

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.277

Requerente: Procuradora-Geral da República

Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Relatora: Ministra Ellen Gracie

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de

Processamento Inicial

18/08/2009 18:39 102444



Direito Civil. Uniões homoafetivas estáveis. Reconhecimento. Observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigência do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pela procedência do presente pedido, para que seja conferida interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, de forma a contemplar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no art. 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.



I. DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradora-Geral da República, com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

A norma impugnada está assim redigida:

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

Inicialmente, o presente feito foi autuado como arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o objetivo de que essa Corte Superior declarasse: *“(a)...a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendido os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) ...os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”* (fl. 46).

A autora sustenta que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar fere os princípios da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CF), da igualdade (art. 5º, *caput*), da



vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica (art. 5º, *caput*).

Ao discorrer sobre os atos do poder público que atentariam contra os citados preceitos fundamentais, a requerente aduz o seguinte (fl. 08):

“No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve tanto atos comissivos como omissivos, relacionados ao não-reconhecimento público da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e à consequente denegação aos seus partícipes de uma pletera de direitos que decorreriam deste status – e.g., direito a fazer declaração conjunta de imposto de renda, direito de subrogar-se no contrato de locação residencial do companheiro falecido, ou de prosseguir no contrato no caso de dissolução da união, direito à visitação íntima em presídios, direito à obtenção de licença em caso de morte, do companheiro ou companheira, dentre tantos outros.

Estes atos envolvem todos os poderes do Estado, nas três esferas da Federação, no âmbito das respectivas competências. Seria possível citar, a título de ilustração, as decisões judiciais de diversos Tribunais, que se negam a reconhecer como entidades familiares as referidas uniões, e os atos das administrações públicas que não concedem benefícios previdenciários estatutários aos companheiros dos seus servidores falecidos.

Na verdade, existe um verdadeiro estado geral de inconstitucionalidade nesta matéria, que se desdobra em uma multiplicidade de atos e omissões estatais, implicando em séria ofensa aos direitos fundamentais dos homossexuais”.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, no despacho de fls. 325/327, fixou o prazo de 10 (dez) dias para que a autora emendasse a petição inicial, de modo a esclarecer quais os atos do poder público violariam os preceitos fundamentais por ela citados.



Em resposta ao despacho retrocitado, a Procuradora-Geral da República, às fls. 330/333, emendou a inicial, apontando como violadores de preceitos fundamentais os seguintes atos do poder público, *verbis*:

- “a) o não-reconhecimento pelo Estado brasileiro da união estável formada entre pessoas do mesmo sexo; e*
- b) o conjunto de decisões judiciais, proferidas por inúmeros tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (documentos anexados à petição inicial), que, interpretando a Constituição de forma equivocada, negam o caráter de união estável à união entre pessoas do mesmo sexo.”*

Naquela oportunidade, autora formulou pedido subsidiário “no sentido de que se admita a presente arguição como Ação Direta de Inconstitucionalidade, **objetivando a interpretação conforme do art. 1723 do Código Civil**, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família” (fl. 333, grifos apostos).

Ato contínuo, o Presidente dessa Corte Superior, considerando a inexistência de um objeto específico e bem delimitado a ser impugnado pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **conheceu do presente feito como ação direta de inconstitucionalidade**, tendo por objeto o artigo 1.723 do Código Civil. Em consequência, imprimiu ao presente feito o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitando informações à autoridade requerida e determinando a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (fls. 335 e 336).

Em suas informações, fls. 351/392, o Presidente da República alegou, em síntese, que “*merecem prosperar os pedidos formulados na inicial*



no sentido de que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, em razão da aplicação do princípio da interpretação sistemática da constituição, corolário lógico disto é que o princípio da interpretação conforme permite que se afaste do espectro semântico do art. 1.723 do Código Civil, a compreensão de que tão somente as pessoas de sexo diferentes estariam abrangidas pelo dispositivo, conquanto há que se render, no mesmo passo, homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, no viés da liberdade de opção sexual, do estado laico e por fim do princípio constitucional da igualdade, como visto acima” (fl. 391, grifos no original).

O Presidente da Câmara dos Deputados aduziu nada ter a informar com relação ao presente feito (fl. 395).

Certificou-se o decurso do prazo sem que o Presidente do Senado Federal prestasse as informações solicitadas (fl. 396).

Na sequência, os autos vieram a esta Advocacia-Geral da União.

II – DA DISTRIBUIÇÃO ALEATÓRIA DO FEITO

Antes de adentrar na *quaestio juris*, importa tecer algumas considerações sobre o objeto e a causa de pedir do presente feito, para fins de distribuição da causa nessa Suprema Corte.

