



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-ÍRIS
www.arco-iris.org.br

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL RELATOR DA ADPF Nº 132/RJ,
DOUTOR CARLOS AYRES BRITTO.**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

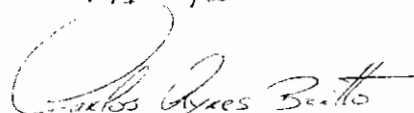
Coordenadoria de
Processamento Inicial

19/12/2008 11:51 179449



Justo-se, oportunamente.

Brasília, 19/12/2008

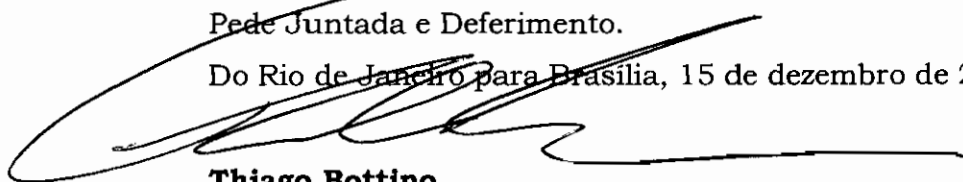

Ministro CARLOS AYRES BRITTO
Relator

Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual (GAI), já qualificado nos autos da presente ação de descumprimento de preceito fundamental, vem a Vossa Excelência, por seu advogado, com fundamento no §2º do art. 6º da Lei nº 9.882/1999 e na forma do despacho publicado no DJE de 20/08/2008, requerer a juntada do incluso **MEMORIAL DE AMICUS CURIAE**. Reitera, outrossim, os requerimentos apresentados quando de seu pedido de admissão nos autos, sobretudo o de que seja autorizada a realização de sustentação oral na sessão de julgamento.

Termos em que,

Pede Juntada e Deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 15 de dezembro de 2008.



Thiago Bottino

Adv. 102.312 OAB/RJ



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-ÍRIS
www.arco-iris.org.br

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132/RJ

Memorial apresentado pelo

GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL

Pelo conhecimento e provimento integral do pedido.



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



ÍNDICE

1 – Introdução

- 1.1 – O Supremo Tribunal Federal e a pedagogia dos direitos fundamentais.
- 1.2 – O Núcleo de Prática Jurídica da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e a pedagogia dos direitos fundamentais.

2 – Contribuições ao julgamento da causa

- 2.1 – Da violação à dignidade humana, à liberdade e à igualdade.
- 2.2 – Da violação à segurança jurídica.
- 2.3 – Função contra-majoritária do Poder Judiciário no Estado democrático de direito
- 2.4 – Do direito internacional e supranacional

3 – Conclusão



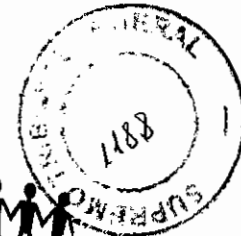
DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br



I – INTRODUÇÃO

1.1 – O Supremo Tribunal Federal e a pedagogia dos direitos fundamentais.

Desde o início da década de 1990, o Brasil assiste a expansão do Poder Judiciário, assumindo funções próprias dos Poderes Executivo e Legislativo, deixando de lado seu tradicional papel passivo e passando a protagonizar modificações na organização sócio-econômica brasileira¹.

Sem dúvida, o fator preponderante que impulsiona o ativismo judicial brasileiro é o próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). A Constituição de 1988 refundou nosso Estado no postulado da dignidade humana e traçou como objetivos primordiais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não se olvida que em uma democracia a elaboração das leis está diretamente ligada ao debate público entre os cidadãos, o qual é representado pelas discussões ocorridas no âmbito do Poder Legislativo. Mas é igualmente certo que em uma democracia constitucional, como é a brasileira, as escolhas do Poder Legislativo não são consideradas adequadas apenas em razão de quem

¹ “Eu creio, senhores, que nós observamos neste ano, e nestes últimos anos, um crescente protagonismo judicial, seja neste tribunal, quando, afora as questões técnicas específicas, acabou o controle da constitucionalidade se transformando também numa instância recursal da luta política. Por diversas vezes aqui examinamos o prolongamento da disputa política junto ao Congresso Nacional em relação à elaboração legislativa. Tivemos, em alguns casos, o uso da Ação Direta no sentido de ser um instrumento, inclusive para maior visibilidade de posições político-partidárias. Tivemos também o uso da ação direta por partidos políticos visando a busca do debate constitucional. Mas ao fim, um crescimento imenso da disputa judiciária como um prolongamento da disputa política trazendo o Supremo Tribunal Federal e as estruturas judiciárias para o centro do debate político nacional. Houve também durante esse período, principalmente a partir dos anos 90, uma progressiva judicialização das lesões de massa e dos debates de massa. Houve um acréscimo de funções no sistema judiciário exatamente porque passou o sistema judiciário a integrar a agenda nacional como um *locus* para o debate das grandes questões nacionais”. Discurso do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, na abertura do Ano Judiciário de 2005.



