetivos).²²³

No “subtópico” “3.2”, o Ministro concentrou-se na análise do Direito Comparado²²⁴. Conforme Fábio de Oliveira Vargas, citado por Gilmar Mendes, “os países podem ser classificados em três grupos, de acordo com o tratamento jurídico concedido ao comportamento homossexual”²²⁵. Existem (1) os *Estados repressores*, “que proíbem e punem o homossexualismo”²²⁶ – em alguns deles, “as relações sexuais entre homens são, inclusive, punidas com pena de morte”²²⁷ –; (2) os *Estados indiferentes*, que não criminalizam, mas (também) não criam medidas favoráveis ao homossexualismo²²⁸; e (3) os *Estados avançados*, “que possuem medidas para [a] proteção da população homossexual”²²⁹.

De acordo com o Ministro, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo pode, no âmbito internacional, (1) “receber, normativamente, a mesma proteção concedida ao casamento tradicional”²³⁰ – como na Holanda (desde 2001), na Bélgica (desde 2003), na África do Sul (desde 2006) e na Argentina (desde 2010)^{231 232} –, ou (2) “ser assemelhado ao que,

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 167.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 167.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 168.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 168.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 168.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 168.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 168.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 168.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 169.

²³¹ Ver SEVERO, Felipe. Casamento civil igualitário: um debate inadiável. *Revista o Viés*, Santa Maria, n. 160, 27 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.revistaovies.com/reportagens/2013/04/casamento-civil-igualitario-um-debate-inadiavel/>>. Acesso em: 17 maio 2013.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 169.

no Brasil, denomina-se união estável”²³³ – como na Inglaterra (com as “parcerias civis”), nos países da Escandinávia (com as “parcerias registradas”) e nos Estados Unidos e em alguns países da Europa (com as “parcerias domésticas”)²³⁴. Depois de mencionar os exemplos da Dinamarca, da Holanda e da Alemanha²³⁵, Gilmar Mendes concluiu

*que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões [...]. Não apenas antes da edição da norma regulamentadora, que costuma demandar prazo considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor.*²³⁶

O Ministro – (já) no “subtópico” “3.3” – destacou que o reconhecimento do direito de minorias – *in casu*, dos homossexuais – não se confunde com excesso de intervenção judicial²³⁷. Conforme Gilmar Mendes, “*não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional*”²³⁸.

O Ministro, então, passou a discorrer sobre o “direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungrecht*)”²³⁹, com base no art. 2 (1) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha²⁴⁰, – e (também) sobre o dever de proteção (correspondente ao direito mencionado) que tem o Estado²⁴¹. De acordo com Gilmar Mendes, o “direito ao livre

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 169.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 169.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 169-171.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 171. [grifo do autor]

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 171.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 171-172. [grifo do autor]

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 172. [grifo do autor]

²⁴⁰ “Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”

(ALEMANHA. Constituição (1949). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em:

<http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2013.)

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 173; 174.

desenvolvimento da personalidade do indivíduo” pode ser identificado (também) no ordenamento jurídico brasileiro, a partir (1) dos “fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana”²⁴² (art. 1º, incisos II²⁴³ e III, Constituição Federal); (2) dos “objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”²⁴⁴ (art. 3º, incisos I²⁴⁵ e IV, Constituição Federal); (3) da “prevalência dos direitos humanos”²⁴⁶ (art. 4º, inciso II, Constituição Federal²⁴⁷); (4) da “igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade”²⁴⁸ (art. 5º, *caput*, Constituição Federal); (5) da “punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”²⁴⁹ (art. 5º, inciso XLI, Constituição Fede-

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 172.

²⁴³ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 172.

²⁴⁵ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 172.

²⁴⁷ “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 172.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 172.

ral²⁵⁰); (6) da “aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”²⁵¹ (art. 5º, parágrafo 1º, Constituição Federal); e (7) da “não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios [...] adotados [pela Constituição] ou incorporados por tratados internacionais”²⁵² (art. 5º, parágrafo 2º, Constituição Federal²⁵³).

