
CONQUISTAS E DESAFIOS DA ADVOCACIA- GERAL DA UNIÃO NA DEFESA DO HUMANISMO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MINORIAS (HOMOSSEXUAIS) PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*ACHIEVEMENTS AND CHALLENGES OF THE
FEDERAL ADVOCACY TO DEFEND THE HUMANISM
AND PROTECTION OF THE MINORITIES RIGHTS
(HOMOSEXUALS) BESIDE OF THE SUPREME COURT*

Rodrigo Araújo Ribeiro

*Procurador Federal em Belo Horizonte/MG, Coordenador da EAGUMG (1o Região),
Mestre em Direito Tributário pela UFMG e Doutor em Direito Público pela Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Constituição Federal Brasileira e a Proteção dos Direitos E Garantias Fundamentais; 2 O Papel da Advocacia-Geral da União na Defesa do Interesse Público Primário da Sociedade Brasileira; 3 A Proteção dos Direitos Fundamentais de Liberdade e Igualdade na União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo no Brasil e na Itália; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente ensaio visa trazer uma análise reflexiva do papel constitucional e dos avanços da atuação da Advocacia-Pública da União na proteção dos Direitos Fundamentais das minorias (homossexuais), bem como os desafios para uma atuação judicial proativa dos Advogados Públicos da União na defesa dos interesses públicos primários no Estado Democrático de Direito brasileiro. Certificar-se-á, portanto, que as dificuldades de reconhecimento do Humanismo, expressão da vida coletiva civilizada, é tarefa particular de cada Estado e que isso se faz por meio de suas Instituições (Executivo, Legislativo e Judiciário) e de toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais. CR/1988. Minorias Excluídas. Uniões Homoafetivas. Atuação da Advocacia Pública no STF.

ABSTRACT: This essay aims to provide a reflexive analysis of the constitutional role and advances of the Union's Advocacy-Public in protecting the fundamental rights of minorities (homosexuals), as well as the challenges for a proactive judicial action of the Public Advocates of the Union in defending primary public interests in Brazilian Democratic State of Law. It will therefore be ensured that difficulties of recognizing Humanism, the expression of civilized collective life, is a particular task of each State and that this is done through its Institutions (Executive, Legislative and Judiciary) and the whole of society .

KEYWORDS: Protection of Fundamental Rights and Guarantees. CR/1988. Minorities Excluded. Homoaffectional Unions. Public Advocacy at STF.

INTRODUÇÃO

A inserção do Capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, e da Seção II, “Da Advocacia Pública”, dentro do Título IV, “Da Organização dos Poderes”, na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pela EC n. 19, de 04 de junho de 1988, assentou-se a defesa do interesse público primário pela Advocacia-Geral da União.

Concomitantemente a isso, o advento da Constituição da República de 1988 trouxe novas perspectivas para a sociedade brasileira no tocante à *proteção dos Direitos Fundamentais e, por seu turno*, ao núcleo de normas antidiscriminatórias em favor das minorias, até então pouco aventadas e discutidas no Estado brasileiro.

O grande desafio, dentro do Estado democrático de direito brasileiro, está em reconhecer a Humanidade que mora em cada um de nós e verificar o Direito declarado (Constituição, leis e decretos) que legitima a dignidade de minorias excluídas como expressão de vida coletiva civilizada, fundamento de um Estado e de uma Sociedade plural e heterogênea.

Buscar-se-á, neste ensaio, trazer à baila o papel constitucional e os desafios da Advocacia Pública da União na implementação dos direitos das minorias homossexuais perante o Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, demonstrar como sua atuação proativa na seara judicial vem alterando o quadro em favor do reconhecimento e da legitimação da dignidade dessa minoria socialmente discriminada.

Antes, porém, faz-se necessário tecer um breve panorama em torno dos temas da proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e o papel constitucional da Advocacia-Geral da União na defesa do interesse primário no Estado brasileiro.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A proteção dos Direitos Fundamentais é tema de grande preocupação dos Estados democráticos de direito no contexto mundial atual. Isso ocorre porque em alguns períodos da história contemporânea, tal como o holocausto decorrente da segunda grande guerra mundial, os direitos humanos foram ignorados ou vilipendiados e precisavam ser resgatados ou recuperados, ensejando a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas em sua Resolução n.217, de 10 de dezembro de 1948.¹ Assim consta em seu preâmbulo e Artigo 1, *ad litteram*:

1 O Brasil somente aderiu a esse Pacto em 24.01.1992, com vigência em 24.04.1992, tendo em vista o regime autoritário que regeu o Estado brasileiro. SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.

