

PARECER

**CONSULTA. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO
ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO.
POSSIBILIDADE**

Rafael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal
Chefe da Divisão de Consultoria Administrativa – FNDE

PROCESSO Nº 23026.000345/2008-36

ASSUNTO: Consulta. Pensão por morte. União Estável. Pessoas do mesmo sexo. Possibilidade.

INTERESSADO: CGPEO

PARECER Nº /2008

Senhor Procurador-Chefe,

1. Trata-se de consulta realizada pela Coordenadora-Geral de Gestão de Pessoas e Organização (substituta), sobre a possibilidade de concessão de pensão, com base no art. 215 da Lei nº 8.112/90, para a Sra. [...], tendo em vista o falecimento de sua companheira, a Sra. [...], servidora aposentada da extinta Fundação de Assistência ao Estudante – FAE, atual FNDE.

2. Às fls. 02, encontra-se o requerimento de pensão da Sra. [...]. Para instruir o processo, foram juntados os documentos de fls. 03-25.

3. Diante da omissão legislativa, os autos foram encaminhados a CGPEO, que emitiu a Informação nº 140/2008 (fls. 27-30), entendendo que o pedido não encontrava amparo na legislação que rege a matéria. Todavia, diante da complexidade do assunto, recomendou o envio do processo a PROFE para emissão de parecer.

4. A consulta envolve, como ponto central, a questão de se é possível ou não a união estável entre pessoas do mesmo sexo para fins de concessão de pensão. O assunto é polêmico e complexo. Polêmico porque lida com preconceitos ainda arraigados na sociedade atual; complexo porque envolve questões caras ao pensamento constitucional contemporâneo. Até bem pouco tempo atrás, pensar juridicamente a união estável entre dois homens ou entre duas mulheres era completamente impossível. Isso devido a uma espécie de invisibilidade social¹ que determinados grupos experimentavam – e ainda experimentam.

5. O debate em torno do direito à não ser discriminado pela orientação sexual remonta à Assembléia Constituinte de 1987-1988. Como ressalta José Afonso da Silva acerca do processo constituinte,

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a

¹ Forma de invisibilidade que não envolve evidentemente uma ausência no sentido físico, mas uma não existência no sentido social. Cf. HONNETH, Axel. Invisibility: on the epistemology of recognition. The aristotelian society, supplementary volume, 75, 2001; CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, Estado de Direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antônio Cavalcanti et ali (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual [...]. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação [...].²

6. Ainda no que toca a essa temática, vale lembrar, dentro desse processo histórico, que, menos de dois anos depois da promulgação da Constituição, em 17 de maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças, declarando que “a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”. O mesmo já tinha sido feito pelo Conselho Federal de Medicina já no ano de 1985. O Conselho Federal de Psicologia, por sua vez, editou em 1999 uma resolução determinando aos profissionais da área que não exercessem “ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas”.³

7. De todo modo, o que restou, pelo menos do ponto de vista jurídico-dogmático, foi uma proteção constitucional frágil – partindo do pressuposto de que “frágil” significa a falta de dispositivo expresso. Ante a não explicitação da vedação de discriminação em razão de orientação sexual, bem como a omissão do artigo 226 em relação à união estável entre pessoas do mesmo sexo, acabou ficando nas mãos do judiciário decidir, em cada caso, se a Constituição autorizaria o tratamento igualitário entre heterossexuais e homossexuais.

8. Afora tal fragilidade, o problema específico do reconhecimento da união estável assenta-se, inegavelmente, no texto do art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988:

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

[...]

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

9. Como ler essa disposição constitucional? Como conciliar uma interpretação literal do parágrafo terceiro, que caminharia para

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 224.

³ RESOLUÇÃO CFP Nº 001/99, de 22 de março de 1999 - “Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual.

uma exclusão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com o direito à liberdade e à igualdade previstos no art. 5º da Constituição brasileira? Qual o conceito de família implícito no art. 226? Afinal, o que uma constituição constitui? Há vedação expressa na legislação infraconstitucional? Como a questão é vista do ponto de vista internacional, isto é, a partir dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil? Essas são algumas indagações que devemos responder antes de oferecer uma manifestação jurídica conclusiva.

O QUE UMA CONSTITUIÇÃO CONSTITUI?

10. De início, quero assinalar que interpretar a Constituição não é a mesma coisa que interpretar uma lei, uma resolução ou uma portaria. Ora, todos sabemos, até mesmo vivencialmente, que a Constituição é uma aquisição evolutiva da modernidade que estabelece uma assimetria no Direito, servindo de medida de conformidade ou não-conformidade ao conteúdo de todas as outras leis e atos jurídicos. Negligenciar essa característica é estar condenado, para dizer com Lênio Streck, “à pobreza de racioncínio, ficando restrito ao manejo dos velhos métodos de interpretação e do cotejo de textos jurídicos no plano da (mera) infraconstitucionalidade (por isto, não raro juristas e tribunais continuam a interpretar a Constituição de acordo com os Códigos e não os Códigos em conformidade com a Constituição!”⁴ Para ser mais direto: levar a sério a Constituição é considerar que tipo de documento ela é, o que ela constitui e qual a sua hierarquia dentro do sistema jurídico.