O reconhecimento (constitucional) da união entre pessoas do mesmo sexo é, pois, conforme o Ministro, a “concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo”²⁵⁴. Para Gilmar Mendes, existem, *in casu*,

*outros fundamentos e direitos envolvidos, [...] que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para [...] [as] relações existentes [entre pessoas do mesmo sexo], com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade [...] de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.*²⁵⁵

No “subtópico” “3.4”, o Ministro tratou, por sua vez, da “atuação administrativa regulamentar” relacionada com o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo²⁵⁶. Gilmar Mendes citou, entre outros, (1) a Portaria MPS n.º 513, de 09

²⁵⁰ “Art. 5º. [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 172.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 172.

²⁵³ “Art. 5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 173.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 174. [grifo do autor]

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 175.

de dezembro de 2010^{257 258} – já mencionada pelo Ministro Luiz Fux –; (2) a Súmula Normativa n.º 12, de 04 de maio de 2010, da Agência Nacional de Saúde Suplementar^{259 260}; (3) o Parecer PGFN/CAT n.º 1.503, de 19 de julho de 2010^{261 262} – (também) já referido pelo Ministro Luiz Fux –; e (4) a Resolução Normativa n.º 77, de 29 de janeiro de 2008, do Conselho Nacional de Imigração^{263 264}.

O Ministro mencionou também – ainda no “subtópico” “3.4” – o Recurso Especial Eleitoral n.º 24.564 – Pará²⁶⁵, “em

²⁵⁷ Ver MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria MPS n.º 513, de 09 de dezembro de 2010. *Sislex*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/index.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 175-176.

²⁵⁹ “1 - Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.”

(AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Súmula Normativa n.º 12, de 04 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=70>. Acesso em: 16 jul. 2013.)

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 176.

²⁶¹ Ver COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS. Requerimento administrativo de servidora federal para inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Legitimidade do pleito. Falta de vedação legal ou constitucional. Princípios da não discriminação e dignidade da pessoa humana. Parecer PGFN/CAT n.º 1.503, de 19 de julho de 2010. Relator: Rodrigo Pirajá Wienskowski. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 176.

²⁶³ A Resolução Normativa n.º 77, de 29 de janeiro de 2008, do Conselho Nacional de Imigração dispõe, entre outros assuntos, “sobre critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo”.

(CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Resolução Normativa n.º 77, de 29 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BA740F90470DD/rn_20080129_77.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2013.)

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 177.

²⁶⁵ “REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDE-

que se reconheceu a relação homoafetiva, a fim de declarar-se a inelegibilidade reflexa de pré-candidata ao cargo de prefeito, que mantinha relação de convivência com a prefeita reeleita do Município de Viseu/PA²⁶⁶. De acordo com Gilmar Mendes, as decisões judiciais sobre o assunto – como a citada – impulsionaram “a aceitação social e a proteção jurídica [...] [das] relações [entre pessoas do mesmo sexo], que já não podem ser negadas”²⁶⁷.

No “tópico” seguinte – o número “4” do voto²⁶⁸ –, Gilmar Mendes enfrentou “o problema das lacunas valorativas ou axiológicas e a ideia da aplicação do pensamento do possível”²⁶⁹. O Ministro destacou – *no que interessa ao presente trabalho* – (1) que, “diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações”²⁷⁰, podem surgir lacunas – às vezes, lacunas valorativas ou axiológicas²⁷¹; (2) que se não é possível aplicar uma norma “*tal como ela está posta, [...] [pode-se] fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que [...] [couver], naquilo que [...] [for] possível*”²⁷²; (3) “que o pensamento a ser adotado, predominantemente em

RAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento.”

(BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n.º 24.564 – Pará. Recorrentes: Procuradoria Regional Eleitoral do Pará, Izaias José Silva Oliveira Neto, Dilermando Júnior Fernandes Lhamas e Luiz Alfredo Amin Fernandes. Recorrida: Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 01 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/Inteiro%20Teor>>. Acesso em: 16 jul. 2013.)