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br



detêm esses direitos, mas sim em função de como, quando e por que esses poderes são exercidos.

Isso significa que determinadas escolhas foram feitas no momento da fundação de uma nova sociedade e um novo Estado brasileiro – quando da elaboração da Constituição de 1988 – o que impede que o Poder Legislativo tome decisões que sejam incompatíveis com aquelas escolhas.

De igual modo, a ausência de decisões do Poder Legislativo é indiferente para a validade jurídica de determinadas escolhas que foram efetivamente feitas pelo poder constituinte originário.

No caso em tela, o GAI acredita que o povo brasileiro, por meio de seus constituintes, escolheu como preceitos fundamentais do novo Estado que se pretende construir a **igualdade**, a **liberdade**, a **dignidade**, a **segurança jurídica** e, ainda, a **impossibilidade de que se neguem tais direitos com base na orientação e identidade sexual de cada indivíduo**.

A afirmação dessas escolhas, dos valores em torno dos quais o povo brasileiro refundou seu Estado, dos direitos fundamentais que os cidadãos são titulares, compete ao Poder Judiciário. Ao garantir essas escolhas, o Supremo Tribunal Federal, atua como guardião das promessas feitas no momento da promulgação da Constituição. Ao nos lembrar e ao nos obrigar a respeitar tais compromissos, o Supremo Tribunal Federal promove a *pedagogia dos direitos fundamentais* e reafirma os valores que caracterizam o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Essa atuação do Supremo Tribunal Federal se dá, primordialmente, por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade e, sobretudo, por meio das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, em razão do



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

DIREITO RIO



papel que essas cláusulas (preceitos fundamentais) possuem para a estruturação de um Estado democrático de direito.

Embora o conceito de preceito fundamental ainda esteja em construção, é certo que o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento de que nenhum conceito que vier a ser determinado excluirá os direitos e garantias fundamentais².

1.2 – O Núcleo de Prática Jurídica da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e a pedagogia dos direitos fundamentais.

A representação judicial do GAI nesses autos é feita pelo Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO).

O NPJ é o local em que se realiza o estágio curricular supervisionado do curso de graduação em direito da FGV DIREITO RIO. Pretende-se formar um profissional com perfil diferenciado, capaz de refletir criticamente sobre sua atuação social e promover mudanças importantes nas estruturas jurídicas necessárias ao desenvolvimento sócio-econômico nacional.

Por essa razão, também é função do NPJ da FGV DIREITO RIO contribuir para a *pedagogia dos direitos fundamentais*, ou seja, estimular nos alunos a reflexão sobre os valores mais importantes do Estado Democrático de Direito

² “É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico” (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04).



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-ÍRIS
www.arco-iris.org.br



e a perspectiva da advocacia de interesses difusos ou coletivos e da potencial contribuição que o profissional do direito pode fornecer na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

O memorial de *amicus curie* adiante apresentado foi elaborado por um grupo de alunos de graduação, supervisionados por dois professores da Escola, todos adiante assinados, contando com a participação de vários colaboradores³. Não se pode deixar de registrar a participação dos ativistas e demais integrantes do Grupo Arco-Íris na elaboração desse trabalho⁴.

II - CONTRIBUIÇÕES AO JULGAMENTO DA CAUSA

2.1 - Da violação à dignidade humana, à liberdade e à igualdade.

Busca-se perante esse Supremo Tribunal Federal uma manifestação acerca do direito das pessoas de amarem e de serem amadas, de construírem relações de afeto e de basearem suas decisões mais íntimas na certeza de que o ordenamento jurídico tratará todas as relações afetivas da mesma forma.

As discriminações propostas pela Constituição Federal diante do preceito da igualdade são no sentido de igualar os desiguais e não o contrário. Uma discriminação jurídica num Estado constitucional democrático no qual os direitos fundamentais constituem o próprio fundamento do Estado precisa

³ Imperioso registrar aqui o agradecimento a todos que colaboraram para que esse projeto fosse bem sucedido. Além dos alunos e professores que também subscrevem essa petição, destacamos a colaboração de Caio Farah Rodriguez, professor da FGV DIREITO RIO, idealizador e primeiro incentivador desse projeto, Lígia Fabris Campos, professora da FGV DIREITO RIO e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica, e Fernanda Medina Pantoja, Tutora da FGV DIREITO RIO.

⁴ Agradecemos a todos nas pessoas dos integrantes do GAI Claudio Nascimento, Gilza Rodrigues da Silva e Julio Moreira.



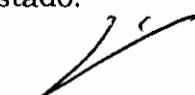
estar respaldada em motivos juridicamente relevantes que ampliem o acesso do maior número possível de cidadãos a direitos. A interpretação restritiva do Decreto-lei 220/75 faz exatamente o oposto.