11. A partir disso, a resposta que darei a presente consulta depende da adoção de uma determinada concepção de Constituição. Seguindo a linha de Ronald Dworkin, entendo que a concepção que faz jus à nossa história constitucional, dando continuidade, à melhor luz, ao desenvolvimento permanente dos ideais de igualdade e liberdade, seja uma concepção abstrata e principiológica de Constituição.⁵ Uma Constituição não é uma apólice de seguros ou um contrato de arrendamento mercantil, mas um documento que constitui uma comunidade fundada sobre princípios que se alicerçam sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e liberdade de todos e de cada um de seus membros. Como bem ensina Menelick de Carvalho Netto,

4 STRECK, Lênio Luiz. O tempo dos códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes Rocha; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 521-561.

5 DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 165-206.

[...] esse conteúdo quando incorporado ao Direito como direitos fundamentais, como princípios constitucionais, ou seja, como a igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, bem como, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar, como histórica e muito concretamente pudemos aprender, a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, diferentes credos religiosos, pertencamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas opções sexuais, devemos nos respeitar ainda assim como se iguais fôssemos, não importando todas essas diferenças.⁶

12. Dessa forma, pode-se reorientar a discussão sobre como se deve ler o catálogo constitucional de direitos fundamentais, na medida em que, se a Constituição consiste em um conjunto de princípios amplos e abstratos de moral política, a correta aplicação desses princípios a casos particulares depende de uma questão interpretativa e de uma percepção de moralidade política da comunidade, e não de uma simples regra lingüística ou referência semântica. É por isso que a distinção entre direitos constitucionalmente enumerados e direitos constitucionalmente não enumerados – ou direitos expressos e direitos implícitos – não tem o menor sentido.⁷ Ora, qual o significado de “vida”, “igualdade”, “liberdade” ou mesmo “dignidade humana”? Quem pensa que do simples sentido das palavras “direito à vida” pode-se concluir pela possibilidade de pesquisa com células-tronco? E a adoção do sistema de cotas no ensino público para negros do princípio da “igualdade”? Como justificar, ainda, a impossibilidade de se obrigar o réu a fazer exame de DNA para fins de investigação de paternidade na “dignidade da pessoa humana” e no “direito à privacidade”? Ou a possibilidade de fornecimento gratuito de remédios que não constam da lista do SUS com base no “direito à saúde”? Todos esses casos foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal e demonstram que em nenhum deles o resultado decorre da semântica das palavras, mas de uma prática interpretativa orientada por princípios que atualizam e perenizam o sistema, sempre aberto e incompleto, dos direitos constitucionais. Nesse sentido, os direitos fundamentais somente podem pretender-se permanentes precisamente porque somos capazes de relê-los de uma perspectiva sempre e cada vez mais inclusiva.⁸

6 CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*. Salvador, nº01, março/maio, 2007.

7 DWORKIN, Ronald. O que diz a Constituição. In: *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 124; DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled, *The University of Chicago Law Review*, n. 59, 1992.

8 COSTA, Alexandre Bernardino; CARVALHO NETTO, Menelick de. *Razões para comemorarmos os vinte anos da Constituição*. C&D – Observatório da Constituição e Democracia. Brasília, nº 20, março de 2008, p. 03.

13. Partindo dessa premissa, por que negar a possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, se a própria Constituição, que é por natureza um documento dinâmico e sempre inconcluso, não o faz expressamente? Aqui, levo em conta que

[...] é justamente pelo caráter abstrato e universal da linguagem em que se expressam constitucionalmente esses direitos fundamentais que é possível a sua ampliação mediante a explicitação em lei do que agora eles significam para nós. Torna-se claro agora, para nós, que o reconhecimento dessa diferença específica como direito à igualdade sempre esteve autorizado pela afirmação desses princípios, nós que não éramos capazes de ver a injustiça até então perpetrada. Dessa sorte é que essa explicitação mediante lei, atuação administrativa ou decisão judicial, na verdade, não altera a Constituição, apenas explicita o patamar alcançado por nossa comunidade de princípios no mais fiel cumprimento da Constituição, comprovando o sucesso vivo e pulsante do que ela constituiu.⁹

14. A própria Constituição de 1988 prevê no seu art. 5º, §2º – dispositivo que remonta à Constituição de 1934 – uma cláusula de abertura “de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da ação humana”¹⁰:

Art. 5º. [...].

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

15. A Constituição, portanto, não se resume apenas à literalidade dos seus textos. Textos constitucionais sozinhos significam muito pouco; eles apenas inauguram o problema do Direito.¹¹ A coerência e o caráter

9 CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*. Salvador, nº01, março/maio, 2007

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 404. Como afirma Menelick de Carvalho Netto e Judith Karine, “o §2º do art. 5º é um exemplo disso: igualdade e liberdade são um processo aberto. Mesmo quem hoje não é percebido como titular de direito, amanhã pode passar a ser, por decisão judicial, por prática legislativa, por política pública do executivo, etc. E somente há liberdade para refazer a forma interpretativa do art. 5º porque, na verdade, este conteúdo sempre esteve lá. O que há, portanto, não é alteração, mas cumprimento” (KARINE, Judith; CARVALHO NETTO, Menelick. *Trabalho infante-juvenil e interpretação constitucional*. C&D – Observatório da Constituição e Democracia. Brasília, nº 25, agosto e setembro de 2008, p. 03.