Em sua petição inicial, requer a autora a distribuição do feito, por prevenção, ao Ministro Celso de Mello, Relator da ADPF Nº 132, uma vez que a ação em exame e a mencionada arguição de descumprimento de preceito constitucional seriam conexas.

Entretanto, verifica-se que as normas hostilizadas na presente ação direta e naquela distribuída ao Ministro Celso de Mello, muito embora digam respeito ao mesmo tema – reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar – , não possuem o mesmo objeto, até porque editadas por diferentes unidades da federação. Na espécie, a norma atacada foi editada pela União, enquanto que, na ADPF nº 132, o ato normativo adveio do Estado do Rio de Janeiro. É o quanto basta para se afastar a suposta coincidência de objetos nas referidas ações.

Com efeito, para fins de distribuição por prevenção, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, entende esse Supremo Tribunal Federal que deve haver **identidade total** entre os objetos de impugnação, o que não ocorre entre este feito e o anteriormente ajuizado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. A esse respeito, confira-se:

“DESPACHO: Com relação ao pedido consubstanciado na inicial, observo que na presente ADI n. 3.470-RJ, além de figurar como requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), o objeto é totalmente idêntico ao impugnado na ADI n. 3.406-RJ, a saber: a Lei Estadual n. 3.579, de 13 de junho de 2001, do Estado do Rio de Janeiro. Nesse particular, destaco que o próprio ‘Termo de Recebimento, Revisão, Autuação e Registro de Processo’ (fl. 53) reconhece a ocorrência de distribuição por prevenção. No julgamento da ADI n. 1460-DF, o Supremo Tribunal Federal resolveu que: ‘... nos casos em que houver ajuizamento de duas ou mais ações diretas de inconstitucionalidade, cujo objeto de impugnação seja exatamente o mesmo (identidade total), dar-se-á o pensamento das ações subseqüentes aos autos da anteriormente ajuizada, para efeito de



sua tramitação conjunta e posterior julgamento, sob o número de registro da primeira ação direta, incluindo-se, na autuação desta, a referência aos nomes dos autores que promovem as demais ações diretas a que alude esta resolução.’ (ADI n. 1460-DF, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 25/06/1999). Diante do exposto, determino à Secretaria do Tribunal que providencie o apensamento da ADI n. 3.470-RJ à ADI n. 3.406-RJ para fins de apreciação conjunta. Publique-se. Brasília, 19 de abril de 2005. Ministro GILMAR MENDES Relator.” (ADI 3470/RJ; AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator: Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 19/04/2005; Publicação: DJ 26/04/2005, PP-00013; grifos apostos).

Ademais, sabe-se que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, “a conexão ocorre apenas na hipótese de identidade de objetos entre as ações, visto que, no controle abstrato, a causa de pedir é aberta”¹, não sendo relevante para que se configure a prevenção.

Afasta-se, assim, o reconhecimento de prevenção entre a presente ação direta e a ADPF nº 132.

III. MÉRITO

III.1 – AS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO FAMÍLIA

A presente controvérsia limita-se a identificar se o artigo 1.723 do Código Civil encontra amparo na vigente ordem constitucional.

De início, cumpre assentar que o Estado Democrático de Direito

¹ *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 139; Relator: Min. Cezar Peluso*



não pode conviver com ações estatais desafinadas com o respeito e a promoção indistinta do bem de todos os seres humanos. Na lição de José Afonso da Silva, “a promoção do bem de todos ou do bem comum é objetivo primordial de todo Estado. É isso que justifica sua existência, quer a Constituição formal o diga, ou não.”²

O texto da Carta de 1988, confirmando a vocação democrática nacional e em reforço à vertente de afirmação dos direitos humanos fundamentais no Estado Brasileiro, é pródigo em manifestações nesse sentido:

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

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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

“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.” (grifos apostos)

A despeito de não integrar o corpo normativo da Constituição, o preâmbulo da Carta Maior registra as relevantes intenções do povo brasileiro:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e

² In *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48

906
O TRIBUNAL

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.” (sem destaques no original).

A análise da presente demanda não pode deixar de considerar o ambiente constitucional ora referido.

Com efeito, a requerente postula o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Movida desse intuito pretende dar interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil, que assim dispõe:

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

A compreensão do texto normativo não pode ignorar, com base nos parâmetros constitucionais, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expresso, em seu art. 226, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: (i) auto-determinação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de

ADI nº 4277, Relatora Ministra Ellen Gracie

convivência íntima e estável, a fim de alcançar objetivos comuns.