O Supremo Tribunal Federal, sempre atento a tais nuances interpretativas, já se manifestou acerca da fundamentalidade do princípio da igualdade:

“O princípio da isonomia é auto aplicável e deve ser considerado sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei . A igualdade na lei é exigência dirigida ao legislador, que no processo de formação da norma, não poderá incluir fatores de discriminação que rompam com a ordem isonômica. A igualdade perante a lei pressupõe a lei já elaborada e dirige-se aos demais poderes, que, ao aplicá-la não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório” (STF, RDA 183/143).

É fato inegável que no Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em relacionamentos contínuos e duradouros, caracterizados pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. Não está dentro das atribuições ou possibilidades institucionais do Estado o poder de ditar a cada indivíduo que tipo de pessoa deve ser alvo de amor ou afeto.

Ao ignorar a realidade – de que as uniões estáveis homoafetivas existem – fere-se a o direito à liberdade individual de um grande contingente de pessoas. Aceitar isso como dado compatível com a Constituição é equívale dizer que a “Constituição cidadã” pretendeu excluir cidadãos do seu âmbito de proteção por razões da esfera privada dos indivíduos que em nada dizem respeito ao Estado.





DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br



Mas não basta assegurar que essa parcela da população tenha direito de se relacionar afetivamente com pessoas do mesmo sexo, estando livre de perseguições, punições ou humilhações como outrora. Em uma democracia, deve-se assegurar que outros direitos da vida civil não sejam afetados ou negados em razão do livre exercício da orientação sexual, sob pena do Estado restringir a liberdade de autodeterminação e de busca do bem individual e da felicidade de cada indivíduo que faz parte da sociedade.

Se a relação estável homoafetiva não goza da mesma proteção estatal que a relação estável heteroafetiva, pode-se afirmar que o Estado está criando obstáculos ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, introduzindo uma causa de opressão sobre a sociedade civil e criando um mecanismo que gera a desigualdade entre indivíduos em razão de sua orientação sexual.

Ao mesmo tempo, seria possível dizer que o Estado está alheio à realidade social, recusando o reconhecimento de que na sociedade brasileira são estabelecidas diversas relações estáveis homoafetivas que merecem ter seus direitos assegurados

O Estado brasileiro não foi fundado a partir de uma única concepção moral ou religiosa. A sociedade brasileira não professa uma única fé, nem se orienta pelos mesmos valores morais. Cada vez mais, o povo brasileiro mostra-se heterogêneo, plural, diversificado. Essa é nossa riqueza, nosso maior valor. A multiplicidade de visões sobre o *bem* obriga à construção de uma sociedade tolerante e a transforma em uma sociedade de pessoas livres. Certamente, grupos que compartilham determinados valores religiosos ou morais têm assegurada a liberdade de existir, mas jamais de ditar a verdade ou o direito para o restante do povo brasileiro.



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-ÍRIS
www.arco-iris.org.br

Nesse sentido, pode-se dizer que se nosso povo tem valores comuns, eles são a liberdade e a igualdade, daí derivando a tolerância com as diferenças individuais⁵.

Por essa razão, não é suficiente que o Estado faça uma equiparação dessa relação afetiva com as sociedades de fato, como se uma relação de afeto pudesse ser tratada como uma relação comercial.

Considera-se que a dignidade humana do indivíduo é violada quando não se reconhece que as relações afetivas homossexuais merecem o mesmo tratamento jurídico conferido às relações heterossexuais. Não é adequado, nem justo, nem digno tratar esse tipo de relacionamento como uma sociedade de fato ou como parcerias registradas em cartório.

A recusa em equiparar as relações estáveis homoafetivas à união estável afeta de forma nefasta a dignidade humana quando reduz tais relações a um caráter meramente patrimonial.

Reconhecer direitos patrimoniais não tem de forma alguma o mesmo efeito que teria o acolhimento normativo das uniões estáveis homoafetivas. Isto porque o *animus* de constituição dos dois institutos é completamente divergente. Os direitos negados a esses casais excede em muito qualquer patrimonialização. A união estável homoafetivas, tanto quanto a união estável heteroafetiva, tem como pilar o sentimento de afeto.

⁵ - "Dizer que cidadãos são livres é dizer que, em verdade, que nenhuma doutrina moral compreensiva ou religiosa define a condição de membro da comunidade política, nem define a instituição dessa comunidade. Dizer que são iguais é dizer que cada qual é reconhecido como capaz da mesma participação na discussão pública voltada ao exercício do poder e autorizativa desse exercício". Livre tradução do original: "To say that citizens are free is to say, inter alia, that no comprehensive moral or religious view provide a defining condition of membership or the foundation of the authorization to exercise political power. To say that they are equal is to say that each is recognized as having the capacities required for participating in discussion aimed at authorizing the exercise of power" (COHEN, Joshua: *Procedure and substance in deliberative democracy*. In BENHABIB, Seyla (org.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton University Press: New Jersey, 1994, p. 96).