[...]

Considerando o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta inspiração do homem comum.

[...]

Artigo 1 Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.²

A preocupação com a identificação e proteção dos direitos fundamentais tem nítida influência jusnaturalista e é fruto da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, sendo aperfeiçoada e ganhando ares de universalidade com a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A consolidação efetiva dos direitos humanos ocorreu, mais recentemente, em 22 de novembro de 1969, com o Pacto subscrito em São José da Costa Rica, resultando na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Daí a historicidade dos direitos fundamentais muito bem enfatizada por Norberto Bobbio:

[...] sempre defendi que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.³

A partir dessas Declarações, Tratados e Convenções e da tendência internacional de positivação dos Direitos Humanos, as Constituições italiana, espanhola, portuguesa, e, notadamente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, estabeleceu-se um conjunto de direitos e garantias dirigidas à observância dos Direitos Humanos mediante limitações à atuação do Estado. Segundo Ruy Barbosa, há que

16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.166/167

² https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5

se fazer a diferença entre os direitos e garantias fundamentais no texto da lei fundamental:

No texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.⁴

Os Direitos e Garantias Fundamentais, como categorias do direito constitucional positivo e sistematicamente ao abrigo das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV), estão enunciados no art. 5º, *caput*, e itens I a LXXVIII da Constituição Federal brasileira. Com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela, José Afonso da Silva, com base ainda em nossa Constituição, classifica os Direitos Fundamentais em cinco grupos: (1) direitos individuais (art. 5º), (2) direitos coletivos (art. 5º), (3) direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.), (4) direitos à nacionalidade (art.12) e (5) direitos políticos (arts. 14 a 17).⁵

Toda essa perspectiva do Humanismo conserva o seu originário caráter de prevalência do *reino sobre o rei*, o que denota, nas palavras de Carlos Ayres Britto correlatas ideias-força:

[...] a) o Direito por excelência é o vinculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação; b) o Estado e seu governo existem para servir à sociedade; c) a sociedade não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria.⁶

Para esse mesmo autor, o Humanismo, alçado à condição de valor jurídico, será realizado mediante figuras do direito. Porém, não cabe ao direito outro papel que não seja declará-la, pois a sua constitutividade em si já está no humano em nós, pois não pode haver humanistas sem humanos,

4 SILVA, op. cit., p. 189.

5 Ibid., p. 187.

6 BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte:Forum, 2012. p.21

República sem republicanos, como impossível praticar a democracia sem democratas.⁷

Em realidade, complementa esse constitucionalista, não há necessidade das Constituições nominarem o Humanismo, bastou, como no caso da brasileira, ditar os “fundamentos” da República Federativa do Brasil (art. 1º), fazendo da democracia (logo, do humanismo) uma estrela de cinco pontas: “soberania”, “cidadania”, “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, “pluralismo político” e, finalmente, “dignidade da pessoa humana” que não representa todo o humanismo, mas a parte do humanismo que mais sobressai ao ocupar uma posição de centralidade no seio dos direitos fundamentais de todo o sistema constitucional brasileiro.⁸

Se, por um lado, a Constituição brasileira cuidou em seu art. 2º dos três fundamentais Poderes da União, independentes e harmônicos entre si (Legislativo, Executivo e Judiciário) verdadeiros elos com as normas-fim do seu art. 3º, deixou cristalino que os poderes existem para, inspirados nos fundamentos da República, prestigiar sempre tais fundamentos e concretizar os fins que essa mesma República se destina.⁹

Entretanto, para cumprir tal desafio de governabilidade humanista na atualidade, não basta o sistema jurídico emancipatório encarnado em uma “constituição cidadã” ou em uma “Constituição coragem”, mas a existência de intérpretes e aplicadores do direito sensíveis e conscientes do reflexo dessa governabilidade para com toda uma sociedade brasileira, plural e heterogênea.¹⁰

2 O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

A integração da Advocacia-Geral da União no rol de instituições públicas elevadas à categoria de Funções Essenciais à Justiça no Capítulo IV – mas *não no nos Capítulos que tratam dos Poderes da República (Capítulos I, II e III)* da Constituição Federal de 1988 – demonstra, inequivocamente, a importância desta instituição da República na defesa dos interesses públicos primários.