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 179.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 180.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 181-194.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 181. [grifo do autor; em maiúsculas no original]

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 185.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 185.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 185. [grifo do autor]

sede constitucional, há de ser o ‘pensamento do possível’²⁷³; (4) que o pensamento do possível – de acordo com Peter Häberle – é “expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta”²⁷⁴; (5) que o pensamento do possível “indaga sobre [...] alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real”²⁷⁵, mas “que pode ser real no futuro”²⁷⁶; e (6) que

*é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente [que trata da união estável entre homem e mulher] – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível.*²⁷⁷

Vejam-se os principais trechos da “*conclusão do voto*”²⁷⁸ do Ministro Gilmar Mendes:

Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, *embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicitações em relação à divergência de minha fundamentação.*

É que [...] entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, *não com base no texto legal* [...] [do art. 1.723 do Código Civil], *nem com base na norma constitucional* [...] [do art. 226, parágrafo 3º], mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção [...], os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 186.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 187.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 188.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 188.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 193-194. [grifo do autor]

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 194. [grifo do autor; em maiúsculas no original]

hoje não foi regulamentado pelo Congresso [Nacional].
Nesse sentido, [...] evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte [...]. [...]

O que busco enfatizar [...] é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita [da união homoafetiva com a união estável entre homem e mulher], podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. [...]

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo [...] e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, [...] sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

Destaco [também] que a decisão do Supremo [Tribunal Federal] não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. [...] É como voto.²⁷⁹

3.7 O VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

O Ministro Marco Aurélio – assim como o Ministro (Relator) Ayres Britto – recebeu a ADPF n.º 132-RJ como ADI²⁸⁰. O Ministro ressaltou que o “recebimento é parcial porque, em parte, o pedido ficou prejudicado”²⁸¹.

De acordo com Marco Aurélio, “o cerne da questão em debate [...] [é] saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa”²⁸². E, em caso positivo, se “cabe a aplicação [à união entre pessoas do mesmo sexo] do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002”²⁸³.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 194-199. [grifo do autor]

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 200.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 200.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 201.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 201.

O Ministro destacou, inicialmente, (1) “o preconceito vivido pelos homossexuais”²⁸⁴; (2) a discussão, na década de 50, sobre a legalização das relações homossexuais na Inglaterra, que colocou, em lados opostos no debate, “o renomado professor [H.] L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin”²⁸⁵ – o “primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero”²⁸⁶ –; (3) a relação entre Direito e moral²⁸⁷ – o Direito, conforme Marco Aurélio, “não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação”²⁸⁸ –; (4) que as “garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, [...] como o direito à liberdade de orientação sexual”²⁸⁹; e (5) “a falta de vontade coletiva”²⁹⁰ para a aprovação, no Congresso Nacional, dos diversos projetos de lei que dispõem sobre o assunto (da união entre pessoas do mesmo sexo)²⁹¹.

O Ministro, então, passou a discorrer sobre as modificações que ocorreram na família, no Direito de Família e no Direito Civil²⁹². De acordo com Marco Aurélio, a Constituição Federal é o “marco divisor”²⁹³, que permitiu “o reconhecimento jurídico de outras formas familiares [além da (família) matrimonial]”²⁹⁴.

O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determi-

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 202.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 203.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 203.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 204-205.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 205.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 205.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 205.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 205.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 206-209.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 207.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 207.

nando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer [...] efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família.²⁹⁵

Houve, pois, conforme o Ministro, uma “modificação paradigmática”²⁹⁶ no Direito de Família, que se tornou o *Direito das Famílias* – ou seja, “das famílias plurais”²⁹⁷. “Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar”²⁹⁸.

A “modificação paradigmática” (operada pela Constituição Federal) não se resumiu, porém, ao Direito de Família²⁹⁹. De acordo com Marco Aurélio, (também) o Direito Civil, a partir de 1988, “foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado”³⁰⁰. O direito do “ter”, segundo o Ministro, transformou-se no direito do “ser”³⁰¹.