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



Além de terem sua dignidade violada ao não serem tratados como uma família, os indivíduos que constituem uma união estável homoafetiva têm diversos outros direitos afetados, dos quais são exemplos:

- o acompanhamento do companheiro em hospitais;
- a decisão sobre procedimentos médicos de risco e demais decisões sobre a vida em comum quando o companheiro estiver incapacitado;
- a visita íntima nas prisões;
- o acompanhamento do companheiro servidor público transferido;
- a permanência no lar do companheiro em caso de sua morte;
- a decisão sobre os procedimentos fúnebres;
- as limitações legais em relação aos bens do casal (como a pensão alimentícia, a garantia quanto à meação dos bens em caso de dissolução da união, a possibilidade de declaração do companheiro como dependente para efeito do imposto de renda, união de rendas para aprovação de financiamentos bancários, entre muitos outros).

Todas essas situações exigem dos casais homossexuais esforços legais e incertezas que não são necessários, nem experimentados pelos casais heterossexuais para os quais todos esses direitos estão pressupostos e podem ser exercidos sem qualquer óbice. Na maioria das vezes, os casais homossexuais ficam reféns da compreensão dos funcionários públicos ou privados do local ou de decisões judiciais que podem ou não lhes reconhecer determinado direito.

A decisão de equiparar a união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva influenciará no cotidiano de parcela representativa da população brasileira. Não se olvida os efeitos patrimoniais desse reconhecimento, mas a dignidade humana está ligada principalmente aos aspectos da vida cotidiana desses brasileiros; nos dias felizes e tristes de



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br



cada relacionamento; nos direitos elementares que os casais adquirem ao decidirem formar uma vida em conjunto e partilhar com o parceiro os fatos da vida.

2.2 – Da violação à segurança jurídica.

É possível encontrar diversos exemplos de decisões judiciais de tribunais brasileiros que reconhecem a união estável homoafetiva como instituto jurídico análogo à união estável heteroafetiva.

Poder-se-ia transcrever inúmeros acórdãos de Tribunais de Justiça de diversos Estados e, recentemente, do Superior Tribunal de Justiça, decidindo que questões que envolvam tal matéria devem ser decididas em Varas de Família, e não em Varas Cíveis.

Outrossim, existem ainda em maior medida decisões que diuturnamente negam direitos a tais casais os mesmos direitos assegurados aos casais heterossexuais que, por isso, não necessitam de qualquer intervenção judicial para efetivá-los.

O caminho trilhado hoje, pelas uniões estáveis homoafetivas assemelha-se com a evolução do concubinato até seu aprimoramento como união estável heteroafetiva. Essa evolução percorreu um longo caminho, iniciado pela jurisprudência e, posteriormente, consolidado pela doutrina e pela lei.

Até meados do século XIX, por influência religiosa, estava disseminada a idéia de que apenas o casamento civil e religioso poderia ser aceito, sendo considerada imoral qualquer outro tipo de união informal, tal qual o concubinato –conhecido hoje como união estável. Nesse contexto, a união estável permaneceu à margem da lei, deixando aquele que se encontrava em tal situação fática, desprovido de direitos e segurança jurídica em relação ao instituto.



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br

Diversas eram as normas discriminatórias dispostas no Código Civil de 1916, as quais restringiam direitos daqueles que mantinham relações concubinárias (ou uniões estáveis, segundo a lei atual). Isso pode ser explicado pelo intuito do legislador em proteger somente a família formada pelo casamento, que era considerada legítima, deixando à margem da lei as demais formas de união, consideradas ilegítimas.

Com o passar do tempo, observou-se um progresso no reconhecimento dos direitos advindos da união estável, tal evolução do ordenamento jurídico se deu de forma lenta. Inicialmente, o instituto foi reconhecido pela legislação trabalhista (que equiparava a companheira à esposa nos casos de indenização de acidente de trabalho) e posteriormente as leis do inquilinato também estenderam o conceito de esposa à companheira; no entanto, tal proteção legal apenas se aplicava a casos muito específicos, deixando aqueles que se valiam da união estável em um cenário de incertezas jurídicas.

Durante longo período, a jurisprudência brasileira foi avançando na matéria. O Supremo Tribunal Federal cristalizou entendimentos favoráveis à união de pessoas não casadas em casos de indenização acidentária (Súmula 35); dissolução de sociedade de fato com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (Súmula 318); conceituação de concubinato mesmo sem vida em comum sob o mesmo teto (Súmula 382); disposição testamentária em favor de filho adulterino (Súmula 447); indenização por serviços prestados durante a vida concubinária, além de outras tendências que, na prática, levam a participação de certos direitos entre os partícipes da união informal e aqueles garantidos pelo diploma de casados.