Dessa maneira, visando sempre a concretização da Justiça, a Advocacia-Geral da União não está inserida dentro de um ou outro dos Poderes do Estado, mas englobada dentro de um bloco único juntamente

7 BRITTO, op. cit., p. 53/54.

8 Ibid., p. 38

9 Ibid., p. 94

10 Ibid., p. 116

com as instituições públicas do Ministério Público e a Defensoria Pública, como se constituíssem um quarto poder dentro do Título IV da Constituição.

Para Junqueira Ramos, quando o legislador constitucional de 1988 qualificou a Advocacia-Geral da União como uma instituição, pretendeu que sua atuação não fosse simplesmente como um órgão da Administração Pública, ressaltando que:

O constituinte de 1988 manteve, de um lado, os três Poderes tradicionais, segundo o clássico modelo pensado por Montesquieu, bem assim as funções respectivas de legislar, executar e julgar. Paralelamente, criou as Funções Essenciais à Justiça, entre essas a Advocacia-Geral da União que, sem características de Poder orgânico, tem por objetivo de atuar diretamente na representação da União Federal, prestando consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo com independência.¹¹

Em que pese o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 470/AM¹², no sentido da limitação técnica do Advogado Público, havendo necessidade de autorização do seu superior hierárquico para reconhecimento de direito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera duas conquistas do direito público contemporâneo: o sistema de participação política e o sistema de Funções Essenciais à Justiça, aperfeiçoado com as garantias para uma atuação independente.¹³

Sob essa ótica e dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, cabe à Advocacia-Geral da União exercer seu profícuo papel de zelar pela legalidade dos atos administrativos da União Federal, alertando ao Administrador Público sobre o descompasso da aplicação da lei (dentro da seara administrativa) ou provocando os órgãos do Poder Judiciário para colocar o Estado dentro do passo correto do direito e da juridicidade.

Ressalte-se aqui a manifestação do Advogado-Geral da União pela procedência da ADI 4.249/SP, onde foi impugnada a Lei n. 13.521/09 do Estado de São Paulo, que proíbe o consumo de cigarros em áreas de uso coletivo. Defendeu-se, em parecer favorável à inconstitucionalidade formal da lei paulista, o argumento de que se já existe lei federal sobre o tema, o ato normativo estadual invadiu a competência da União para

11 RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p.35

12 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 470 AM, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão j. 01/07/2000, *Diário da Justiça da União*, 11.10.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72/102, out/dez de 1992, p. 81. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175998/000466608.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11/11/2017

dispor sobre normas gerais (Competência concorrente – Art. 24, XII, § 2º e § 4º da CF/88).¹⁴

Após vários debates nos votos proferidos na ADI 3916/DF¹⁵, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o Advogado-Geral da União, enquanto chefe de uma instituição constitucional que exerce função essencial à Justiça, pode manifestar-se pela defesa ou não do ato normativo abstratamente impugnado perante a Corte, de acordo com sua convicção jurídica a respeito do tema e sem ferir o imperativo constitucional determinado pelo Artigo 103, § 3º da Constituição Federal.¹⁶

Verifica-se, portanto, que a atuação da Advocacia-Geral da União deve ser pautada pelas balizas da advocacia do Estado em defesa da sociedade, da ordem jurídica e do interesse público, mas não simplesmente uma advocacia de Governo, restrita à defesa do interesse de um governo transitório. Nesse sentido, expressa-se Junqueira Ramos:

Por isso, dentro do enfoque da advocacia de Estado e não de governo, é importante rememorar que os Procuradores Públicos não estão submetidos à hierarquia administrativa de qualquer dos Poderes do Estado e, nas palavras de Derly Barreto e Silva Filho, não recebem ordens de quem quer que seja. Afinal, exercem função essencial à justiça, controlando os atos administrativos sob a ótica da legalidade, legitimidade e da licitude, preservando, promovendo e assegurando os interesses públicos primários entregues à cura do Estado, misteres que não podem ficar condicionados à relação de subordinação administrativa.¹⁷