11 Como registra Michel Rosenfeld, “pelo menos no que toca às constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma. Um texto constitucional

harmônico do ordenamento jurídico não se dão no plano das normas gerais e abstratas, mas no plano de sua aplicação às situações concretas, através do conjunto de decisões administrativas e judiciais que desenvolvem esse patrimônio constitucional. Sugiro, desse modo, que entendamos a Constituição como um projeto sempre inacabado, de aprendizado permanente, que deve ser constantemente refundamentado e relegitimado pela inclusão das diferenças. Se não, não é Constituição.¹² Essa característica de abertura para o futuro é bem explicada por Habermas:

Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. [...] O ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. [...] Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos.¹³

16. Sem embargo de tudo o que foi dito, pode-se questionar: diante dessa abertura e generalidade, então, vale tudo? Quais são os limites que a Constituição impõe ao intérprete no desenvolvimento do catálogo de direitos fundamentais? Como insiste Dworkin, devemos “deixar de lado a infrutífera busca por restrições mecânicas ou semânticas e buscar as verdadeiras restrições no único lugar onde de fato poderão ser

escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.18).

- 12 Nesse sentido, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 75-76; CHRISTENSEN, Ralph. “Introdução”. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 42; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005. p. 86; 91; ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 18-19; HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* In: *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 153-173; RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 40-41; 45-49.
- 13 HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* In: *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 164. Conforme Rosenfeld, “para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”. No entanto, “dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.18).

encontradas: em bons argumentos”.¹⁴ Por outro lado, é óbvio que uma leitura principiológica da Constituição não fornecerá uma fórmula ou método para garantir que todos os aplicadores e intérpretes do Direito cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes. Ao contrário, devemos aceitar o fato de que sempre se discordará, às vezes profundamente, acerca das exigências da igualdade de consideração e da idéia de liberdade. Devemos insistir, portanto, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia, inerente ao conceito de direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre os direitos fundamentais e sobre o papel da Constituição, os juízes, os administradores e os aplicadores do Direito em geral, também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da idéia de integridade, nas decisões que tomam.¹⁵ Quais são as dimensões dessa exigência de integridade?

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial [assim como a decisão administrativa] deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. [...] Em segundo lugar, [...] a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz [assim como o administrador ou aplicador do Direito] deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz [ou mesmo a Administração Pública] que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, e mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas.¹⁶

17. Partindo do princípio da integridade e de suas dimensões, tentarei, abaixo, demonstrar que a união estável entre pessoas do mesmo sexo é compatível com o princípio da igualdade constitucional e protegida pelo direito à privacidade, além de estar amparada pelos princípios e precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre, especialmente, o princípio da dignidade humana e pelas – o que é muito importante – demais decisões administrativas no âmbito da Administração Pública Federal.

14 DWORCKIN, Ronald. O que diz a Constituição. In: *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 131.

15 DWORCKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Sobre essa exigência, vale registrar que “nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os juízes de todos os tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes, assegurar decisões que você aprovou ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história. Não obstante, a disciplina da integridade é formidável”. (DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203-205).

16 DWORCKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 204.

UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO, IGUALDADE CONSTITUCIONAL E O DIREITO À PRIVACIDADE

18. O que diz a Constituição Federal sobre a igualdade? Uma leitura do art. 226 que exclua a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo é compatível com as demais disposições constitucionais? Um breve lida na nossa Carta Magna mostra que o princípio da igualdade e a proibição de discriminação foram ideais expressamente protegidos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

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:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

19. Contudo, a mera previsão textual da “igualdade de todos perante a lei” não é suficiente. Quando dizemos que todos os seres humanos são iguais, a despeito de raça ou sexo, estamos afirmando exatamente o

quê? Implica tratar todos de maneira absolutamente igual? Ou autoriza o tratamento diferenciado em determinados casos? Sabemos, hoje, que um Estado que se diga “constitucional” e “democrático” pressupõe o pluralismo como base constitutiva da sociedade contemporânea – e inclusive, da própria idéia de igualdade¹⁷ – e, por isso, não pode expurgar de seu interior os projetos minoritários de vida boa que conformam esse mesmo pluralismo.¹⁸ Logo, é preciso reconhecer que a assertiva de que todos são iguais, encontrada em grande número de Declarações de Direitos, Tratados ou Constituições, “não pode ser lida como uma proposição de fato, mas sim uma reivindicação de natureza moral”.¹⁹

20. Sendo assim, conclui-se que a igualdade não é mais que um ideal inalcançável, na medida em que, não sendo de fato todas as pessoas “iguais”, o seu conteúdo é construído a partir de uma tensão permanente entre identidade e diferença. Nesse contexto, o que ordinariamente se inclui sob o âmbito da igualdade constitucional são certas proibições contra a desigualdade, ou mais precisamente contra algumas desigualdades. Segundo Michel Rosenfeld, a luta pela igualdade se dá a partir de um processo dialético de três diferentes etapas, que marcaram a progressão lógica da desigualdade ao ideal de igualdade constitucional: a) diferença como desigualdade; b) igualdade como identidade; e c) igualdade como diferença.²⁰