Diante das transformações que ocorreram – com a Constituição de 1988 – na família, no Direito de Família e no Direito Civil, não é (mais) possível, conforme Marco Aurélio, relegar a união entre pessoas do mesmo sexo “à disciplina da sociedade de fato”³⁰². De acordo com o Ministro, a sociedade de fato é, *in casu*, “categoria jurídica imprópria”³⁰³, porque “reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 208.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 208.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 208.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 208.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 209.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 209.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 209.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 209.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 210.

nota patrimonial, e não afetiva ou emocional”³⁰⁴.

De acordo com Marco Aurélio, impõe-se, então, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar – e não como (mera) sociedade de fato³⁰⁵. É o que se conclui, conforme o Ministro, da “leitura normativa”³⁰⁶ dos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II³⁰⁷ e IV, e 5º, *caput* e inciso I³⁰⁸, da Constituição Federal³⁰⁹. “Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmiento³¹⁰, [...] [citado pelo Ministro,] estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre [...] [os homossexuais] é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado”³¹¹.

O Ministro também mencionou (1) que a “afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário”³¹²; (2) que a “proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio [da dignidade

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 209.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 208.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 208.

³⁰⁷ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II - garantir o desenvolvimento nacional;”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

³⁰⁸ “Art. 5º. [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.)

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 208.

³¹⁰ Ver SARMENTO, Daniel. *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo e a Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/casamento-e-união-estavel-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-e-a-constituicao-federal.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2013.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 210.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 210.

da pessoa humana]”³¹³; (3) que ninguém “pode ser [...] instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos”³¹⁴; (4) que incumbe “a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da [sua] personalidade”³¹⁵; (5) que a “Corte Interamericana de Direitos Humanos”³¹⁶ [...] reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida”³¹⁷; (6) que o “Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida”³¹⁸; (7) que os direitos fundamentais têm “caráter tipicamente contramajoritário”³¹⁹; (8) “que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas”³²⁰; e (9) que o óbice gramatical à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis – a redação do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal (e do art. 1.723 do Código Civil) – pode ser contornado com o recurso a princípios³²¹.

Veja-se a parte final do voto do Ministro Marco Aurélio:

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 211.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 211.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 211.

³¹⁶ Ver SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. Disponível em:

<<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/340/315>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 211-212.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 212.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 213.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 213.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 214.

união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.³²²

3.8 O VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

O Ministro Celso de Mello ressaltou, inicialmente – no “tópico” “I” do voto³²³ –, que a intervenção de *amici curiae* – no processo de controle (abstrato) de constitucionalidade – consiste (1) em “*fator de pluralização do debate constitucional*”³²⁴ e (2) em “*resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal*”³²⁵.

O Ministro, então, (já) no tópico seguinte – o número “II” do voto³²⁶ –, passou a discorrer sobre a perseguição e a repressão aos homossexuais nas Ordenações (e em “*Leis Extravagantes*”³²⁷) do Reino de Portugal³²⁸. De acordo com Celso de Mello, as Ordenações Afonsinas (de 1446), as Ordenações Manuelinas (de 1521) e as Ordenações Filipinas (de 1603) – que eram “*marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, também qualificada como ‘pecado nefando’*”³²⁹ – “*cominaram sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do ‘supplicium extremum’ aos autores dessas práticas sexuais tidas por ‘desviantes’*”³³⁰.

O Ministro – ainda no “tópico” “II” do voto – destacou (1) que (também) a Igreja³³¹, a partir de 1553, reprimiu e puniu,

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 215.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 216-218.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 216. [grifo do autor]

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 216. [grifo do autor]

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 219-226.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 222.

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 219.

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 219. [grifo do autor]

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 219. [grifo do autor]

³³¹ Ver, sobre as contribuições da canonística à formação dos institutos de Direito de Família, NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 30, n. 1, p. 54-87, nov. 2012.

severamente, os homossexuais no Brasil³³²; e (2) que (ainda hoje) o art. 235 do Código Penal Militar³³³ “*tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito das organizações castrenses*”³³⁴.