A tentativa de classificar e sistematizar os interesses públicos do Estado em níveis, primários (atuação do Estado em prol da coletividade, da sociedade como um todo) ou secundários (atuação do Estado como se particular fosse, primando pela individualidade), foi sustentado na obra de Renato Alessi, então professor de Direito Administrativo da Universidade de Parma. Assim, ensinava:

14 MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: jusPODIVM, 2010. p. 218

15 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3916 DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau j. 07/10/2009, *Diário da Justiça da União*, 16.10.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3916&classe=AD>>.

16 Prescreve o Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

17 RAMOS, op. cit., p. 75

[...] Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si note bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a sè stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente secondario che si fanno sentire in senso alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario. (...) l'interesse secondario, personale, del soggetto amministrativo può essere realizzato, al pari di ogni altro interesse secondario dei singoli, soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti della coincidenza, con l'interesse pubblico.¹⁸

Em que pese tal divisão proposta e defendida pelo doutrinador italiano, cuja teoria surgiu no contexto pós-guerra na Itália, diga-se de passagem, à época um país com ideologias fascistas, tal teoria não prevalece atualmente dentro de um Estado Democrático de Direito.

Veja-se que atualmente todo o poder é exercido pelo povo, direta ou indiretamente, e, a rigor, o interesse público é apenas o primário, da coletividade, sendo impensável um agente público ou uma instituição atuar de forma particular e desconectada dos objetivos da República e da *efetivação dos direitos fundamentais, como é o caso do Estado brasileiro*.¹⁹

Dentro de seu múnus constitucional, cabe à Advocacia-Geral da União, quer atuando na consultoria, quer atuando na representação judicial da União Federal e suas Autarquias, balizar-se na defesa e execução das políticas públicas, dentro do primado do Estado Democrático de Direito brasileiro, cuja finalidade é o bem comum.²⁰

Diante dessas premissas, a Advocacia-Geral da União vem atuando nas Ações Afirmativas propostas perante o Supremo Tribunal Federal e defendendo, com afinco, a execução das políticas públicas dentro dos primados do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República Federativa do Brasil, seus fundamentos, objetivos e princípios, como se verá no decorrer desse artigo.

18 ALESSI, Renato apud RAMOS. William Junqueira, op. cit., p. 67

19 Segundo esse autor, a Advocacia-Geral da União deve empreender uma defesa eficiente, contestando e recorrendo, de modo a evitar a condenação da Fazenda Pública federal ao pagamento de algo que não é devido e, assim, preservando o interesse da coletividade que almeja a realização da justiça e a aplicação da ordem jurídica vigente. RAMOS, op. cit., p. 70

20 RAMOS, op. cit., p. 74

3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E IGUALDADE NA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO BRASIL E NA ITÁLIA

No Brasil, os direitos das minorias homossexuais, que até pouco tempo atrás não podiam sequer ser considerados como testemunhas idôneas e aptas em o juízo de convencimento no conjunto de provas orais dentro do processo judicial penal²¹, vem sofrendo uma ampla reformulação de conceitos diante de um esforço de afirmação por parte dos Poderes constituídos e da própria sociedade brasileira.

Segundo Ayres Britto, o Humanismo é expressão de vida coletiva civilizada e toda essa histórica e formal proclamação de ser a pessoa humana portadora de uma dignidade “inata” é o próprio Direito a reconhecer o seguinte:

[...] a humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós.²²

Dentro desse contexto e do desafio de alcance da Humanidade e da legitimação da dignidade das minorias excluídas, no âmbito do Executivo brasileiro, o Decreto presidencial, de 04 de junho de 2010, instituiu o dia 17 de maio como o Dia Nacional de Combate à Homofobia; já no campo do Legislativo, vários Projetos de Lei foram elaborados em favor dos homossexuais, dentre eles: em nível municipal, o Projeto de Lei n. 1.672/00 (promulgado em Lei n. 8.176, de 29 de janeiro de 2001) do Vereador Leonardo Mattos da Câmara Municipal de Belo Horizonte, que estabelece penalidade para o estabelecimento que discriminar pessoa em virtude de sua orientação sexual e, em nível nacional, o Projeto de Lei n. 612, de 2011, de autoria da Senadora da República, Marta Suplicy, que altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil (Lei 10.406/02), para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Na seara judicial, duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram que o Poder Judiciário vem assumindo um importante papel no alcance dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana dentro do pluralismo e do compromisso traçado pelo Estado