Em 1988, no momento de refundação do Estado brasileiro como Estado democrático de direito, o constituinte optou por também conferir proteção



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br



estatal às centenas de uniões não oriundas da celebração do casamento, reconhecendo a união estável como forma de constituição da família, para efeito de proteção do Estado (§3º, do art. 226, da Constituição).

Trata-se de norma cujo propósito inequívoco era ampliar o número de titulares dos direitos decorrentes da formação de uma família. Em momento algum o texto constitucional limita o conceito de família ao casamento civil entre homem e mulher. Essa é apenas uma forma de família, como também o são o casamento religioso, a união estável e a relação entre qualquer dos pais e seus descendentes.

Muito embora a união estável entre pessoas do mesmo sexo não tenha sido expressamente prevista, não se lhe pode negar o caráter de família. Não se exige que a Constituição preveja, de forma minuciosa e exaustiva, todas as formas possíveis de constituição de família; o que a Constituição faz é assegurar um conceito amplo de família, não o oposto. Nesse diapasão, uma interpretação que restrinja a proteção jurídica apenas às uniões estáveis heteroafetivas contrariará a aspiração do constituinte e do povo brasileiro.

Entretanto, por não ter recebido também expressa proteção constitucional a união estável formada por pessoas do mesmo sexo, muitos se negam a reconhecê-la. No entanto, tal ausência de reconhecimento jurídico não se dá com base em nenhum princípio constitucional. Pelo contrário, fere diversos deles. Há que prevalecer a segurança jurídica em relação a todos que estão sujeitos ao mesmo ordenamento. Não é razoável garantir direitos a alguns, e deixar outros à margem da tutela estatal.

Vivemos num estado laico cujo objetivo principal é proteger a pessoa, tendo em vista seus direitos fundamentais. Desse raciocínio é possível extrair a conclusão que não é aceitável que cidadãos sejam privados de direitos sem uma fundamentação coerente, pelo simples fato de possuírem uma opção



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

DIREITO RIO



sexual diversa daquela esperada pela por certas religiões ou por valores morais particulares de certos indivíduos.

Nesse cenário de incerteza jurídica, se faz extremamente necessária a definição, pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, se as uniões estáveis homoafetivas devem ser equiparadas, para fins de todos os direitos, às uniões estáveis heteroafetivas.

2.3 – Função contra-majoritária do Poder Judiciário no Estado democrático de direito.

O Poder Legislativo acompanha as mudanças e transformações da sociedade brasileira ao incorporar ao sistema jurídico novos anseios ou ao modificar regras para regular novas situações decorrentes do progresso tecnológico e da evolução social. Nesse sentido, as normas jurídicas são influenciadas por valores culturais dominantes em cada época, os quais se modificam de tempos em tempos, cabendo ao Poder Legislativo adaptar e mudar as normas dando o caráter mutável para elas poderem se adaptar a realidade de cada momento histórico e social.

Não obstante, a legitimidade democrática do Poder Legislativo fica comprometida quando uma maioria pretende submeter uma minoria. Essa opressão majoritária poderia ocorrer por meio da criação de leis que previssem punições em virtude das características do grupo minoritário, como também pela resistência da criação de leis que protegessem esse mesmo grupo.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

DIREITO RIO



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br

No caso concreto, as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam parcela minoritária – embora significativa⁶ – da população. Nesse sentido, essa parcela do povo brasileiro não é capaz de fazer reconhecer esses anseios nos órgãos políticos representativos. Ocorre que o conceito de Estado democrático de direito não se coaduna com uma visão meramente formal de democracia.

A teoria política contemporânea é fortemente influenciada pela dicotomia entre as teorias liberal e comunitária. Para os liberais, os direitos fundamentais são pré-políticos (e, conforme variante teórica, tais direitos decorreriam da natureza humana, de valores universais ou de concepções políticas). Para os comunitários, o direito extrai sua validade exclusivamente do processo democrático, não havendo direitos pré-políticos.

Embora concorde com os comunitários na percepção da política como o espaço adequado de reflexão e formação de uma sociedade orientada para o bem comum (revelando-se como estrutura da comunicação pública voltada para o entendimento), o filósofo Jürgen Habermas critica a perspectiva comunitária em razão de sua dependência de cidadãos orientados para o bem comum, sustentando que as sociedades atuais são plurais e, portanto, incompatíveis com uma identidade coletiva de concepção de bem.