Na primeira etapa desta dialética, a diferença tem como correlato a desigualdade – isto é, aqueles que são caracterizados como diferentes são tratados legitimamente como inferiores ou superiores, dependendo de sua posição na hierarquia. Na segunda etapa, a identidade tem como correlato a igualdade, de forma que todos têm direito a ser tratados de forma igual, desde que reúna certos critérios adotados como critérios de identidade. Finalmente, na terceira etapa, a diferença tem como correlato a igualdade, já que

17 Como bem lembra Michel Rosenfeld, em uma sociedade completamente homogênea o constitucionalismo seria supérfluo (ROSENFELD, Michel. *Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity*. In: ROSENFELD, Michel. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998, p. 4). Como ressalta Marcelo Neves, “outro equívoco a ser advertido preliminarmente diz respeito à confusão entre igualdade jurídica e homogeneidade da sociedade. Essa confusão relaciona-se com uma postura simplificadora em relação à caracterização da sociedade moderna e da democracia. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social é que são pressupostas na emergência e concretização do princípio jurídico da igualdade. A homogeneidade estratificada pré-moderna é incompatível com o princípio da igualdade (NEVES, Marcelo. *Justiça e diferença numa sociedade global complexa*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 334).

18 GUALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53.

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 282. Em sentido idêntico, SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 26-27.

20 ROSENFELD, Michel. *Equality and the Dialectic between Identity and Difference*. In: SHABANI, Omid A. Payrow (ed.). *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*. Cardiff: University of Wales Press, 2006.

qualquer pessoa será tratada na proporção de suas necessidades e aspirações.²¹

21. De acordo com isso, uma noção contemporânea de igualdade constitucional só pode significar – devido, principalmente, ao caráter plural das concepções éticas existentes – uma oscilação entre os estágios da igualdade como identidade e da igualdade como diferença.²² No que toca à possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, qual seria o modelo mais adequado? Suprimir as diferenças (heterossexual x homossexual) a partir da idéia de igualdade como identidade? Ou evidenciá-las, a partir da igualdade como diferença? Já que não se trata, aqui, de um problema relacionado, pelo menos diretamente, a questões de redistribuição, mas sim de reconhecimento²³, certamente a aplicação do modelo de igualdade que faz justiça para o caso é a de igualdade como identidade, já que a utilização, aqui, de um raciocínio metafórico²⁴ possibilita que se alcance um nível de abstração no qual, pelo menos para efeito de questões vinculadas aos usuais direitos de família, não sejam reconhecidas diferenças juridicamente relevantes entre as duas situações factualmente diversas. Como ressalta Rosenfeld,

Superar a crença de que a homossexualidade supõe uma ameaça à sociedade, tornando possível a igualdade dos homossexuais, requer uma aproximação multifacetada para combater os prejuízos e outras percepções. Sem embargo, o que é crucial, para nossos propósitos, é a necessidade de reorientar o discurso constitucional para um nível mais alto de abstração. Ao invés de nos centrarmos nas práticas

21 ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. In: CARBONELL, Miguel (org.). El principio constitucional de la igualdad. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 69-103.

22 Para uma melhor compreensão desse desenvolvimento lógico, pode-se dar o exemplo das mulheres: no primeiro estágio, a diferença de sexo servia como pretexto para a desigualdade das mulheres diante dos homens; no segundo estágio, as mulheres puderam reclamar igualdade de direitos baseadas na afirmação de que homens e mulheres eram seres humanos merecedores da mesma dignidade humana. Esse estágio, no entanto, cobrou um preço alto, na medida em que apagou as diferenças particulares entre os sexos (como a gravidez, por exemplo), fazendo com que houvesse, na prática, uma nova desigualdade; por fim, no último estágio, a igualdade entre homens e mulheres só é alcançada se se reconhece, na própria lei, as diferenças existentes (a licença-maternidade maior do que a licença-paternidade, por exemplo).

23 “Ao terem sua sexualidade desacreditada, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestação, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas negações fundamentais de reconhecimento. Gays e lésbicas também sofrem injustiças econômicas sérias; podem ser sumariamente despedidos de trabalho assalariado e têm benefícios de previdência social baseados na família negados. Mas longe de estarem arraigados na estrutura econômica, esses danos derivam de uma estrutura cultural-valorativa injusta. Consequentemente, o remédio para essa injustiça é reconhecimento e não distribuição” (FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 257-258). No mesmo sentido, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 2, número 2, 2005, p. 65-95.