21 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 154.857, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Data da decisão 26.05.1998, DJU 26.10.1998, p.169. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br//processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700812081&dt_publicacao=26-10-1998&cod_tipo_documento>.

22 BRITTO, op. cit., p. 25.

Democrático de Direito brasileiro: a primeira decisão emblemática sobre o assunto e que merece destaque trata-se da ADIN n. 4.277, que foi julgada em conjunto com a ADPF 132, em 2011.

Em defesa da interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, de forma a complementar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da União Estável entre homem e mulher, o Advogado-Geral da União, nos termos do já mencionado artigo 103, § 3º da Constituição Federal, manifestou-se pela procedência da ADIN n. 4.277, conforme parecer, abaixo transcrito:

Direito Civil. Uniões homoafetivas estáveis. Reconhecimento. Observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigência do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pela procedência do presente pedido para que seja conferida interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, de forma a contemplar no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.²³

Acatando os argumentos de mérito desenvolvidos pela Advocacia-Geral da União na presente Ação, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, e, ainda, por votação unânime, julgaram procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. Reprise-se trechos da Ementa da decisão, aqui reproduzida:

[...]

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade

²³ Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 4277/ DF, Pleno, Rel. Min. Ayres Brito j. 05.05.2011, *Diário da Justiça da União*, 12.05.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>

básica homem/mulher, no §3o do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2o do art. 5o da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “*do regime e dos princípios por ela adotados*”, *verbis*: “*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*”.

[...]

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

[...]

Note-se que no referido parecer técnico encaminhado pela Advocacia-Geral da União ressaltou-se que a compreensão do art. 1.723 do Código Civil brasileiro não pode ignorar, amparado nos parâmetros constitucionais, os vínculos afetivos que mantém os integrantes de uniões homoafetivas e principalmente, que, *litteris*:

[...] Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expresso, em seu art. 266, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: (i) auto-determinação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável, afim de alcançar objetivos comuns.

Até que houvesse essa decisão inédita por parte do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o artigo 226 e seus parágrafos da Constituição Federal eram um obstáculo intransponível para o judiciário brasileiro que, mediante uma interpretação literal daquele dispositivo, oferecia uma visão obtusa e conclusiva de que somente a família tradicional, fruto do casamento, e as uniões estáveis entre homem e mulher estavam abrigadas no conceito de unidade familiar.

Em realidade, os métodos clássicos de interpretação, notadamente gramatical e sistemático, contribuem para a formação de pré-compreensões do intérprete em busca da vontade da lei e do legislador, olvidando os legados da hermenêutica filosófica e da analítica pragmática. Desta forma, enfatizando a importância do intérprete para a constituição do sentido da norma jurídica, salientam Souza Cruz e Duarte, *verbis*:

Na verdade, em decorrência de suas aberturas para o mundo, o intérprete também exerce um papel importantíssimo para a constituição do sentido desses programas normativos. Aliás, são justamente essas aberturas que o tornam sensível às circunstâncias situacionais que constituem o âmbito normativo, cuja análise é imprescindível para a constituição do sentido da norma jurídica. Nesse diapasão, a experiência vivencial do intérprete, necessariamente intersubjetiva, afeta inarredavelmente a sua compreensão dos sentidos aferíveis do texto, na medida em que delineia a sua abertura para os influxos pragmáticos advindos do processo. Em outras palavras, seu mundo da vida delineia os limites de sua atenção (e também desatenção) em relação às circunstâncias pragmáticas que circunscrevem a aplicação do texto. Assim, a extração de sentidos do texto acaba por se constituir em uma atitude interpretativa necessariamente avaliativa, de *idas e*

vindas, pelo que não se aparta da questão da legitimidade/correção normativa e, muito menos, da questão pragmática. A tentativa de cindir essas questões, ou de limitar a sua incidência a apenas alguns casos, é completamente equivocada.²⁴

