

RESSALVA

Atendendo solicitação
do(a) autor(a), o texto completo
desta dissertação será
disponibilizado somente a partir de
29/08/2025.

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

JOÃO EDUARDO ANDRADE PEREIRA

**A EFETIVIDADE DA CIDADANIA POR MEIO DA PARTICIPAÇÃO
DO *AMICUS CURIAE* COMO UMA FERRAMENTA DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

FRANCA

2023

JOÃO EDUARDO ANDRADE PEREIRA

**A EFETIVIDADE DA CIDADANIA POR MEIO DA PARTICIPAÇÃO
DO *AMICUS CURIAE* COMO UMA FERRAMENTA DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentado à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca/SP, como pré-requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Linha de pesquisa: Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault.

FRANCA

2023

P436e

Pereira, João Eduardo Andrade

A efetividade da cidadania por meio da participação do Amicus Curiae como uma ferramenta da hermenêutica constitucional / João Eduardo Andrade Pereira. -- Franca, 2023
232 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp),
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientador: Carlos Eduardo de Abreu Boucault

1. Amicus Curiae. 2. Cidadania. 3. Controle de constitucionalidade.
4. Hermenêutica. 5. Jurisdição Constitucional. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

Impacto Potencial da Pesquisa

A pesquisa apresenta impactos científicos em potencial na medida que oferece ideias a profissionais do direito e estudiosos ao identificar erros e sucessos nas intervenções de *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF. O estudo incentiva o fortalecimento de representantes da sociedade na busca de direitos constitucionais por meio judicial.

Potential Impact of this Research

The research holds potential scientific impacts as it provides insights to legal professionals and scholars by identifying errors and successes in the interventions of *amici curiae* in the concentrated constitutional review carried out by the Supreme Federal Court (STF). The study encourages the empowerment of societal representatives in the pursuit of constitutional rights through judicial means.

JOÃO EDUARDO ANDRADE PEREIRA

**A EFETIVIDADE DA CIDADANIA POR MEIO DA PARTICIPAÇÃO
DO *AMICUS CURIAE* COMO UMA FERRAMENTA DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual “Júlio de Mesquita Filho”, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca/SP.

1º Examinador: _____

Prof. Dr. Daniel Damasio Borges, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca/SP.

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Silvio Marques Garcia, Faculdade de Direito de Franca – FDF.

Franca, 29 de agosto de 2023.

*Dedico este trabalho a minha querida Joana e
ao meu parceirinho Romeu. Estarão sempre em
meu coração.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus em primeiro lugar, por ter me dado força para a conclusão deste trabalho.

Agradeço, também, aos meus familiares e amigos pelo pronto amparo nos momentos de que precisei e pela compreensão nos momentos que me ausentei, especialmente aos meus pais, Paulo Vicente Almeida Pereira e Cristiane Andrade Almeida Pereira, e ao meu irmão, Luis Felipe Andrade Pereira, com os quais nutro o sentimento de amor mais puro e verdadeiro.

Um agradecimento especial a minha namorada, Monise Xavier de Oliveira, por ter se disponibilizado a enfrentar este desafio comigo. Viver em sua companhia me ajudou muito, ela foi paciente, me incentivou e me forneceu doses diárias de carinho para que a trilha fosse cumprida de forma mais leve. Reforçou a cumplicidade, a parceria e o amor que sempre sonhei ter de alguém que estivesse ao meu lado.

Agradeço aos meus professores e professoras que participaram desta caminhada, principalmente ao meu querido Professor e Orientador Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, que não mediu esforços para me auxiliar nas dificuldades encontradas na escrita desta dissertação. Gostaria de ressaltar, também, meu agradecimento pelas contribuições dos Professores Dr. Murilo Gaspardo e Dr. José Duarte Neto com os apontamentos tecidos durante o Exame de Qualificação, me foram de grande valia e, por isso, a minha gratidão.

Agradeço ao meu avô e Professor Gaspar Eduardo de Paiva Pereira por todo apoio na minha carreira no mundo jurídico externado em longas e proveitosas chamadas por telefone e por me inspirar a seguir na carreira como docente.