Já se afirmou em doutrina que *“a família existe para a satisfação de seus membros e como materialização de uma situação compartilhada por pessoas que vivem juntas, trocando experiências e partilhando de vida em comum. Há a opção pessoal de cada um de unir e partilhar de sentimentos comuns.”*³

Nesses termos, pode-se afirmar que, a despeito de a Carta de 1988 não haver contemplado – de modo expresso – o tratamento jurídico das uniões homoafetivas no capítulo que dedica à família, a evolução e a complexidade das relações humanas estão a exigir do sistema jurídico respostas adequadas para a resolução dessas controvérsias, intimamente ligadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais.

Sobre o tema, pertinente o comentário de Érika Harumi Fugie:

“(…), admite-se afirmar que normas singulares inseridas na Constituição acabem por se tornar automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em virtude de uma mudança real de situação, não podem mais cumprir a sua função integradora e, porventura, podem até assumir uma função desintegradora.

A essa nova situação denomina-se mutação constitucional. Assim, os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade. Essa interação com a realidade permite considerar a Constituição como uma ordem aberta.

Essa abertura da própria Lei Fundamental permite o evoluir constante da ordem constitucional, no compasso da evolução histórica. De modo que a Constituição impõe sua força normativa: ‘a força normativa da Constituição implica, pois, a construção de

³ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual – reflexões jurídicas*. Revista dos Tribunais – Ano 92 – Volume 807 – Janeiro de 2003. São Paulo: RT, 2003, p. 97.

uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade; mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada.”⁴

É perceptível o esforço da doutrina e da jurisprudência pátrias para encontrar soluções para as inúmeras questões que surgem do vazio normativo relacionado às uniões homoafetivas. Entretanto, as principais questões são sempre resolvidas sobre o prisma patrimonial, utilizando-se, muitas vezes, de institutos já consolidados em outros ramos do Direito – como é o caso da *sociedade de fato* no Direito Empresarial – a fim de dar cabo a tais questionamentos. Destaque-se, a propósito, as considerações de Maria Berenice Dias:

“Nítido o repúdio do legislador no manejo de questões encharcadas de preconceito. No Brasil, nem a Constituição e nem a lei tomam conhecimento da homossexualidade, não lhe dando aprovação nem punições. Assim, está-se impondo às relações homoafetivas o mesmo calvário percorrido pelo concubinato antes da constitucionalização dos vínculos afetivos heterossexuais não-matrimonializados, e que receberam o nome de união estável.

[...]

Havendo identidade de sexo, ainda que meramente biológica, a demanda, proposta no juízo cível, provavelmente será extinta, decantando-se a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Raros julgados emprestam juridicidade a tais vínculos. Mesmo quando comprovada a convivência duradoura, pública e contínua, é reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro. Não se concede alimentos e nem direitos sucessórios.”⁵

Em uma ordem jurídico-constitucional, em que a tutela do ser

⁴ In A União Homossexual e a Constituição Federal. Revista Brasileira de Direito de Família. Ano IV, nº 15, Out-Dez/2002, Editora Síntese.

⁵ In União Homossexual: o Preconceito e a Justiça. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 88/89.

humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é fácil perceber que soluções imprecisas e importadas de outros ramos do Direito não se revelam adequadas para o enfrentamento de questões que são íntimas à concretização dos direitos da personalidade.

Com apoio em Pietro Perlingieri, e ainda a respeito da tensão existente entre os tipos jurídicos e a complexidade das relações humanas que reclamam a tutela do Direito, assevera Gustavo Tepedino:

“A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado, adotado pelo Codificador brasileiro, será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica.”⁶

Conforme salientado, embora não haja na Carta Maior, com relação às uniões homoafetivas, o que Gustavo Tepedino convencionou chamar de *situação jurídica-tipo*, a totalidade orgânica da Constituição oferece elementos seguros para o enfrentamento dessa questão. A compreensão do tema perpassa, sem dúvida, pela análise dos parâmetros normativos já existentes com relação ao casamento e à união estável e da concretização dos postulados constitucionais da igualdade, da liberdade e da promoção de uma sociedade livre de preconceitos.

⁶ In A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23.

Com efeito, pode-se afirmar que o tratamento diferenciado entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal e as uniões homoafetivas não apresenta justificativa plausível, sob a ótica do princípio da igualdade. É ofensivo ao senso comum – e à força normativa do princípio da isonomia – que, no caso do artigo 1.723 do Código Civil, possa ser reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, sendo afastado similar tratamento àqueles que mantêm união homoafetiva estável – cuja relação funda-se nos mesmos pressupostos de liberdade e de afeto que as outras uniões.

Nesse particular, ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos.”⁷

No mesmo sentido, averba Pimenta Bueno que *“a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”⁸*

Considerando, pois, que as relações afetivas, sejam homo ou

⁷ In Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª edição. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 18.

⁸ In Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: 1857, p. 424.

heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático, razão não há – sob pena de discriminação – para se atribuir às mesmas tratamento jurídico diferenciado.