Com efeito, na concepção habermasiana, o que confere legitimidade à autodeterminação cidadã, à manifestação coletiva sobre valores, é o fato de que essa decisão coletiva provenha de um acordo racionalmente motivado e alcançado como consequência de um procedimento legislativo democrático. Por sua vez, o exercício da autonomia pública depende do reconhecimento

⁶ Não há uma mensuração exata do número de homossexuais no Brasil, no entanto, só em termos de casais do mesmo sexo vivendo sobre o mesmo teto são 17.560 pessoas de acordo com a Contagem da População, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A contagem identificou, pela primeira vez, que declararam ter companheiros do mesmo sexo atuando como chefe da casa. <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/12/21/materia.2007-12-21.2759783613/view>



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

DIREITO RIO



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br



da existência de um sistema de direitos⁷, sem o qual não haverá legitimidade nas relações estabelecidas por meio do direito positivo⁸.

Ao preconizar a “institucionalização dos procedimentos e pressupostos comunicativos”, colocando o direito a meio caminho da moral e da política, Jürgen Habermas traz à discussão uma nova contribuição, denominada teoria crítico-deliberativa, e alertando para a necessidade de superação da tensão entre as visões liberal e comunitária. Fica evidente a existência de um limite substancial à soberania popular, consistente no sistema de direitos.

A concepção democrática da teoria crítico-deliberativa, ao impor limites substanciais à soberania popular, ecoa a preocupação de autores como Luigi Ferrajoli que sustentam a impossibilidade – tanto empírica como teórica – de se falar em outra democracia que não seja a democracia constitucional.

⁷ - “(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de liberdades subjetivas de ação*. Esses direitos exigem como correlatos necessários: (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (...) (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. (...) (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)” (HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159/160).

⁸ - “Evidente que a regra da maioria desempenha um papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais, porém a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade. Portanto a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido o precomprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas super-constitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se auto-destruírem enquanto seres igualmente livres, portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana. (...) As cláusulas pétreas não precisam assim buscar no direito natural a sua fundamentação, mas prospectivamente retiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais as pré-condições fundamentais para a preservação da autonomia privada e pública dos cidadãos” (VIEIRA, Oscar Vilhena: *A constituição como reserva de justiça*. In *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 42, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997, p. 79/80).

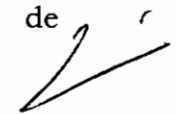


A “democracia constitucional”, de que fala Ferrajoli, consiste no reconhecimento de uma dimensão substancial ao lado da dimensão formal da democracia, de modo que as leis devessem sua legitimidade a um processo de validação simultaneamente substancial e formal, representada pela coerência entre essa produção legislativa com os valores que animam a estruturação do Estado.

Tais elementos correspondem ao núcleo duro das constituições, encontrando-se na esfera daquilo que não está submetido à maioria e nem mesmo à unanimidade dos cidadãos. Para Ferrajoli, são os direitos fundamentais constitucionalmente fixados que constituem as normas substanciais que condicionam a validade substancial da produção legislativa.

O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado⁹.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas – suprimindo direitos necessários à participação política de



⁹ - “La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una dimensión sustancial, que se añade a la dimensión formal o política tradicional. Quiero decir que dimensión sustancial de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De la misma manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.” (FERRAJOLI, Luigi: *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. In *ISONOMIA*, nº 16, Alicante: Universidade de Alicante, 2002, p. 12/13).



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br

determinados cidadãos – é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Ao não estabelecer regras jurídicas que regulem a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, o Poder Legislativo – representando a maioria da população brasileira – exclui, marginaliza e diminui o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. Retira-lhes a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, as opiniões morais ou religiosas que condenam as relações homossexuais. Ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (Congresso Nacional e Presidência da República), nem a



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-ÍRIS
www.arco-iris.org.br



maioria, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, está acima da Constituição.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: de atuar como poder contra-majoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das maiorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais.

2.4 – Do direito internacional e supranacional

No que diz respeito à possibilidade de igual tratamento jurídico a homossexuais, é interessante estabelecer um paralelo entre o direito brasileiro e a *equal protection doctrine*, proveniente do direito norte-americano. A cláusula de igualdade foi introduzida na Constituição dos EUA por meio da 14ª Emenda, redigida em 1868, logo após a Guerra Civil, cujo objetivo principal era garantir direitos para os ex-escravos¹⁰.

Essa emenda foi responsável por trazer uma ampla definição de cidadania para o país e determinava que os estados federados incorporassem a igualdade de todos os cidadãos perante a lei para todos no âmbito da jurisdição estadual.

¹⁰ - A Guerra Civil dos Estados Unidos da América durou de 1861 a 1865 e teve como mote principal a questão da escravidão dos negros, um tema que vinha gerando conflitos armados desde 1855. Em 1857, a Suprema Corte, ao decidir o caso *Dred Scott* – na verdade, *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) –, sustentara que os negros não eram e nem poderiam ser considerados cidadãos, razão pela qual não possuíam direitos constitucionais. A 13ª emenda, ratificada em 6 de dezembro de 1865, vedou expressamente a prática de escravidão e trabalho involuntário (salvo em caso de condenação criminal) em todo o território nacional. A 14ª emenda, ratificada em 9 de julho de 1868, é mais extensa e trata entre outros temas dos requisitos para obtenção da cidadania estadunidense. Suas grandes contribuições são, todavia, a garantia ao devido processo legal e igualdade de tratamento perante a lei.



