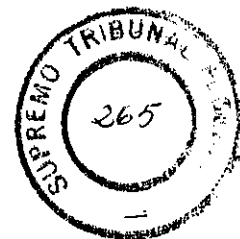




PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PRESIDÊNCIA



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial

08/04/2008 13:48 47800



Of. nº. 377/2008 - GP.

Ref: ADFP nº 132

Salvador, 04 de abril de 2008.

Senhor Ministro,

Ao cumprimentar Vossa Excelência, reporto-me ao Ofício de nº 1.183/R, desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, para prestar as informações pertinentes a esta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 132, proposta pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no art.102, parágrafo 1º, da Constituição Federal e na Lei Federal de nº 9.882/99, por meio do qual são formulados um pedido cautelar, dois pedidos principais e um pedido subsidiário, quais sejam:

Excelentíssimo Senhor
Ministro **CARLOS AYRES BRITTO**
Digníssimo Relator da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132
Supremo Tribunal Federal
Brasília DF



(1) A declaração de validade das decisões administrativas que equiparem as uniões homoafetivas às uniões estáveis e a suspensão do andamento dos processos (e dos efeitos destes) que hajam se pronunciado em sentido contrário.

(2) A declaração de que "o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, as relações homoafetivas", interpretando conforme a Constituição Federal o art 19, II e V e o art. 33, do Decreto Lei nº 22.075, para assegurar os benefícios ali previstos aos parceiros de uniões homoafetivas, declarando ainda que "as decisões judiciais que neguem a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais".

(3) Subsidiariamente, para a hipótese de se entender pelo descabimento da ADPF, o recebimento da petição inicial como ação direta de inconstitucionalidade.

Ao que parece esta ADPF é incabível à luz da jurisprudência atual do Supremo Federal a respeito dos requisitos da petição inicial (nos casos específicos de ADPF), especialmente ante o caráter subsidiário da mesma, a par da ausência do requisito da pertinência temática, que torna o argüente parte ilegítima.

O pedido formulado pelo argüente tem como finalidade específica que se "interprete conforme a Constituição a legislação estadual indigitada art. 19, inciso II e V e art. 33, do Decreto Lei nº 22075, assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis.

Este pedido não se coaduna com o requisito da pertinência temática, nem mesmo com o caráter subsidiário da ADPF: trata-se de interpretação *conforme* a Constituição Federal de *norma estadual*.

O Supremo Tribunal Federal já sedimentou entendimento a respeito da pertinência temática e cabimento da ADPF:



"O requisito da pertinência temática [...] foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ad causam para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade." (ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-94, DJ de 17-11-06)

"Legitimidade - Governador de Estado - Lei do Estado - Ato normativo abrangente - Interesse das demais Unidades da Federação - Pertinência temática. Em se tratando de impugnação a diploma normativo a envolver outras Unidades da Federação, o Governador há de demonstrar a pertinência temática, ou seja, a repercussão do ato considerados os interesses do Estado." (ADI 2.747, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-5-07, DJ de 17-8-07)

Descabida a ADPF pelo fato desta ser subsidiária. De feito, nos termos da Lei Federal nº 9.868/99 seria o caso de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade: "uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição artigo 19, II e V e 33, do Decreto Lei nº 220/75" (trecho da inicial).

A utilização da ADPF se procede apenas para matérias residuais, em situações nas quais inexistam meios eficazes de evitar a lesidade (art. 4º, §1º da Lei 9882/99). De efeito,

não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. (§ 1º do art. 4º da Lei 9822/99).



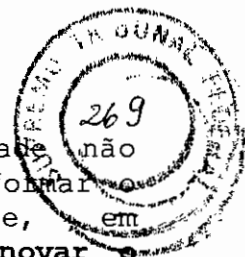
O Supremo Tribunal Federal bem distingue a ADPF da ADIN, como já se viu em julgamento relatado pelo Ministro Néri da Silveira:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser 'ato do Poder Público' federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial 'quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição'." (ADPF 1-00, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 3-2-00, DJ de 7-11-03)

Neste sentido, suscita o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia esta questão de ordem para que a Corte Suprema avalie o cabimento da ADPF.

