



OFÍCIO N.º 325/2009-PRESID

Brasília, 20 de agosto de 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial

28/08/2009 17:09 107851



Excelentíssimo Senhor Ministro,

Atendendo solicitação constante do Ofício nº 1151/P, de 28 de julho de 2009, encaminho a Vossa Excelência as informações elaboradas pela Advocacia do Senado, por determinação desta Presidência, e por mim adotadas, destinadas a instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, proposta pela Sra. Procuradora Geral da República.

Atenciosamente,

Senador **JOSÉ SARNEY**
Presidente do Congresso Nacional

A Sua Excelência o Senhor
Ministro **GILMAR MENDES**
DD. Presidente do Supremo Tribunal Federal
NESTA



SENADO FEDERAL
ADVOCACIA



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4227
REQUERENTE: PROCURADORA GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
CONGRESSO NACIONAL

Informações prestadas ao Supremo Tribunal Federal para fins de instrução da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4227 proposta pela Sra. Procuradora Geral da República em arguição ao art. 1723 do Código Civil por suposta discriminação de homossexuais para o fim de constituir em unidade familiar.

Senhor Advogado-Geral,

1. Por meio do Ofício nº 1151/P, datado de 28 de julho deste ano, o Sr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, a fim de instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, proposta pela Sra Procuradora Geral da República, inicialmente ajuizada como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178, a ser distribuída por dependência à APDF nº 132, solicita ao Sr. Presidente do Congresso Nacional, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.868/99, informações sobre o alegado na petição inicial.

2. Elenca a Autora “os atos do Poder Público violadores de preceito fundamental”:

a) o não reconhecimento, pelo Estado Brasileiro, da união estável formada entre pessoas do mesmo sexo; e

1



b) o conjunto de decisões judiciais, proferidas por inúmeros tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, interpretando a Constituição de forma equivocada, negam o caráter de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

3. Alega a Autora que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), 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, sustentam a pretensão de obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

4. O art. 1723 do Código Civil dispõe:

" Art 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

5. O citado dispositivo constitucional tem supedâneo no § 3º do art. 226 da Constituição que fixa:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."



6. O atual estágio de desenvolvimento das relações interpessoais nas sociedades modernas de tradição ou inclinação democrática, tem exigido, a partir de movimentos organizados, que governos e instituições públicas forneçam às minorias a devida proteção jurídica que lhes garanta efetiva igualdade de direitos e oportunidades, o pleno exercício da cidadania e a eliminação de qualquer espécie de discriminação.

7. Em nenhum movimento este fenômeno é identificado de forma tão densa ou intensa quanto ao que diz respeito aos homossexuais. Quando observada em seus aspectos sócio-jurídicos e implicações de ordem prática, como a destinação de bens mútuos ou empregados na manutenção do estado gregário, a contraprestação pelo trabalho em favor da sociedade construída, a dedicação ao parceiro enfermo, a dependência econômica, etc., essa constatação remete-nos à idéia de que um apanágio legal que venha tutelar as relações homoafetivas é devido e urgente.

8. É inconciliável com a noção de igualdade e justiça distributiva que um casal homoafetivo sequer possa se apresentar legitimado perante a sociedade, permanecendo estigmatizado como agregação espúria, ou, como tanto se fala, que um parceiro, após anos de convivência estável, fique à mercê do acaso, sem qualquer tipo de proteção ou garantia, ao término da relação. Não se trata aqui de crença, mas de tratamento condizente ao ser humano.

9. Entretanto, é do nosso entender que a solução para esta falta de amparo legal para uma situação que chega a se constituir num conflito difuso de interesses, encontra-se, antes, na definição de uma nova entidade no seio social, do que na forja hermenêutica que desautorize o sentido



concreto e restrito do artigo 226 da Constituição na concepção de entidade familiar como a união estável entre homem e mulher, pressupondo-o colidir com princípios constitucionais consagrados, mas amplos, programáticos ou destituídos de auto-aplicabilidade, como o inciso III do art. 1º; o inciso IV do art. 3º e o *caput* do art. 5º.

10. É nessa esteira que o art. 1723 do Código Civil dispôs como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Ainda que uma união homoafetiva se configure na convivência pública, contínua e duradoura, com a intenção de constituir "família", tal conjunção não é caracterizada como entidade familiar por nosso ordenamento jurídico. É uma realidade que não pode ser negada, ainda que exija do legislador um resultado efetivo que vede a discriminação e conceda proteção e segurança jurídica à novel entidade.