24 Para uma análise do papel da metáfora no discurso constitucional, cf. ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 61-67.

homossexuais e nas atitudes tradicionais voltadas a eles, deveríamos ressaltar a necessidade de toda pessoa, seja heterossexual ou homossexual, em ter relações sexuais íntimas, e insistir no fato de que todos os adultos deveriam possuir a mesma capacidade de ter, na intimidade, relações sexuais consensuais com outro adulto. Obviamente, neste caso, o movimento a um nível mais alto de abstração supõe uma mudança de enfoque da homossexualidade: de uma primeira etapa da diferença como desigualdade para uma segunda etapa da igualdade como identidade.²⁵

22. Desta forma, ao se suprimir as diferenças de orientação sexual, descortina-se outra possibilidade de proteção constitucional da união estável entre pessoas do mesmo sexo: o direito à intimidade e à privacidade, que no caso da nossa Constituição foi expressamente previsto. Ao afirmar que a diferença em questão não é relevante para o reconhecimento da união estável, desloca-se a questão da orientação sexual para o âmbito da intimidade e privacidade de cada pessoa, de sorte a proteger tanto a sua auto-determinação (autonomia), quanto a sua auto-realização (identidade), garantindo, assim, a cada indivíduo o direito de adotar suas próprias concepções éticas, ou seja, o direito de escolher o seu próprio modo de vida.²⁶

23. A partir disso, compreender o parágrafo terceiro do artigo 226 da CF/88 como um elenco taxativo é ler a Constituição contra a própria Constituição. Pois, como afirma Flávia Piovesan, excluir a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo a partir do art. 226 “limita os direitos estabelecidos no art. 5º, do mesmo diploma legal, ameaçando o direito à capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade”.²⁷ Como criticamente ressalta Dworkin, “uma interpretação da Declaração de Direitos [Constituição] que afirme que um princípio moral contido num artigo é efetivamente rejeitado por

25 ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. In: CARBONELL, Miguel (org.). El principio constitucional de la igualdad. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 69-103.

26 COHEN, Jean L. Democracy, difference and the right to privacy. In: BENHABIB, Seyla (ed.). Democracy and difference: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 201-202. Esse aspecto é, inclusive, uma das dimensões do princípio da dignidade humana. Segundo Ronald Dworkin, “o segundo princípio da dignidade humana que eu mencionei insiste que cada um de nós tem a responsabilidade pessoal na condução de sua própria vida, o que inclui a responsabilidade de tomar e executar decisões finais sobre o que seria uma vida boa para seguir. Não devemos nos subordinar à vontade de outros seres humanos ao tomar tais decisões; não devemos aceitar o direito de ninguém a nos forçar a aceitar uma perspectiva de sucesso que, a não ser pela coerção, nós não escolheríamos. [...] O princípio da responsabilidade pessoal autoriza o Estado a nos forçar a viver de acordo com decisões coletivas de princípio moral, mas o proíbe de ditar convicções éticas [...]” (DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 17; 21).

27 PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

outro artigo não é um exemplo de flexibilidade pragmática, mas de hipocrisia”.²⁸

24. Por outro lado, enxergar o art. 226 como a instituição de um rol meramente exemplificativo das possibilidades de entidade familiar é, justamente por força do caráter principiológico e constitutivo da Constituição, uma exigência de um direito civil constitucionalizado²⁹ e de um conceito de família totalmente repersonalizado.³⁰ Conforme observa Paulo Luiz Netto Lobo,

os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram.³¹

25. Se não bastarem todos esses argumentos, a interpretação que acabei de propor do art. 226 da Constituição brasileira, além de estar ancorada em ampla literatura jurídica abalizada³², encontra guarida,

28 DWORCKIN, Ronald. O que diz a Constituição. In: O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 129.

29 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, jul./dez. 1991; TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, v. 141, 1999; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000.

30 LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família, n.24, 2004; TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

31 LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, 2002.

32 BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista de Direito do Estado, nº 5, 2007; MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 1, v. 1, jan/mar., 2000; LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, 2002; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da UnB, 2007; RIOS, Roger Raupp. Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de mesmo sexo. In: org. MARTINS-COSTA, Judith. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; DIAS, Maria Berenice. União homossexual – o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O Direito dos Homossexuais à Tratamento Isonômico perante a Previdência Social. In: GOLIN, Célio; WEILER, Luis Gustavo. (Org). Homossexualidades, Cultura e Política. Porto Alegre: Sulina, 2002; DWORCKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

também, na jurisprudência – inclusive dos tribunais superiores – e na legislação administrativa mais recente, como se demonstrará abaixo.

JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

26. Em que pese a Constituição Federal de 1988 não prever textualmente a união estável entre pessoas do mesmo sexo, é digno de nota que diferentes constituições estaduais e legislações municipais contemplam explicitamente a proibição de discriminação em virtude da orientação sexual. Anote-se, também, e de modo exemplificativo, que a Holanda, a Bélgica, o Canadá, a Espanha e a África do Sul permitem o casamento entre pessoas do 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.