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-ÍRIS
www.arco-iris.org.br

Embora existam diferenças essenciais entre o sistema *Common Law* que vigora nos EUA e *Civil Law* que é usado no Brasil, o direito estadunidense pode auxiliar na interpretação da Constituição Brasileira no que toca ao alcance da proteção do princípio da igualdade às relações constituídas entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse passo, o direito californiano se encontra em situação vanguardista quanto ao reconhecimento e legalização da relação homoafetiva. Recentemente, a Suprema Corte da Califórnia proferiu decisão¹¹ afirmando a inconstitucionalidade da proibição da união civil de pessoas do mesmo sexo, o que, conseqüentemente, permite que os homossexuais desfrutem dos mesmos direitos conferidos a casais heterossexuais.¹² Essa decisão foi construída a partir do princípio da igualdade.

Além de diversos Estados Federados dos Estados Unidos da América, também África do Sul, Espanha, Canadá, Bélgica, Holanda, Cidade do México, Irlanda, Eslovênia, Reino Unido, Suíça, Luxemburgo, Áustria, Finlândia, Alemanha, França, Bélgica, Holanda, Groelândia, Islândia, Suécia, Noruega, Dinamarca, Nova Zelândia, Andorra, Croácia, Portugal, Suécia, Hungria e Israel reconhecem juridicamente, em maior ou menor extensão, a união estável homoafetiva¹³.

¹¹ re MARRIAGE CASES. Six consolidated appeals: City and County of San Francisco v. State of California (A110449 [Super. Ct. S.F. City & County, No. CGC-04-429539]); Tyler v. State of California (A110450 [Super. Ct. L.A. County, No. BS-088506]); Woo v. Lockyer (A110451 [Super. Ct. S.F. City & County, No. CPF-04-504038]); Clinton v. State of California (A110463 [Super. Ct. S.F. City & County, No. CGC-04-429548]); Proposition 22 Legal Defense and Education Fund v. City and County of San Francisco (A110651 [Super. Ct. S.F. City & County, No. CPF-04-503943]); Campaign for California Families v. Newsom (A110652 [Super. Ct. S.F. City & County, No. CGC-04-428794]).

¹² Esse caso torna patente o argumento anteriormente exposto da necessidade do Judiciário atuar como poder contra-majoritário garante dos direitos fundamentais, pois após a decisão da Suprema Corte da Califórnia foi realizado um referendo popular que através da limitada margem de 4% de diferença esvaziou a decisão criando um artigo na Constituição Estadual que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vale ressaltar que a referida Emenda Constitucional está *sub judice* e será também analisada pela Suprema Corte.

¹³ Informação disponibilizada pela The International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (www.ilga.org).



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



A equiparação de direitos entre casais heteroafetivos e homoafetivos vêm sendo reconhecida com sucesso em grande parte dos estados laicos justamente pela inexistência de razões jurídicas para negação de acesso à direitos fundada na orientação sexual.

Ainda no que toca ao direito internacional, cabe apresentar o posicionamento da Corte Constitucional da Colômbia, que tem declarado a equiparação de alguns direitos para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transgêneros (LGBTT) em recentes decisões¹⁴. Atualmente, está pendente de julgamento perante aquela Corte a ação nº 940/2008, cujo pedido formulado é de equiparação de direitos e obrigações dos companheiros heterossexuais às uniões homoafetivas.

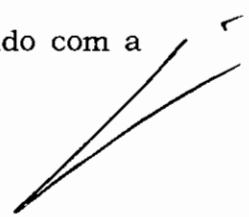
Justamente porque a Constituição Brasileira é clara quanto ao direito a igualdade de todos os cidadãos brasileiros, o Brasil tem expressado internacionalmente uma posição de vanguarda em relação ao reconhecimento dos direitos civis dos homossexuais.

Paradoxalmente, não consegue manter a mesma posição internamente e garantir aos seus cidadãos os direitos que defende sejam assegurados pela normativa internacional.

Durante dois anos o país levou à Organização das Nações Unidas (ONU) o debate sobre a criação de um tratado internacional sobre direitos LGBTT, proposta que não chegou sequer a ser posta em pauta por oposição dos países onde inexistente separação entre religião estado.

Destaca-se, ainda, que foi o Brasil que levantou o debate sobre o tema perante a Organização dos Estados Americanos (OEA), culminando com a

¹⁴ Vide <http://www.corteconstitucional.gov.co/>





DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



redação da Resolução OEA n° 2435 (XXXVIII-O/08), a qual manifesta preocupação com os atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.