Em segundo lugar, também seria descabida esta ação objetiva pelo fato de não ser possível ao Poder Judiciário legislar em substituição às competências constitucionalmente previstas do Poder Legislativo, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.063, relatada pelo Ministro Celso de Mello:

Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que **não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo**: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido." (ADI 1.949-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-11-99, DJ de 25-11-05)



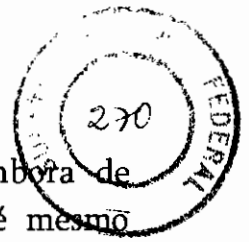
[...] A ação direta de inconstitucionalidade pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que **o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.** Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (ADI 1.063-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-5-94, DJ de 27-4-01)

Em terceiro lugar não seria cabível a ADPF porque os textos normativos indicados, assim como as decisões judiciais referidas, não se qualificam como *ato violador* de preceito fundamental (um terceiro requisito da petição inicial).

O Estatuto dos Servidores Públicos Civil do Rio de Janeiro é *anterior* à Constituição Federal. Por conta disto, submete-se a análise do instituto da recepção ou não do mesmo em face da nova Ordem Jurídica Constitucional. Em outras palavras: não se poderia analisar texto normativo anterior à Constituição Federal da maneira proposta na vestibular. Ao revés, seria o caso de se verificar o fenômeno da recepção do texto. Tão só.

Em quarto lugar, os julgados trazidos à colação dizem respeito a uma legítima parte da magistratura que possui convencimento independente e constitucionalmente assegurado pela Carta Magna a respeito do tema.

A Constituição não autoriza a extensão da ação de descumprimento para resolver controvérsias judiciais, mas apenas para suspender atos lesivos, cuja lesão deve ser concreta ou iminente.



A simples controvérsia não constitui ato lesivo, embora de decisões judiciais possam resultar atos concretos que possam até mesmo descumprir preceitos fundamentais. Assim, uma sentença de procedência ou improcedência, de *per si*, não gera efeitos no mundo concreto. Dela cabem os meios impugnatórios normais.

A intenção de tolher os juízes permitindo uma decisão genérica, afetando a idéia de juiz natural e de independência na jurisdição há de ser ponderada. O fato de uma medida judicial ter relação com a matéria objeto da argüição não pode ser fonte de paralisação.

O conceito de relação é genérico, assim como o de preceito fundamental é aberto (indeterminado). A Constituição exige *descumprimento* do preceito fundamental e não simples relação com o objeto de descumprimento de preceito fundamental.

A única forma de um ato judicial – ou uma medida – ser atingido – ao menos com legitimidade constitucional – é quando não haja mais recurso disponível e a própria decisão causar "*a violação a preceito fundamental*". Portanto, o dispositivo legal deve ser interpretado dessa forma sob pena de inconstitucionalidade.

O monopólio de interpretação total anuviando o livre convencimento do juiz há de ser cuidadosamente ponderado.

Não pode o Supremo fixar uma matriz interpretativa do preceito fundamental, eis que nada é mais variável do que a interpretação do preceito fundamental que vai se aplicar a uma série de casos dado a sua abertura normativa.

A questão relativa à união livre, também denominada homoafetiva, tem sido abordada não apenas no mundo jurídico, mas também na imprensa escrita, falada e televisiva (vide Superinteressante, publicada em julho de 2004, com a capa "Casamento Gay" e Carta Capital, editada em outubro de 2004 cuja manchete fora "Nova Família: Homossexuais lutam pelo Direito de criar filhos").



Na Bahia, o Jornal A Tarde do dia 12 de maio de 2005 fez publicar matéria cujo título é "Homossexuais e negros fazem passeata e vigília noturna".

No âmbito do Supremo Tribunal Federal o Ministro Celso de Melo chegou a abordar o tema no julgamento da ADIN 3.300, ainda que de modo indireto.

Tendo em vista a dimensão geográfica, cultural e ideológica do Brasil, existem variações na predominância e aceitação da união homoafetiva. O Rio Grande do Sul se apresenta como um Estado de vanguarda a este respeito.