27. No Brasil, a união estável entre pessoas do mesmo sexo não foi expressamente prevista no Código Civil, nem na Lei nº 8.112/90. Todavia, a mudança de mentalidade já se começa observar, a partir especialmente da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha):

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

28. No entanto, a omissão legislativa não impediu que os tribunais reconhecessem a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo a partir de uma leitura constitucional principiológica. Primeiramente, vale citar precedente do Supremo Tribunal Federal (STF), em que a Presidência desse tribunal negou pedido de suspensão

de liminar que objetivava a sustação da eficácia de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconhecia a possibilidade de o parceiro homossexual gozar de benefício previdenciário:

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 constitucional vedado. O tema foi bem explorado na sentença, 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 (STF, Pet. 1984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Data de julgamento: 10.2.2003)

29. Na mesma linha, transcrevo decisão do Tribunal Superior Eleitoral:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. 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. (TSE, REsp Eleitoral nº 24564/Viceu-PA, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, data de julgamento: 01.10.04).

30. Ora, se a união estável entre pessoas do mesmo sexo é reconhecida para fins de configurar a inelegibilidade, que é uma desvantagem, porque também não seria para possibilitar a concessão da pensão por morte, que é um benefício? De todo modo, a decisão mais importante, por menos até agora, foi a proferida pelo Ministro do STF Celso de Mello:

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?. Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraia, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas. [...] Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 -

RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, “in abstracto” - considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas” (ADI nº 3300/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 03/02/2006).

31. Mais recentemente, o Governador do Estado do Rio de Janeiro ingressou com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 132, no Supremo Tribunal Federal, solicitando a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis. Embora a ação ainda não tenha seu mérito julgado, já houve oportunidade da Advocacia-Geral da União se manifestar a respeito. No seu parecer, o Advogado-Geral da União afirmou que “o tratamento diferenciado entre as entidades familiares previstas na Constituição e as uniões homoafetivas não apresenta justificativa plausível, sob a ótica do princípio da igualdade”. Conclui que as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo “induidosamente constituem família”.

32. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – instância que tem a prerrogativa constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal – existem inúmeras decisões reconhecendo a juridicidade das relações homoafetivas. Contudo, a mais reveladora e instigante delas foi dada no dia 02 de setembro de 2008, no Recurso Especial nº 820475/RJ, relatado pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Por 3 votos a 2, a Quarta Turma do STJ, pela primeira vez, admitiu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo sob o ponto de vista do Direito de Família e não do Direito patrimonial:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido

33. Ainda no âmbito judicial, há vários precedentes garantindo inúmeros direitos a casais homossexuais, tais como partilha de bens (STJ, Resp 148.897); inclusão como dependente para fins de plano de saúde (STJ, Resp 238.715); pensão previdenciária por morte de companheiro (STJ, Resp 395.904); impossibilidade de desqualificação de testemunha por orientação sexual (STJ, REsp nº. 154.857); autorização para doação de órgãos feita por companheiro homossexual (Juízo da 9ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, Ação Civil Pública nº 2005.61.00900598-6); equiparação do companheiro homossexual ao heterossexual, para fins de dependência preferencial da mesma classe, com direito à percepção de indenização referente ao seguro DPVAT (Juízo da 7ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, Ação Civil Pública nº 2003.61.00.026530-7), entre outros. Sobre a possibilidade de concessão de pensão estatutária baseada em união estável entre homossexuais, vale transcrever a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. ART. 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, I, "C", DA LEI Nº 8.112/90.

1. Havendo nos autos provas de sobejo na direção da constatação de que o requerente viveu em união homoafetiva com o ex-servidor falecido, durante mais de cinquenta anos, coabitando no mesmo endereço, mantendo cartão de crédito e conta bancária conjunta, além de se apresentarem no convívio social, assumindo publicamente a condição de companheiros, é de ser reconhecida a união estável, nos termos da Lei Maior e da 8.112/90.
 2. A lei, só por si, não extingue comportamentos racistas, preconceituosos, discriminatórios ou mesmo criminosos, necessitando, antes, de uma conscientização da coletividade sobre serem odiosas as condutas assim tipificadas. Não é a falta de uma lei específica sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas que vai alijar o requerente do seu direito de obter, comprovados os requisitos objetivos da união (convivência, relação amorosa, dependência econômica e publicidade da condição), o reconhecimento da existência de uma união estável propiciadora da pensão por morte requestada.
 3. Ademais, o art. 3º, IV, da Constituição Federal, consagra o princípio da não-discriminação, impondo ao legislador ordinário a necessidade de obediência a tal preceito por ocasião de sua atuação legiferante, e possibilitando ao Poder Judiciário a observação dessa diretriz na interpretação e aplicação do direito posto no caso concreto.
 5. Assim, a correta inteligência do art. 217, I, “c”, da Lei nº 8.112/90 há de ser compreendida no sentido de que também nas relações homoafetivas existe o direito à pensão por morte instituída pelo servidor falecido.
 6. Apelação desprovida.
 7. Remessa oficial parcialmente provida (AC 2002.38.00.043831-2/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, data de julgamento: 18/09/2006).
34. Pode-se observar que todas essas decisões estão inseridas dentro de um desenvolvimento maior do sistema de direitos fundamentais que fazem jus à idéia de integridade, de coerência do nosso ordenamento jurídico. Ademais, vale citar alguns precedentes do STF que servem de pano de fundo para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e que afirmam e embasam os ideais de dignidade humana, de liberdade, de igualdade e de intimidade/privacidade: Dignidade Humana: *HC 82.424-QQ*, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, *DJ* de 19-3-04; *HC 76.060*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence,

juízo em 31-3-98, *DJ* de 15-5-98; *HC 85.531*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-05, *DJ* de 14-11-07; *HC 73.454*, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-96, *DJ* de 7-6-96; *HC 94.916*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-9-08, Informativo 522; Igualdade: *RE 161.243*, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 29-10-96, *DJ* de 19-12-97; Liberdade: *ADI 3.510*, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 28 e 29-5-08, Informativo 508; *ADPF 130 MC*, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 27-2-08, Informativo 496; *ADI 1.969*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-6-07, *DJ* de 31-8-07; Intimidade e privacidade: *MS 27.483-REF-MC*, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-8-08, *DJE* de 10-10-08; *HC 91.952*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-8-08, Informativo 515.