Por fim, agradeço àqueles que cruzaram meu caminho durante esta trajetória. Todos os meus chefes e chefas de estágio, meus alunos e alunas, os servidores e servidoras da Unesp Franca, meus colegas de pós-graduação, enfim, todos sempre serão felizes recordações em minhas memórias.

*É fazendo que se aprende a fazer aquilo que se
deve aprender a fazer.*

(Aristóteles)

PEREIRA, João Eduardo Andrade. **A efetividade da cidadania por meio da participação do *Amicus Curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional**. 2023. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca/SP, 2023.

RESUMO

Este trabalho procura trazer uma abordagem da atuação do instituto do *amicus curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania com o objetivo de contribuir com o aperfeiçoamento na utilização deste instituto para a concretização efetiva dos direitos que desta decorrem. Foi feito um recorte temático de atuação apenas dentro do controle concentrado de constitucionalidade e foi levantada a hipótese de que a figura agiria positivamente na busca pela concretização de direitos cidadãos. Para isso, foram trazidos aspectos teórico-conceituais sobre a própria cidadania, sobre a hermenêutica constitucional, com um enfoque na teoria da interpretação aberta da Constituição de Peter Häberle e sobre o instituto do *amicus curiae*, com informações sobre sua atuação no âmbito das ações julgadas dentro do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. Em sequência, foi feito um exercício reflexivo que procurou correlacionar os assuntos trazidos e analisá-los de forma a entender se a hipótese formulada era verdadeira ou não. Entendeu-se que a figura do *amicus curiae* pode, sim, ser tida como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania, visto que a sua conceituação, a sua natureza jurídica e a sua forma de atuação dentro do controle concentrado evidenciam que o instituto influi no exercício hermenêutico-constitucional dos intérpretes das normas que efetivaram de algum direito ao fim do julgamento. Esta influência se dá por meio de uma atuação com memoriais e sustentações orais que só são permitidas de serem apresentadas pelos que estão na qualidade de *amicus*, se estes cumprirem o requisito de representatividade e se a matéria sob discussão for relevante, como exige a legislação. Assim, a finalização do trabalho contou com um estudo ilustrativo, por meio de uma análise qualitativa, de um caso concreto que corroborou com a veracidade da hipótese levantada, vez que, no caso, houve atuação do instituto e esta influenciou positivamente no julgamento que estava sendo feito, principalmente na efetivação de um direito que estava em risco.

Palavras-chave: *amicus curiae*. cidadania. controle concentrado de constitucionalidade. ferramenta. hermenêutica constitucional.

PEREIRA, João Eduardo Andrade. **A efetividade da cidadania por meio da participação do *Amicus Curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional.** 2023. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca/SP, 2023.

ABSTRACT

This work seeks to bring an approach to the role of the *amicus curiae* institute as a tool of constitutional hermeneutics for the realization of citizenship, aiming to contribute to the improvement in the use of this institute for the effective realization of the rights arising from it. A thematic focus was made on its performance only within the concentrated control of constitutionality, and the hypothesis was raised that this figure would act positively in the pursuit of the realization of citizenship rights. To do this, theoretical-conceptual aspects of citizenship itself, constitutional hermeneutics, with a focus on Peter Häberle's theory of open interpretation of the Constitution, and the *amicus curiae* institute were presented, including information about its role in the scope of actions judged within the concentrated control of constitutionality by the Brazilian Supreme Federal Court (STF). Subsequently, a reflective exercise was conducted, seeking to correlate the topics presented and analyze them to understand if the formulated hypothesis was true or not. It was understood that the figure of the *amicus curiae* can indeed be considered a tool of constitutional hermeneutics for the realization of citizenship, given that its conceptualization, its legal nature, and its manner of acting within concentrated control demonstrate that the institute influences the hermeneutic-constitutional exercise of the norms' interpreters that effectively derive some right by the end of the judgment. This influence occurs through interventions with briefs and oral arguments, which are only allowed to be presented by those who qualify as *amicus* if they meet the representativeness requirement and if the subject under discussion is relevant, as required by legislation. Thus, the conclusion of the work included an illustrative study through qualitative analysis of a specific case that corroborated the veracity of the raised hypothesis, as, in the case, the institute's intervention positively influenced the ongoing judgment, especially in the realization of a right that was at risk.