Num posicionamento inovador, o Tribunal Superior Eleitoral considerou impedida de registrar candidatura uma mulher que vive em união homoafetiva com determinada prefeita. Trata-se do Recurso Especial Eleitoral nº 24564 julgado em 1º de outubro de 2004. Provavelmente esta foi a primeira decisão de um Tribunal Superior que aplicou a analogia entre a união estável e homoafetiva, para o fim de reconhecer o impedimento eleitoral previsto no art. 14, § 7º da CF/88, que assim preceitua:

Art. 14. § 7º São inelegíveis no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seus meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.



Esse julgado pode indicar a tendência da virada jurisprudencial, reconhecendo e conferindo direitos e obrigações à união entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-a com as relações familiares expressamente elencadas na Carta Magna em vigor.

A ilustração da divergência jurisprudencial entre as cidades brasileiras pode ser observada através dos julgados do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ/BA) e do Rio Grande do Sul (TJ/RS) que se seguem:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA. Demanda julgada procedente. Recurso improvido. Aplicando-se analogicamente a Lei 9278/96, a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras ações. Comprovado o esforço comum para a ampliação ao patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso Improvido. (Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível nº 16313-9/99. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Mário Albiani. Julgado em 04/04/2001).

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (Apelação Cível nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01/03/00).



RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CANAIS FORMADOS POR PESSOA DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações para o julgamento da causa das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais homossexuais. Agravo provido. (Agravo de Instrumento n° 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS Relator: Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 17/06/1999).

A entidade familiar do século XXI se apresenta por diversas formas. O amor, o afeto e o respeito entre os membros que a constitui se sobrepõem aos interesses patrimoniais, tornando ainda mais difícil para as Legislações Brasileiras o acompanhamento da freqüente evolução deste instituto.

A união entre pessoas do mesmo sexo vem, aos poucos, sendo aceita no âmbito do Direito de Família, representando uma nova face do conceito de cidadania.

No Direito Comparado também é assim:

Desde 1986 a Dinamarca reconheceu direito patrimonial a casais homossexuais. Em 1989, por iniciativa do Parlamento dinamarquês, foi aprovada a Lei 372 que conferiu às uniões homoafetivas o *status* de família. Em seguida veio a Noruega com a Lei 40, de 30 de abril de 1993 que, além de reconhecer a relação homossexual, também permitiu a partilha da autoridade parental pelos parceiros, o que ainda é proibido pela lei dinamarquesa.

Compartilhando das inovações propostas por Dinamarca e Noruega quanto ao Direito de Família, a Suécia, em 1º de janeiro de 1994, oficializou os laços entre pessoas do mesmo sexo.

Nessa evolução gradativa de proteção jurídica às múltiplas formas de relação familiar, pode-se citar a Holanda que, em julho de 1997, passou a admitir a união civil entre pessoas do mesmo sexo, autorizando inclusive o seu enlace oficial. De logo, o casamento homossexual foi equiparado ao heterossexual.



Nessa mesma linha de raciocínio, a Islândia regulamentou tais uniões em 04 de junho de 1996.

Há ainda países como Bélgica, Eslovênia, República Tcheca e Brasil, detentores de Projetos de lei sobre essas modalidades de parceria que estão sendo discutidos pelo Poder Legislativo. Outros países, a exemplo da África do Sul, Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia e Polônia, apesar de não possuírem regulamentação relativa à parceria homossexual, proíbem a discriminação proveniente da orientação sexual.

A união homoafetiva sofre também alguma influência religiosa a favor da efetivação de seu reconhecimento. Assim ocorre nos Estados Unidos, onde algumas facções religiosas realizam a união de casais homossexuais muito similarmente ao casamento heterossexual. A essa solenidade dá-se o nome de benção ou cerimônia de união.

Mesmo diante dessas iniciativas religiosas, até então desprovidas de legalidade, mas que tentam demonstrar que o amor é assexuado, o Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, em 08 de março de 2000, por meio de plebiscito, decidiu pela proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A proibição foi resultado das pressões dos grupos religiosos, republicanos conservadores e também de sindicatos hispânicos. Também nos Estados Unidos, porém em sentido contrário, o Estado de Vermont, localizado na região nordeste, aprovou, a partir de 1º de julho de 2000, as uniões formais entre homossexuais, que agora são permitidas, embora sem que lhes seja concedido estado civil de casados.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, um conjunto de transformações envolvidas pela revolução cultural do século XX fez reavivar os princípios da igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana. Surge o reconhecimento das entidades familiares não instituídas pelo matrimônio.