35. Foi sob os influxos das decisões judiciais acima citadas que a Administração Pública começou a incorporar e a reconhecer em seus atos normativos os efeitos jurídicos das relações homossexuais. Um desses atos foi a Portaria Normativa nº 01/2007, do Ministério do Planejamento e Gestão, que regulamenta a assistência à saúde do servidor público:

Art. 5º Para fins desta Portaria, são beneficiários do plano de assistência à saúde:

[...]

II - na qualidade de dependente do servidor:

[...]

b) o companheiro ou companheira de união homo-afetiva, comprovada a co-habitação por período igual ou superior a dois anos.

36. De modo semelhante, o Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério do Trabalho, editou em janeiro de 2008 a Resolução Normativa nº 77, que dispõe o seguinte:

Art. 1º As solicitações de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência para companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo, deverão ser examinadas ao amparo da Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998, relativa às situações especiais ou casos omissos, e da Resolução Normativa nº 36, de 28 de setembro de 1999, sobre reunião familiar.

37. Necessário registrar, também, a publicação do Decreto nº 4.229/2002, que dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH). O referido programa, já em sua segunda versão,

contém uma seção dedicada ao assunto, com quinze ações a serem adotadas pelo Governo Brasileiro para o combate à discriminação por orientação sexual, e para a sensibilização da sociedade para a garantia do direito à liberdade e à igualdade de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais. A partir disso, o Plano Plurianual 2004–2007 definiu, no âmbito do Programa Direitos Humanos, Direitos de Todos, a ação denominada Elaboração do Plano de Combate à Discriminação contra Homossexuais. Com vistas a efetivar este compromisso, a Secretaria Especial de Direitos Humanos lançou, em 2004, o Brasil Sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual. Este programa possui os seguintes princípios:

- a) A inclusão da perspectiva da não-discriminação por orientação sexual e de promoção dos direitos humanos de gays, lésbicas, transgêneros e bissexuais, nas políticas públicas e estratégias do Governo Federal, a serem implantadas (parcial ou integralmente) por seus diferentes Ministérios e Secretarias;
- b) A produção de conhecimento para subsidiar a elaboração, implantação e avaliação das políticas públicas voltadas para o combate à violência e à discriminação por orientação sexual, garantindo que o Governo Brasileiro inclua o recorte de orientação sexual e o segmento GLTB em pesquisas nacionais a serem realizadas por instâncias governamentais da administração pública direta e indireta;
- c) A reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira.

38. Observa-se, portanto, que o próprio Poder Executivo Federal começa a aplicar a Constituição Federal de um modo diferente, de sorte a garantir o direito à livre orientação sexual.

O DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

39. Inicialmente, lembro que os tratados internacionais de direitos humanos possuem estatura de norma constitucional, consoante estabelece nossa Constituição Federal. Se antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 havia discussão a respeito da natureza jurídica desses tratados – não obstante a defesa de autores de peso³³ acerca da tese constitucional

33 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade brasileira de direito internacional, Brasília, n. 113–118, 1998, p. 88–89; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional.

–, atualmente o tema encontra-se pacificado. A partir disso, merece transcrição o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e os artigos 24 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), ambos incorporados pelo ordenamento brasileiro³⁴:

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

ARTIGO 24

Igualdade Perante a Lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

ARTIGO 29

Normas de Interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupos ou pessoas, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza

São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 83-120; GALINDO, George R. B. Reforma Constitucional e o problema da superioridade hierárquica dos tratados frente às leis internas. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 27, 1999, p. 143-153; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 77-95, 132-139.

34 Cf. o Decreto Federal nº 592/1992 e o Decreto Federal nº 678/1992.

40. Embora tais tratados não tratem textualmente do direito à orientação sexual, tal fato, no decorrer dos anos não foi um obstáculo para o reconhecimento desse direito no plano internacional. A Comissão de Direitos Humanos da ONU – órgão responsável pelo monitoramento do cumprimento do Pacto pelos Estados –, em pelo menos duas decisões, reconheceu que a proteção contra discriminação prevista no artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos inclui a discriminação baseada na orientação sexual. Em *Tooney v. Austrália* (1994), a Comissão entendeu que a criminalização das relações homossexuais viola o direito à privacidade (art. 17º do Pacto) e a proteção contra a discriminação (art. 2º e 26 do Pacto). Em *Young v. Austrália* (2003), a Comissão entendeu que o indeferimento de pensão a homossexual em decorrência da morte de seu companheiro veterano de guerra viola a proteção contra a discriminação prevista no art. 26 do Pacto.³⁵