11. A par da maioria dos julgados cuidar da união homoafetiva como sociedade de fato (v.g. REsp 648763/RS, REsp 773136/RJ, REsp 2001/018742-2, REsp 238715/RS), uma conceituação merece nosso interesse. Ela foi oferecida como espécie de ponto de partida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do Recurso Especial nº 238715/RS, **ao considerar a relação homoafetiva analogicamente à união estável**, conceito adotado pelo Ministro Ari Pargendeler no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 971466/SP (DJe de 05/11/2008).

12. Enquanto para filosofia clássica a analogia representava uma identidade de relação entre pares de conceitos distintos, para a filosofia moderna ela representa uma semelhança de função entre dois elementos



dentro de suas respectivas totalidades, por meio de uma operação de generalização.

13. O reconhecimento de uma situação analógica ou de similitude entre a entidade familiar e a relação homoafetiva pode vir a ser útil instrumento ao legislador na regulamentação daquilo que poderíamos ousar denominar de “entidade homoafetiva”, mas, em nenhuma hipótese, transformar este reconhecimento em fonte do direito ou mesmo aplicar a ambas as situações interpretação extensiva indistintamente.

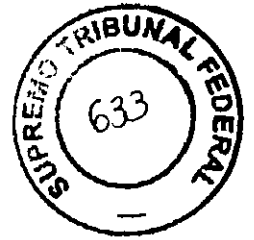
14. Dissertando sobre o tema, Ruggiero leciona:

“ Esse processo de abstração pode ter graduações diversas, conforme a regra mais ampla, idônea para o caso não previsto, se integra na própria matéria a que pertence o caso previsto ou numa matéria análoga: por outras palavras, as generalizações mercê das quais o interprete opera, podem limitar-se a um primeiro grau, ou distender-se por graus ulteriores até à referida norma geral. ”¹

15. No presente caso não se vislumbra tamanha identidade de matéria posto que a união homoafetiva sequer encontra-se prevista no nosso ordenamento como situação jurídica a ser amparada, mas – e neste ponto acertam os tribunais – como sociedade de fato.

16. Em conclusão, não há inconstitucionalidade no art. 1723 do Código Civil ao estabelecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, conceito recolhido do § 3º do art. 223 da própria Constituição que, quando se trata de dispositivos originais, não derivados,

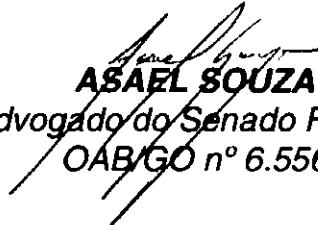
¹ Instituições de Direito Civil, Vol. 1. 1ª Edição. 1999. Bookseller. Pág. 201.



não pode legislar contra si mesmo para ofender princípios constitucionais amplos, devendo a união homoafetiva, enquanto não dispuser o legislador a fixá-la como entidade própria, distinta da familiar, ainda que objeto de igual proteção do Estado, continuar recebendo tratamento analógico aplicável a cada caso concreto, até onde exista identidade de matéria, com a união estável heterossexual.

São estas as informações que julgamos pertinentes aos interesses do Congresso Nacional no julgamento da ADI nº 4277 pelo STF, as quais submetemos à vossa consideração superior.

Brasília, 19 de agosto de 2009.


ASAEL SOUZA
Advogado do Senado Federal
OAB/GO nº 6.556

De acordo. Encaminhe-se ao Senhor Advogado-Geral.

Brasília, 19 de agosto de 2009.


ANTONIO MARCOS MOUSINHO SOUSA
Diretor da Coordenadoria de Processos Judiciais



SENADO FEDERAL
ADVOCACIA



Referente à ADI nº 4277 (ofício STF nº 1151/P de 28 de julho de 2009)

Aprovo. Encaminhe-se ao Senhor Presidente do Congresso Nacional, como sugestão destinada ao atendimento da solicitação contida no Ofício nº 1151/P, de 28 de julho de 2009, do Sr. Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.

Brasília, 19 de agosto de 2009.


LUIZ FERNANDO BANDEIRA
Advogado-Geral do Senado Federal