Keywords: *amicus curiae*. citizenship. concentrated control of constitutionality. tool. constitutional hermeneutics.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SIMBOLOS

ADC(s)	Ação(ões) Declaratória(s) de Constitucionalidade
ADI(s)	Ação(ões) Direta(s) de Inconstitucionalidade
ADO(s)	Ação(ões) Direta(s) de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF(s)	Arguição(ões) de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
Art(s).	Artigo(s)
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
ed.	edição
GAI	Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
Min.	Ministro
nº(s)	número(s)
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
p.	página
PGR	Procuradoria-Geral da República
RI	Representação de Inconstitucionalidade
STF	Supremo Tribunal Federal
v.	volume
§	parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DA CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICO-CONCEITUAL SOBRE CIDADANIA.....	16
1.1. Contextualização teórico-conceitual da Cidadania.....	17
1.1.1. A cidadania na Grécia e em Roma na antiguidade	18
1.1.2. A cidadania na idade média.....	21
1.1.3. A cidadania moderna após revoluções	23
1.1.4. A cidadania no século XX e os direitos sociais.....	29
1.2. A genealogia da cidadania no Brasil	35
1.2.1. O contexto da colônia	36
1.2.2. A Estado Brasileiro.....	38
1.2.3. A República Brasileira.....	39
1.2.4. A Ditadura Militar	41
1.2.5. A redemocratização	44
1.3. A cidadania na democracia: o papel do Poder Judiciário	47
2 A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A TEORIA SOBRE A CONSTITUIÇÃO ABERTA DE INTÉRPRETES DE PETER HÄBERLE	53
2.1 A evolução da hermenêutica	54
2.1.1. A Hermenêutica Filosófica.....	56
2.1.2. A Hermenêutica Jurídica	59
2.1.3. A Hermenêutica Constitucional.....	61
2.2 A Hermenêutica Constitucional no Poder Judiciário.....	72
2.3 A constituição aberta de intérpretes de Peter Häberle	77
3 O AMICUS CURIAE	83
3.1 O início do <i>amicus curiae</i>.....	84
3.2 A aparição do <i>Amicus Curiae</i> no ordenamento jurídico brasileiro.....	90
3.3 O <i>Amicus Curiae</i> dentro do controle concentrado de constitucionalidade.....	96
3.4 O <i>Amicus Curiae</i> como uma ferramenta da Hermenêutica Constitucional na efetivação da cidadania	103
3.4.1 Conceito e natureza jurídica	104
3.4.2 <i>Amicus</i> , Häberle e hermenêutica constitucional	106
3.4.3 Uma ferramenta na efetivação da cidadania.....	109
4 ANÁLISE QUALITATIVA DA ATUAÇÃO DOS AMICI CURIAE NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	113
4.1 Apresentação do caso – Julgamento da ADI nº4.227-DF e ADPF nº132.....	114

4.1.1	Aspectos materiais do julgamento	114
4.1.2	Os aspectos procedimentais do julgamento	117
4.2	A relação dos argumentos apresentados pelos <i>amici curiae</i> com a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania.....	120
	CONCLUSÃO	129
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	136
	ANEXOS	147
	ANEXO A – EMENTA JULGAMENTO ADI Nº 4.277-DF	148
	ANEXO B – VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA ADI Nº 4.277-DF	154
	ANEXO C – MEMORIAIS DO GRUPO ARCO-IRIS NA QUALIDADE DE <i>AMICUS CURIAE</i> NA ADPF Nº 132-RJ	205

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem o intuito de analisar o instituto do *amicus curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional na efetivação da cidadania, com o objetivo de contribuir com o aperfeiçoamento na utilização deste instituto para a concretização efetiva dos direitos decorrentes da cidadania.

A concepção de cidadania que se tem atualmente passou por inúmeras e graduais evoluções durante a história, fazendo-se necessário um estudo teórico-conceitual contextualizado neste tema até que se chegue na constituição da sociedade democrática brasileira atual e que possibilitou o exercício de uma democracia mais participativa e plural. Ainda assim, em que pese se ter uma noção conceitual acerca do significado de cidadania, o desafio que se coloca ao longo dos últimos anos é de que sejam efetivados os direitos desta decorrentes.