41. Na mesma linha de entendimento mencionada acima, encontram-se o Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança e o Grupo de Trabalho da ONU sobre Detenção Arbitrária.³⁶

42. Sem prejuízo da força de tais decisões, pode-se constatar uma permanente movimentação no sentido de se reconhecer textualmente a proteção à livre orientação sexual. Aqui, vale citar a iniciativa do Brasil em 2003, na 59ª sessão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, ao introduzir uma “proposta de resolução sobre a orientação sexual e os direitos humanos”. Em outra ocasião – um evento em Nova York em novembro de 2007 –, o Brasil deu suporte para que a ONU adotasse uma Carta Global (Princípios de Yogyakarta) sobre o direito à livre orientação sexual e à identidade de gênero.³⁷

35 Importante registrar que a Corte Européia de Direitos Humanos – não obstante o fato de o Brasil não estar sujeito à sua jurisdição – possui um vasto conjunto de decisões garantindo o direito à livre orientação sexual e estabelecendo a proibição de discriminação em razão de tal fato: *Dudgeon v. United Kingdom* (1981); *Norris v. Ireland* (1991); *Modinos v. Cyprus* (1993); *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (1999); *Smith and Grady v. United Kingdom* (1999); *Goodwin v. United Kingdom* (2002); *Van Kuck v. Germany* (2003); *Karner v. Austria* (2003); *L. and V. v. Austria* (2003).

36 Cf. Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 15, E/C.12/2002/11, 20 de Janeiro de 2002, parágrafo13; Comentário Geral nº 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, parágrafo18. Comitê sobre os Direitos das Crianças, Comentário Geral nº 4, CRC/GC/2003/4, 1º de julho de 2003, parágrafo 6; Comentário Geral nº 3, CRC/GC/2003/3, 17 de Março de 2003, parágrafo 8. Relatórios do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, E/CN.4/2004/3, 15 de dezembro de 2003, parágrafo 73; E/CN.4/2003/8, 16 de dezembro de 2002, parágrafos 68-69 e 76. Opiniões adotadas Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária nº 7/2002, Egito, E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de janeiro de 2003. Veja, igualmente, o Estudo sobre a garantia de não-discriminação prevista no artigo 2º, parágrafo 2º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Working Paper preparado por Emmanuel Decaux, E/CN.4/Sub.2/2004/24, 18 de julho de 2004, parágrafo 22.

37 HUMAN RIGHTS WATCH, UN: Support Global Gay Rights Charter, 05.11.2007. Disponível em <<http://hrw.org/english/docs/2007/11/05/global17251.htm>>.

43. Iniciativa semelhante foi feita pela delegação brasileira na Organização dos Estados Americanos (OEA) em 2008. Ao contrário da tentativa realizada na ONU, a proposta brasileira na OEA obteve sucesso e, em 03 de junho, foi aprovada, por consenso de 34 países americanos, a Resolução AG/RES-2435(XXXVIII-O/08) “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”. No referido documento, ficou resolvido o seguinte:

1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.
2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) de incluir em sua agenda, antes do Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral, o tema “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”.
3. Solicitar ao Conselho Permanente que informe a Assembléia Geral, em seu Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões, sobre o cumprimento desta resolução, que será executada de acordo com os recursos alocados no orçamento-programa da Organização e outros recursos.

44. Como se vê, é impossível, do ponto de vista jurídico, indeferir o pedido de concessão de pensão baseando-se unicamente no fato de a união estável ser entre pessoas do mesmo sexo. Ora, afora as decisões judiciais citadas e os Tratados ratificados pelo Brasil, a própria Administração Pública Federal reconhece, em diversas decisões administrativas, políticas públicas e manifestações jurídicas (AGU), a possibilidade desse tipo de entidade familiar.

CONCLUSÃO

45. Ante todo o exposto, e considerando os princípios constitucionais, especialmente o da igualdade, o da proibição de discriminação baseada na orientação sexual e o direito à privacidade e à intimidade, bem como o que estabelece a legislação infraconstitucional e as decisões administrativas no âmbito da Administração Pública Federal e, ainda, o que prevêem os Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, opino, desde que haja comprovação pelos documentos idôneos, pela possibilidade da concessão de pensão, nos termos do art. 215 e art. 217, I, c, da Lei nº 8.112/90, para a Sra. Maria da Conceição do Nascimento em virtude de sua união estável com a Sra. Lenita da Costa Silveira.

46. Recomenda-se, ainda, para fins de uniformização de interpretação – haja vista a manifestação favorável do Advogado-Geral da União nos autos da ADPF 132 –, que a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas e Organização – CGPEO notifique a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento e Gestão – MPOG, informando o entendimento aqui adotado, podendo, para tanto, enviar cópia do presente parecer.

47. À sua consideração.

Brasília, 12 de novembro de 2008.

RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES

PROCURADOR FEDERAL

CHEFE DA DIVISÃO DE CONSULTORIA ADMINISTRATIVA – FNDE