O Projeto nº 1.551/95, da ex-Deputada Marta Suplicy, que visa regularizar a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, aguarda aprovação no Congresso Nacional. Como forma de vedar a discriminação proveniente da orientação sexual alguns estados brasileiros editaram leis nesse sentido. Pode-se citar dentre outros: a Bahia, com a Lei 5.275/1997; o Estado de Minas Gerais, com as Leis 8283/2001 e 8.176/2001 e o Rio Grande do Norte, com a Lei 152/1997.

Não se ignora, também, a proposta de Emenda à Constituição Federal de nº 139/1995, que visa conferir nova redação ao art. 1º, inciso IV, e o art. 7º, inciso XXX, passando a ser disposto:

Art. 1º IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, orientação sexual, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º XXX - proibição de diferença salarial, de exercício de função e critério de admissão por motivos de sexo, orientação sexual, idade, cor ou estado civil.

Poder-se-ia citar também no âmbito dos Estados Membros:

- a) Lei 5.275/95 do Estado da Bahia;
- b) Lei 2.615/00 do Distrito Federal - Brasília;
- c) Lei 3.376/00 e Lei 3.406/00 do Estado do Rio de Janeiro;
- d) Lei 152/97 da Cidade de Natal - Rio Grande do Norte;
- e) Lei Complementar 350 e Lei Orgânica 08 da Cidade de Porto Alegre - Rio Grande do Sul;
- f) Lei 10.948/01 do Estado de São Paulo.

As legislações estaduais apresentadas acima, assim como as demais existentes, têm o objetivo em comum de impedir que as pessoas que optaram por um companheiro do mesmo sexo para se relacionar amorosamente sejam discriminadas exclusivamente por sua opção sexual.

Tais inovações estão por toda a parte no Direito Positivo.



A Diretoria Colegiada do INSS editou a Instrução Normativa (IN) nº 25/2000, que estabelece, por força de decisão judicial (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), procedimentos a serem adotados para a concessão de benefício previdenciário ao companheiro homossexual. Logo nos artigos 1º e 2º da IN nº 25/2002, é determinada a concessão de benefício.

Outra Instrução Normativa do INSS é a nº 50/2001, também proveniente da decisão judicial (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), que concede benefício ao companheiro homossexual:

Além das legislações estaduais, o Estado do Rio Grande do Sul é considerado ainda mais moderno por já configurar a união homoafetiva como entidade familiar, discutindo seus litígios nas Varas de Família.

Esse Estado possui uma estruturação diferenciada do Poder Judiciário, demonstrando mais uma vez que sempre acompanha as transformações sociais. Isso fica evidente quando admite a união entre pessoas do mesmo sexo como família, concedendo-lhe proteção jurídica adequada. Além das varas especializadas de primeiro grau, ocorre a divisão por matéria entre os órgãos colegiados.

A Desembargadora Maria Berenice Dias (2003, p. 23) coloca a Justiça Gaúcha como pioneira: "O resultado já é conhecido. A Justiça Gaúcha foi a pioneira em reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares e a inseri-las no âmbito do Direito de Família".

Não apenas a renomada Desembargadora, mais também doutrinadores de outros Estados Brasileiros confirmam a vanguarda em que se posiciona o Rio Grande do Sul, sempre inovando nos assuntos jurídicos e no tema proposto.



Contudo, toda essa polêmica tem sido tratada no Direito comparado dentro de um devido processo legislativo, não se me parecendo juridicamente possível dirimir a questão por meio do Poder Judiciário, diante da necessidade de amadurecido debate e reflexão do Legislativo, a quem compete o juízo e a legitimação para produzir norma que espelhe o verdadeiro desejo do povo brasileiro.

Os povos ditos civilizados superaram a controvérsia relativas as uniões homoafetivas desta maneira. É assim, penso, que o país também deverá superar.

Por todas estas razões manifesto-me pela improcedência dos pedidos formulados na ADPF nº 132.

Na oportunidade, renovamos votos de elevada estima e distinta consideração.


DES^a. SILVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF
Presidente