No “tópico” “III” do voto³³⁵, Celso de Mello concluiu – já examinando o mérito da ADPF n.º 132-RJ e da ADI n.º 4.277-DF – que é “*imperativo constitucional*”³³⁶ o “*reconhecimento [...] da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar*”³³⁷. Isso porque, conforme o Ministro,

*também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual.*³³⁸

De acordo com Celso de Mello, “o Estado *não pode* adotar medidas *nem formular* prescrições normativas que provoquem, *por efeito* de seu conteúdo discriminatório, a *exclusão jurídica* de grupos, *minoritários ou não, que integram* a comunidade nacional”³³⁹. Tornou-se necessário, segundo o Ministro, “*acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em uma nova visão de mundo, [...] em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva*”³⁴⁰.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 223.

³³³ “Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a um ano.”

(BRASIL. Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.)

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 225. [grifo do autor]

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 226-233.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 226. [grifo do autor]

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 226. [grifo do autor]

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 226. [grifo do autor]

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 227. [grifo do autor]

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 229. [grifo do autor]

Depois de mencionar “*notáveis julgamentos emanados do [...] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*³⁴¹ e do [...] Tribunal Regional Federal da 4ª Região^{342,343} sobre o assunto (da união entre pessoas do mesmo sexo)³⁴⁴, o Ministro passou a analisar – (já) no “tópico” “IV” do voto³⁴⁵ – o art. 226, § 3º, da Constituição Federal³⁴⁶. De acordo com Celso de Mello, o (supracitado) dispositivo “*constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar*”³⁴⁷.

Celso de Mello – diferentemente do Ministro Gilmar Mendes – não reconheceu “no texto normativo da Constituição, *no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente [...], de caráter axiológico*”³⁴⁸. De acordo com o Ministro,

a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os

³⁴¹ Ver RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70005488812. Apelantes/apeladas: S T e D A P. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 25 de junho de 2003. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2003&codigo=194132>. Acesso em: 22 jul. 2013.

³⁴² Ver BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0 – Rio Grande do Sul. Apelante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Apelados: Ministério Público Federal, Nuances – Grupo pela Livre Orientação Sexual e Grupo Gay da Bahia – GGB. Relator: Des. Federal João Batista Pinto Silveira. Porto Alegre, 27 de julho de 2005. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200071000093470&dataPublicacao=10/08/2005>. Acesso em: 22 jul. 2013.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 232. [grifo do autor]

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 232-233.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 234-238.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 234.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 234. [grifo do autor]

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 234. [grifo do autor]

*quais configuram [...] fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.*³⁴⁹

O Ministro também destacou – (agora) no “tópico” “V” do voto³⁵⁰ – “*a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito*”³⁵¹. O Tribunal, conforme Celso de Mello, deve proteger as minorias (1) “*contra eventuais excessos da maioria*”³⁵² e (2) “*contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica*”³⁵³.

Celso de Mello – ainda no “tópico” “V” do voto – mencionou (1) – assim como os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – que, segundo os dados do “Censo 2010” do IBGE, existem sessenta mil casais homossexuais (declarados) no Brasil³⁵⁴; (2) que os dados do “Censo 2010” do IBGE talvez expliquem “a resistência que as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional, opõem às propostas de [...] qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar”³⁵⁵; (3) que “o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários”³⁵⁶; (4) “que o princípio majoritário [...] não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 237-238. [grifo do autor]

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 238-248.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 238. [grifo do autor]

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 238. [grifo do autor]

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 238. [grifo do autor]

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 239.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 239. [grifo do autor]

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 240. [grifo do autor]

igualdade e da liberdade”³⁵⁷; (5) que “ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição”³⁵⁸; e (6) “que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam”³⁵⁹.

No “tópico” “VI” do voto³⁶⁰, o Ministro discorreu sobre o “direito à busca da felicidade”³⁶¹, que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana³⁶². Trata-se, conforme Celso de Mello, de “um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na [...] Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776”³⁶³.