Consta expressamente dessa Resolução a afirmativa de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos considera que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que a cada um é dado exercer todos os direitos e liberdades existentes nesse instrumento sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Veja-se que no plano internacional o país se coloca na vanguarda, mas no plano interno a situação é de preconceito e exclusão das pessoas com orientação homossexual.

O exemplo que melhor ilustra essa dicotomia é o fato do Brasil ter assinado a Declaração de Yogyakarta, comprometendo-se perante os demais países no âmbito internacional, mas não tê-la ratificado internamente. A Declaração de Yogyakarta estabelece princípios que vislumbram assegurar a igualdade e a dignidade que é devida a todos os cidadãos e afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados.

In verbis:

“Artigo 24 Direito de Fundar uma Família: Todas as pessoas tem o direito de funda um família independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Nenhuma família pode ser sujeita a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de algum de seu membros”¹⁵.

¹⁵ Tradução livre do original: “Everyone has the right to found a family, regardless of sexual orientation or gender identity. Families exist in diverse forms. No family may be subjected to



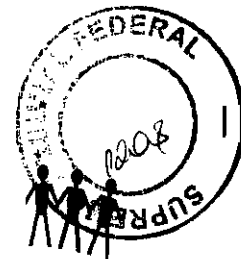
DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-ÍRIS
www.arco-iris.org.br



O referido artigo entre sua alíneas “a” e “e” estabelece que os Estados devem através das medidas administrativas, legislativas ou judiciais necessárias assegurar a igualdade de direitos e seu pleno desfrute independente da orientação sexual dos indivíduos que formem uma relação com o intuito de constituir uma família. É fundamental ressaltar que documentos internacionais publicados sobre a mesma, conferem grande importância ao papel do Brasil, inclusive afirmando que o nosso exemplo é uma lição a ser seguida.

discrimination on the basis of the sexual orientation or gender identity of any of its members”.

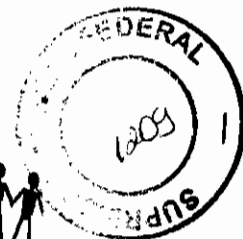
Praia de Botafogo, 190, 9º andar Rio de Janeiro/RJ Brasil 22250-900
Tel: (55 21) 2559-5915 Fax: (55 21) 2559-5410 www.direitorio.fgv.br



DIREITO RIO

Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



GRUPO ARCO-IRIS
www.arco-iris.org.br

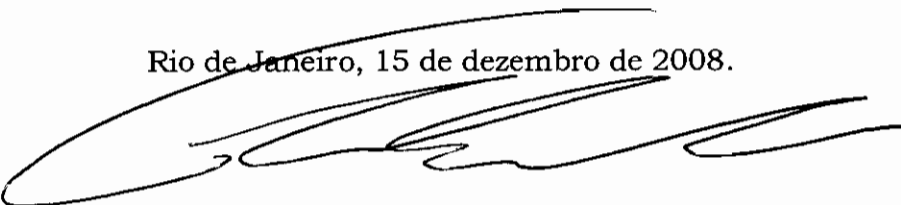
III. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual espera que a presente contribuição, oferecida na forma de memorial, auxilie esse Supremo Tribunal Federal a bem decidir a presente causa.

Espera, outrossim, que esse Supremo Tribunal Federal reconheça a união estável homoafetiva como modalidade de constituição de família, emprestando os mesmos efeitos jurídicos concedidos às uniões estáveis heteroafetivas àquelas uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

Espera, ainda, que seja deferido o pedido formulado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro na ADPF nº 132, reconhecendo-se como constitucional a interpretação do decreto estadual 220/75 que assegura direitos previdenciários aos companheiros do mesmo sexo de servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2008.



Thiago Bottino

Adv. OAB/RJ nº 102.312

Professor da FGV DIREITO RIO.

Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica.

Ivanilda Figueiredo

Adv. OAB/RJ nº 122.474

Professora da FGV DIREITO RIO.



DIREITO RIO

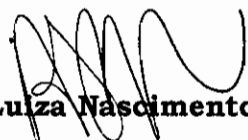
Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas


NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

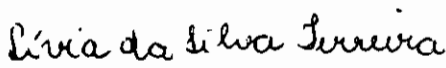



GRUPO ARCO-ÍRIS
www.arco-iris.org.br



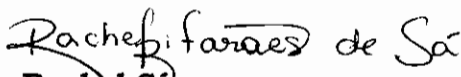

Ana Luiza Nascimento
Est. OAB/RJ nº 166.129-E



Luisa Di Pietro Mader Gonçalves
OAB/RJ nº 166.085-E


Livia Ferreira
OAB/RJ nº 171036-E


Isabela Bueno
Acadêmica de Direito

Camila Noronha
Acadêmica de Direito


Rachel Sá
Acadêmica de Direito


Rogério Sganzeria
Acadêmico de Direito