Como inarredável pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana – valor maior tutelado pela Constituição Federal –, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente limitação – ainda que potencial – ao pleno exercício da liberdade que possui todo ser humano no exercício da plenitude de sua orientação sexual.

Sem dúvida, pode-se afirmar que o tratamento jurídico discriminatório em relação àqueles parceiros de união homoafetivas, como estabelece o ato normativo objeto da presente ação, revela limitação à liberdade, na medida em que a escolha de orientação sexual não garante os desdobramentos jurídicos comuns às demais entidades familiares.

A perseguição do bem comum, positivada na Constituição como valor fundamental, obriga o operador do Direito a tratar com equivalência as situações fáticas iguais. Não há esforço hermenêutico, destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas.

Nesse particular, destaque-se, uma vez mais, os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

"A Constituição outorgou especial proteção à família,

ADI nº 4277, Relatora Ministra Ellen Gracie

independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juizes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).⁹

Anote-se, de modo exemplificativo, que a Holanda, a Bélgica, o Canadá, a Espanha e a África do Sul permitem o casamento entre pessoas do

⁹ Ob. Cit. p. 71/99.

mesmo sexo. De outro modo, França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia reconhecem, juridicamente, a união homoafetiva, sem equipará-la, contudo, ao casamento.

Diante de todo o exposto, tem-se que o pedido formulado na presente ação revela procedência, na medida em que se afigura necessário o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, a fim de que aos participantes da união homoafetiva sejam assegurados os mesmos direitos e deveres dos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis.

III. 2 – MANIFESTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

No âmbito dos Tribunais Superiores, é possível catalogar decisões que abonam a tese ora propugnada. Embora não se apresentem em grande número, são extremamente importantes, por reconhecerem que a anomia em relação ao tema reduz a esfera de direitos dos parceiros homossexuais.

Nessa Suprema Corte, registre-se o precedente em que a Presidência negou pedido de suspensão de liminar que objetivava a sustação da eficácia de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual se reconheceu a possibilidade de o parceiro homoafetivo gozar de benefício previdenciário:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS -

ADI nº 4277, Relatora Ministra Ellen Gracie

CONDICÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA. 1. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): Com as considerações supra, DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/91); b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso; c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo parquet (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade. (...) Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo,

prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União. Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor. 3. Indefero a suspensão pretendida.”¹⁰

No Tribunal Superior Eleitoral, é já clássico o acórdão que negou – com evidente acerto – registro à candidatura de parceira homoafetiva que postulava o ingresso no cargo de Prefeito Municipal, este anteriormente ocupado por sua companheira. A Constituição Federal torna inelegível, no mesmo território de jurisdição, o cônjuge e o parente, ainda que por afinidade. O acórdão ficou assim ementado:

“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE.

¹⁰ Pet 1.984/RS, rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 20.02.2003.



ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

*Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.*¹¹

É possível também encontrar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, manifestações que convergem com a orientação aqui adotada:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

(...)

3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição

¹¹ Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes.



Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

"Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º."

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento

9 - Recurso Especial não provido.¹²

Os acórdãos acima referidos demonstram que a Constituição Federal oferece mecanismos para solucionar as inúmeras questões jurídicas a que estão submetidos os parceiros de união homoafetiva, a exigir, no caso presente, que semelhante e definitiva solução seja adotada.

¹² Recurso Especial nº 395.904/RS, rel. Hélio Quaglia Barbosa. DJ de 06.02.2006.

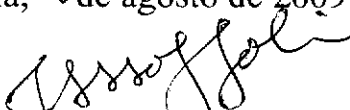


IV – CONCLUSÃO

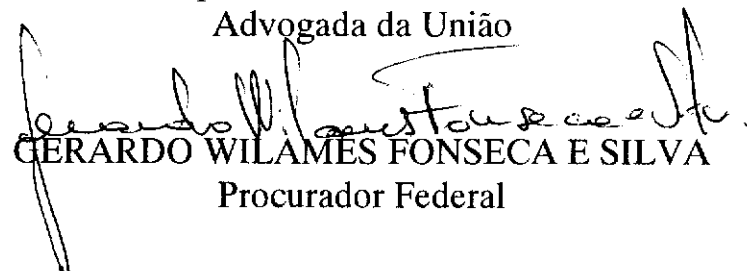
Pelo exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade para que seja conferida **interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, de forma a contemplar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.**

São essas, Excelentíssima Senhora Relatora, as considerações que se tem a fazer, nos termos do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, 17 de agosto de 2009


JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
Advogado-Geral da União

LETÍCIA DE CAMPOS ASPESI SANTOS
Diretora do Departamento de Controle Concentrado
Advogada da União


GERARDO WILAMÊS FONSECA E SILVA
Procurador Federal