A transposição do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ainda presente no campo jurídico brasileiro, para a filosofia da linguagem, como proposta hermenêutica filosófica, é rompida pela viragem linguística ocorrida a partir das *Investigações filosóficas* de Wittgenstein e pela ontologia fundamental heideggeriana, um dos mais fervorosos críticos da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência). Esta mudança da ideia de que somente existe um mundo na linguagem, ou seja, de que “a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”, foi muito bem exposta por Streck:

Em decorrência, em face da prevalência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (em seus vários desdobramentos de Descartes a Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Husserl e Betti – este pela sua importância e direta influência no campo da interpretação jurídica – só para citar os principais), não é temerário afirmar que, no campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, como terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais. Essa lógica do sujeito, é dizer, o ser é sempre em função do sujeito, que provém de Descartes, é rompida pela viragem linguística, mormente por Wittgenstein, e pela ontologia heideggeriana. Lamentavelmente – e aí está assentada uma das faces da crise paradigmática – o campo jurídico brasileiro continua sendo refratário a essa viragem linguística.²⁵

24 Segundo Souza Cruz e Duarte, Dimoulis, a despeito de enxergar a inegável “abertura semântica” de todas as normas, acaba por se aproximar da vertente clássica da Escola Histórica do Direito, bem como do positivismo formalista subjetivo delineado por Engisch, na medida em que acredita na serventia dos métodos gramatical e sistemático “para constatar, de forma objetiva, a vontade legislativa incorporada nas normas vigentes (DIMOULIS, 2006, p. 255)”. Assim, para Souza Cruz e Duarte, não parece assertada a noção de Dimoulis segundo a qual o círculo hermenêutico, em especial aquele propugnado a partir dos trabalhos da hermenêutica filosófica, conduza inexoravelmente ao ativismo do intérprete, já que Gadamer sempre observou que a ação hermenêutica deveria observar as ‘possibilidades’ do texto, fosse este normativo ou não; nesse sentido, um juiz que pretende ser ativista, que ‘julga-se’ acima da legislação e aplica a perspectiva de reexame de seus preconceitos na aplicação do Direito, mas num sentido que acarreta descon sideração dos limites sintático, semântico e pragmáticos do texto, o que acarreta interpretações incabíveis para o mesmo, em verdade está abusando da proposta gadameriana. (CRUZ, Álvaro Souza; DUARTE, Bernardo. *Além do positivismo jurídico*, p. 130, 133, 190)

25 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 58.

A superação da “relação sujeito-objeto” pelo primado da “relação sujeito-sujeito” (intersubjetiva) tornou-se imprescindível para a compreensão e depuração da validade dos juízos de conhecimento. Isso deu ensejo a padrões pós- kantianos de condição de possibilidade, revolucionando a Ciência do Direito, agora como jogo de linguagem e pressupondo a alteridade e, consequentemente, a intersubjetividade. Nesse sentido, Souza Cruz e Duarte esclarecem:

A partir de uma renovação dessas condições, percebemos que o Direito é um modo ôntico de reconhecimento do Outro e como tal do ‘si’. Reconhecimento que se materializa na forma pela qual os homens e as mulheres se relacionam. Reconhecimento como jogo de linguagem, pois o Direito supõe a alteridade e com ela a intersubjetividade. A construção de uma relação intersubjetiva pode assumir na filosofia diversas feições. Em trabalhos anteriores destacamos as construções de Heidegger e de Gadamer em torno do *Mitsein*, bem como os constructos da teoria discursiva dos teóricos da Escola de Frankfurt. Assim, uma pequena palavra sobre essa relação com a alteridade precisa ser de modo breve alinhavada, ao menos nas perspectivas de Ricouer e de Lévinas.²⁶

O parecer da Advocacia-Geral da União defendeu as conquistas da hermenêutica constitucional contemporânea em um contexto plural de uma modernidade pós-convencional, do pleno exercício da liberdade do ser humano na escolha de sua orientação sexual e, ainda, sob a ótica do princípio da igualdade, dando o mesmo tratamento àqueles que mantêm união homoafetiva estável. Nesse sentido e em defesa dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, enfatizou:

[...] A perseguição do bem comum, positivada na Constituição como valor fundamental, obriga o operador do Direito a tratar com equivalência as situações fáticas iguais. Não há esforço hermenêutico,

26 Para Souza Cruz e Duarte, torna-se problemática a posição defendida por Dimoulis, quando ele literalmente dá um passo atrás ao tentar solucionar os casos de incerteza e penumbra dos programas normativos a partir unicamente dos métodos clássicos de interpretação (mais precisamente, o gramatical e o sistemático), pelo que olvida frontalmente os legados da hermenêutica filosófica e da analítica pragmática. Assim, combatendo a tese de Demoulis de que os *métodos clássicos de interpretação* possuem alguma serventia, esta é limitada, no sentido apenas de contribuir para a formação das pré- compreensões do(s) intérprete(s) e de que a busca pelas *vontades da lei e do legislador* é inaceitável, já que pautada no pressuposto de que o intérprete e, principalmente o contexto, não influem nos sentidos da lei, Souza Cruz e Duarte ensinam que as “dificuldades de interpretação” nunca poderão desconsiderar os limites da argumentação e muito menos abster-se da pretensão de correção atrelada aos seus discursos, pois ora essas dificuldades serão de cunho “eminentemente linguístico”, como as ambiguidades sintático-semânticas dos programas normativos (a), as imprecisões de significado adensadas pelo âmbito pragmático da linguagem (b), os inúmeros sentidos muitas vezes deturpados pela carga afetiva proveniente de nossa vivência linguística (c), ora de “ordem lógica”, como as antinomias jurídicas (d), as lacunas normativas (e) e a inoperância ou necessária superabilidade de certos programas normativos (f). (CRUZ, Álvaro Souza Cruz; DUARTE, Bernardo. *Além do positivismo jurídico*. p. 190-191, 197, 173)

destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas.

Assim, fica evidente a atuação institucional e independente da Advocacia-Geral da União na defesa do interesse da sociedade e do Estado, mas não de governo, em favor de Ações Afirmativas de grupos tradicionalmente discriminados, tal como tem sido a união homoafetiva.

Diferentemente do Brasil, onde o casamento homoafetivo se tornou uma realidade com uma decisão do Supremo Tribunal Federal²⁷, o Parlamento Italiano aprovou, em maio de 2016, por 173 votos a favor e 71 votos contra, a união civil entre casais homossexuais através da Legge 20 maggio 2016 n. 76.²⁸

Com essa aprovação, a Itália tornou-se um dos últimos países da Europa Ocidental a reconhecer a união civil entre pessoas do mesmo sexo, apesar de muitas controversas por conta da resistência dos católicos conservadores.²⁹

Após a confirmação do projeto de lei encaminhado ao Parlamento pelo governo do primeiro-ministro, Matteo Renzi, do Partido Democrático, de centro, entrou em vigor, aos 29 de julho de 2016, o Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 luglio 2016, n. 144, que regulamenta a Legge 20 maggio 2016 n. 76, prescreve em seu artigo 1, *verbis*:

Richiesta di costituzione dell'unione civile

1. Al fine di costituire un'unione civile, ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di seguito denominata legge, due persone maggiorenni dello stesso sesso fanno congiuntamente richiesta all'ufficiale dello stato civile del comune di loro scelta.

2. Nella richiesta ciascuna parte deve dichiarare:

a) il nome e il cognome, la data e il luogo di nascita; la

cittadinanza; il luogo di residenza;

b) l'insussistenza delle cause impeditive alla costituzione dell'unione di cui all'articolo 1, comma 4, della legge.

27 A Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>

28 Disponível em: http://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=20160521&atto.codiceRedazionale=16G00082&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario

29 <http://www.cidadaoitaliano.com/uniao-homossexual-e-cidadania-italiana/>

3. L'ufficiale dello stato civile, verificati i presupposti di cui al comma 1, redige immediatamente processo verbale della richiesta e lo sottoscrive unitamente alle parti, che invita, dandone conto nel verbale, a comparire di fronte a se' in una data, indicata dalle parti, immediatamente successiva al termine di cui all'articolo 2, comma 1, per rendere congiuntamente la dichiarazione costitutiva dell'unione.