De acordo com Celso de Mello, o postulado constitucional (supracitado) – da busca da felicidade – (1) qualifica-se “como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais”³⁶⁴ e (2) é “gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais”³⁶⁵. É irrecusável, então, segundo o Ministro – diante do reconhecimento do direito à busca da felicidade –, “o rompimento dos obstáculos que impedem a [...] qualificação da união civil homossexual como entidade familiar”³⁶⁶.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 240. [grifo do autor]

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 246. [grifo do autor]

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 246-247. [grifo do autor]

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 248-254.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 248. [grifo do autor]

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 248.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 250. [grifo do autor]

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 252. [grifo do autor]

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 250. [grifo do autor]

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 254. [grifo do autor]

Depois de citar alguns precedentes³⁶⁷ em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América aplicou o postulado constitucional (implícito) da busca da felicidade (*pursuit of happiness*)³⁶⁸ – e, também, algumas Constituições³⁶⁹ que positiveram a busca da felicidade³⁷⁰ –, o Ministro tratou – (já) no “tópico” “VII” do voto³⁷¹ – do “*afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional*”³⁷². Conforme Celso de Mello, “*o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto*”³⁷³.

O Ministro mencionou, ainda, (1) – no “tópico” “VIII” do voto³⁷⁴ – o Princípio n.º 24³⁷⁵ dos “Princípios de Yogyakarta-

³⁶⁷ Celso de Mello mencionou os precedentes “*In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967) [...] [e] *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978)”. [grifo do autor]

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 253.)

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 252-253.

³⁶⁹ Celso de Mello mencionou a Constituição do Japão (de 1947), a Constituição da França (de 1958) e a Constituição do Butão (de 2008).

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 253.)

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 253.

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 254-258.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 254. [grifo do autor]

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 255. [grifo do autor]

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 258-260.

³⁷⁵ “PRINCÍPIO 24

DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por

ta”³⁷⁶, que dispõe sobre “*o direito de constituir família, independente[mente] de orientação sexual ou identidade de gênero*”

motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que em todas as ações e decisões relacionadas a crianças, sejam tomadas por instituições sociais públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o melhor interesse da criança tem primazia e que a orientação sexual ou identidade de gênero da criança ou de qualquer membro da família ou de outra pessoa não devem ser consideradas incompatíveis com esse melhor interesse;

d) Em todas as ações ou decisões relacionadas as [sic] crianças, assegurar que uma criança capaz de ter opiniões pessoais possa exercer o direito de expressar essas opiniões livremente, e que as crianças recebam a devida atenção, de acordo com sua idade e a maturidade;

e) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nos Estados que reconheçam o casamento ou parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo, qualquer prerrogativa, privilégio, obrigação ou benefício disponível para pessoas casadas ou parceiros/as registrados/as de sexo diferente esteja igualmente disponível para pessoas casadas ou parceiros/as registrados/as do mesmo sexo;

f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo;

g) Garantir que casamentos e outras parcerias legalmente reconhecidas só possam ser contraídas com o consentimento pleno e livre das pessoas com intenção de ser cônjuges ou parceiras.”

(YP IN ACTION. Princípios de Yogyakarta – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em:

<http://www.ypinaction.org/files/01/37/principios_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013. p. 29-30.)

³⁷⁶ De acordo com o Ministro Celso de Mello, os “Princípios de Yogyakarta” “*traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos*”. [grifo do autor] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 258-259.)

ro”³⁷⁷; (2) – no “tópico” “IX” do voto³⁷⁸ – que a “*colmatação de omissões inconstitucionais* [pelo Supremo Tribunal Federal é] [...] *um gesto de respeito pela autoridade da Constituição*”³⁷⁹; e (3) – (também) no “tópico” “IX” do voto – que práticas de ativismo judicial

tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem *ou* retardam, *excessivamente*, o *cumprimento* de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se tiver presente* que o Poder Judiciário, *tratando-se* de comportamentos estatais *ofensivos* à Constituição, *não pode se reduzir* a uma posição de pura passividade.³⁸⁰

Veja-se a parte final do voto do Ministro Celso de Mello:

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. *E, ao fazê-lo, julgo procedente* a presente ação constitucional, *para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade* do reconhecimento, *como entidade familiar*, da união *entre* pessoas *do mesmo* sexo, *desde* que atendidos *os mesmos* requisitos *exigidos* para a constituição da união estável *entre* homem *e* mulher, *além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante*, que os *mesmos* direitos *e* deveres dos companheiros nas uniões estáveis *estendem-se* aos companheiros na união *entre* pessoas *do mesmo* sexo.
*É o meu voto.*³⁸¹

3.9 O VOTO DO MINISTRO CEZAR PELUSO

O Ministro Cezar Peluso destacou, no (conciso) voto, (1) que, “com base na não coincidência semântica entre as duas normas, [...] é possível enxergar o disposto no artigo 1.723 [do Código Civil] como preceito susceptível de revisão à luz do artigo 226, § 3º, e de outras normas constitucionais”³⁸²; (2)

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 258. [grifo do autor]

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 260-265.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 260. [grifo do autor]

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 261. [grifo do autor]

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 264-265. [grifo do autor]

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 266.

“que as normas constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição [...], não excluem outras modalidades de entidade familiar”³⁸³; (3) que, “tomando em consideração [...] princípios da Constituição, como o princípio da dignidade [da pessoa humana], o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros”³⁸⁴, pode-se afirmar que o rol (constitucional) de entidades familiares não é taxativo (*numerus clausus*)³⁸⁵; (4) que “vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e [...] mulher”³⁸⁶; (5) que, na disciplina da união entre pessoas do mesmo sexo, não se pode deixar de reconhecer a existência de uma lacuna normativa, que deve ser preenchida “pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade – [...] entre [...] a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo”³⁸⁷; (6) que não podem ser aplicadas à união entre pessoas do mesmo sexo todas as regras que “se aplicam à união estável entre o homem e a mulher”³⁸⁸, porque “é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular”³⁸⁹; e (7) que o Poder Legislativo “precisa expor-se e regulamentar as situações [que decorrem do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar]”³⁹⁰.

4 CONCLUSÃO

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 267.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 267.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 267.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 267.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 267.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 268.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 268.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição... p. 269.

132-RJ e na ADI n.º 4.277-DF representou *um marco* no reconhecimento dos direitos dos homossexuais no Brasil. Todos os Ministros do Tribunal concordaram – ainda que por argumentos diversos – que a união entre pessoas do mesmo sexo é entidade familiar (= família).

De acordo com os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, a união homoafetiva consiste em uma nova espécie (ou tipo) de entidade familiar. Existe, conforme os (três) Ministros, uma lacuna na Constituição Federal, que justifica a utilização da analogia.

Os Ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello concluíram, no entanto, que é possível enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo nas espécies (ou tipos) de entidade familiar (já constitucionalmente estabelecidas – mais especificamente, na união estável –, através de uma “interpretação conforme” do art. 1.723 do Código Civil. Isso porque, segundo os (seis) Ministros, a Constituição Federal já consagra – ainda que não expressamente – a união homoafetiva.

Outros marcos – além do julgamento conjunto da ADPF n.º 132-RJ e da ADI n.º 4.277-DF – já surgiram... O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal, já admitiu, no Recurso Especial n.º 1.183.378 – Rio Grande do Sul³⁹¹, a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Diante disso, pode-se dizer também: o casamento já não é o que era.

³⁹¹ Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.183.378 – Rio Grande do Sul. Recorrentes: K R O e L P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 17 maio 2013.



REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Súmula Normativa n.º 12, de 04 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=70>. Acesso em: 16 jul. 2013.
- ALEMANHA. Constituição (1949). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2013.
- BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 08 jul. 2013.
- _____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 08 jul. 2013.
- _____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 08 jul. 2013.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.

- _____. Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.
- _____. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 08 jul. 2013.
- _____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2013.
- _____. Projeto de Lei n.º 1.151, de 26 de outubro de 1995. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 12 jul. 2013.
- _____. Projeto de Lei n.º 2.285, de 25 de outubro de 2007. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>>. Acesso em: 12 jul. 2013.
- _____. Projeto de Lei n.º 4.508, de 16 de dezembro de 2008. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420940>>. Acesso em: 12 jul. 2013.
- _____. Projeto de Lei n.º 4.914, de 25 de março de 2009. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427692>>. Acesso em: 12 jul. 2013.
- _____. Projeto de Lei n.º 6.297, de 30 de novembro de 2005.

Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308373>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. Proposta de Emenda à Constituição n.º 70, de 02 de setembro de 2003. *Senado Federal*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=61093>. Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.183.378 – Rio Grande do Sul. Recorrentes: K R O e L P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 17 maio 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 – Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 maio 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 – Distrito Federal – Petição Inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=400547&ad=s#1%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em: 17 maio 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc>

TP=AC&docID=628633>. Acesso em: 17 maio 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 – Rio de Janeiro – Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=433816#0%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em: 17 maio 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.300 – Distrito Federal. Requerentes: Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3300%2ENU-ME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bkrvx8q>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 1.984 – Rio Grande do Sul. Requerente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Requerida: Juíza Federal Substituta da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 30 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+1984%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/am8576y>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 397.762 – Bahia. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrida: Joana da Paixão Luz. Relator: Min. Marco Aurélio.

Brasília, 03 de junho de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0 – Rio Grande do Sul. Apelante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Apelados: Ministério Público Federal, Nuances – Grupo pela Livre Orientação Sexual e Grupo Gay da Bahia – GGB. Relator: Des. Federal João Batista Pinto Silveira. Porto Alegre, 27 de julho de 2005. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200071000093470&dataPublicacao=10/08/2005>. Acesso em: 22 jul. 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n.º 24.564 – Pará. Recorrentes: Procuradoria Regional Eleitoral do Pará, Izaias José Silva Oliveira Neto, Dilermando Júnior Fernandes Lhamas e Luiz Alfredo Amin Fernandes. Recorrida: Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 01 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/Inteiro%20Teor>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3.092, 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672/o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em: 17 maio 2013.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Resolução Normativa n.º 77, de 29 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BA740F90470DD/rn_20080129_77.pdf>. Acesso

em: 16 jul. 2013.

COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS.

Requerimento administrativo de servidora federal para inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Legitimidade do pleito. Falta de vedação legal ou constitucional. Princípios da não discriminação e dignidade da pessoa humana. Parecer PGFN/CAT n.º 1.503, de 19 de julho de 2010. Relator: Rodrigo Pirajá Wienskowski. Disponível em:

<<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Tradução de João Baptista Machado)

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria MPS n.º 513, de 09 de dezembro de 2010. *Sislex*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/index.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 30, n. 1, p. 54-87, nov. 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito da família*. Campinas: Bookseller, 2001. (Atualizado por Vilson Rodrigues Alves) (v. 1 – Direito Matrimonial)

RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei n.º 220, de 18 de julho de 1975. *Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/e00625242f74e>

100032569bb0074c7c1/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e>. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. Lei n.º 5.034, de 29 de maio de 2007. *Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/01f879fc4f1b7fc2832572f1005c70be?OpenDocument>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70005488812. Apelantes/apeladas: S T e D A P. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 25 de junho de 2003. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2003&codigo=194132>. Acesso em: 22 jul. 2013.

SARMENTO, Daniel. *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo e a Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/casamento-e-uniao-estavel-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-e-a-constituicao-federal.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2013.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/340/315>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

SEVERO, Felipe. Casamento civil igualitário: um debate inadiável. *Revista o Viés*, Santa Maria, n. 160, 27 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.revistaovies.com/reportagens/2013/04/casamento-civil-igualitario-um-debate-inadiavel/>>. Acesso em: 17 maio 2013.

- TASCETTO, Fernando Maicon Prado. *As decisões manipulativas de efeitos aditivos e de efeitos substitutivos no controle de constitucionalidade: a experiência brasileira à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2013. 125 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional Aplicado) – Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, Santa Maria, 2013.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída?. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 201-237.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção direito civil; v. 6)
- YP IN ACTION. Princípios de Yogyakarta – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <http://www.ypinaction.org/files/01/37/principios_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.