4. Se una delle parti, per infermità o altro comprovato impedimento, e' nell'impossibilità di recarsi alla casa comunale, l'ufficiale si trasferisce nel luogo in cui si trova la parte impedita e riceve la richiesta di cui al presente articolo, ivi presentata congiuntamente da entrambe le parti.³⁰

O histórico judicial na Itália, diversamente do Brasil, era desfavorável à equiparação da união homosexual à união heterosexual, tendo várias decisões negativas ou declinantes de competência por alguns tribunais italianos, como o de Veneza e da Corte de apelação de Trento.

Em 2012, a Corte Suprema de Cassação da Itália (processo n. 4184/12), julgado pela Primeira Sessão Civil e sob a presidência da magistrada, Maria Gabriella Luccioli, também decidiu negativamente o pedido de um casal para validar na Itália o matrimônio realizado no exterior e em um país que autorizava esse tipo de união, uma vez que havia a necessidade de uma norma legal interna que validasse a união homoafetiva.³¹

Vale destacar a forte pressão sofrida pela União Européia³² sobre a Itália, já que a não aceitação da união dos homossexuais criava distorções dentro do bloco comum europeu, impedindo a livre circulação de pessoas e o pleno direito do gozo dos direitos civis.³³

30 Tradução Livre: Pedido de constituição da união civil: 1. A fim de estabelecer uma união civil, nos termos da Lei 20 de maio de 2016, n. 76, a seguir designada por lei, dois adultos do mesmo sexo fazem um pedido conjunto ao funcionário do estado civil do município da sua escolha. 2. Na solicitação, cada parte deve declarar: a) nome e sobrenome, data e local de nascimento; a cidadania; o local de residência; b) a ausência das causas que impedem a constituição da união a que se refere o artigo 1º, parágrafo 4º, da lei. 3. O funcionário civil, tendo verificado as condições previstas no n.º 1, elabora de imediato a acta do pedido e assina-a juntamente com as partes que o convidarem a apresentar em ata, a comparecer em data, indicado pelas partes, imediatamente após o prazo a que se refere o Artigo 2, parágrafo 1, para fazer conjuntamente a declaração constitutiva do sindicato. 4. Se uma das partes, devido a enfermidade ou outro impedimento comprovado, não puder comparecer à câmara municipal, o policial se deslocará ao lugar onde o impedimento está localizado e recebe a solicitação referida neste artigo, apresentado conjuntamente por ambas as partes <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/07/28/16G00156/sg>

31 Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsolse24ore.com

32 A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) anunciou um dos principais julgamentos da sua história sobre direitos dos homossexuais. Os juízes decidiram que os gays também têm direito de formar família e os países não podem, por princípio, proibir que eles estabeleçam união estável. A decisão é definitiva. Horst Michael Schalk, de 48 anos, e seu companheiro, Johann Franz Kopf, 50, ambos residentes em Viena, apresentaram um recurso perante a corte. O casal reivindica desde 2002, sem sucesso, para poderem contrair matrimônio em seu país. Para isso, apresentaram recursos até chegar à instituição plurinacional, que não lhes deu razão. Disponível em : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["30141/04"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

33 <http://www.cidadaoitaliano.com/união-homossexual-e-cidadania-italiana/>

4 CONCLUSÃO

De todo o exposto, constata-se, tanto no Brasil como na Itália, o importante papel das Instituições do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) no reconhecimento do Humanismo e a dignidade das minorias excluídas no Estado Democrático de Direito.

No Brasil, notadamente, a Advocacia-Geral da União vem tendo um papel constitucional relevante na defesa do interesse público primário e, por seu turno, no reconhecimento dos direitos dos grupos tradicionalmente discriminados perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa atuação judicial proativa tem permitido resgatar as conquistas da hermenêutica constitucional em um contexto plural de uma modernidade pós-convencional, do pleno exercício da liberdade do ser humano na escolha de sua orientação sexual, a aplicação do princípio da igualdade e, principalmente, do Humanismo presente na Constituição Federal brasileira.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

CRUZ, Álvaro Souza; DUARTE, Bernardo. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: jusPODIVM, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72/102, out./dez. de 1992.

RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.