Como formas de se buscar a efetivação da cidadania dentro das sociedades democráticas, a proteção e a disciplina das constituições acerca dos direitos fundamentais decorrentes do exercício da cidadania são as que têm o papel mais fundamental. São as constituições que, como norma maior de uma sociedade, vinculam os poderes e instituições e criam mecanismos de efetivação da cidadania.

O Poder Judiciário, como um dos poderes existentes no ordenamento jurídico brasileiro e detentor da função de defender os direitos de cada cidadão, deve promover a justiça na resolução de conflitos que surgem das relações sociais. Entretanto, a complexidade da vida em sociedade faz com que surjam problemas de difícil solução, de tal modo que, na mesma medida, necessitam de formas de resolução inteligentes, efetivas e que, principalmente, garantam a cidadania estabelecida e tutelada pela Constituição.

Nesse cenário, com grandes contribuições de Peter Häberle sobre a interpretação aberta da constituição, o *amicus curiae* surge como uma potencial ferramenta da hermenêutica constitucional para auxiliar na apreciação pelo judiciário de ações que envolvam temas de que possui estrita relação. Ele é um instituto *sui generis* dentro de um processo judicial, que ingressa na lide com o intuito de trazer argumentos relevantes, já que possui aproximação com o tema que está sendo discutido.

Assim, a atuação deste ator pode vir a influenciar decisões judiciais e, conseqüentemente, pode ajudar na efetivação da cidadania após, justamente, uma intervenção no modo como o julgador interpreta a legislação e o caso concreto, visto que é possibilitado a

este um ponto de vista de um *amicus* que tem aproximação e, conseqüentemente, propriedade sobre o tema sob discussão.

Portanto, o foco da pesquisa está em evidenciar como ocorre esta influência gerada pela atuação dos “amigos da corte” no poder decisório, quais as principais características dos argumentos trazidos pelos *amici curiae* e se estas modificações hermenêuticas constituem um avanço ou um retrocesso na busca por uma maior efetivação da cidadania.

Quanto à metodologia, adotou-se o processo hipotético-dedutivo, em que a hipótese levantada consiste na ideia de que o instituto *amicus curiae* se coloca como uma ferramenta da hermenêutica constitucional e atua na efetivação da cidadania. Deste modo, a pesquisa perpassou por um estudo doutrinário acerca da conceituação de cidadania, com posterior visão acerca do cenário que possibilitou o surgimento e a incorporação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a promulgação da Constituição de 1988.

Também, como uma forma de trazer noções conceituais que contribuíram com o desenvolvimento da pesquisa, foram oferecidos subsídios teóricos acerca da hermenêutica constitucional, que contaram com explicações sobre os métodos e princípios que integram a matéria, todos sendo apresentados dentro de seus respectivos marcos teóricos e com alusão aos principais pensadores que desenvolveram suas pesquisas neste campo do conhecimento, e, mais especificamente, dentro da teoria apresentada por Peter Häberle sobre a interpretação aberta da Constituição, que se configura como a principal ideia que possibilita a atuação do *amicus curiae*.

Em seguida, houve a apresentação mais detalhada do próprio instituto *amicus curiae*, que contou com pesquisas legislativas e doutrinárias, principalmente acerca do seu surgimento, das suas principais características e sua atuação dentro ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente dentro do controle concentrado de constitucionalidade. Assim, houve um exercício reflexivo sobre a hipótese levantada e se ela se sustenta diante do arcabouço conceitual apresentado.

Posteriormente, houve um estudo ilustrativo, com uma análise qualitativa de uma atuação relevante do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, com posterior elaboração de mais algumas considerações sobre a atuação desse personagem na busca pela efetivação dos direitos decorrentes do exercício da cidadania.

Assim, o primeiro capítulo ocupou-se em estudar as concepções da cidadania, o desenvolvimento e evolução do conceito com o passar dos anos e a relação entre a cidadania e democracia, com ênfase no papel do Poder Judiciário. Na parte em que se estudou a cidadania,

o enfoque será dado na contextualização teórico-conceitual, que perpassou brevemente pelos marcos históricos da antiguidade, da idade média, das revoluções e do Estado Moderno, com um subtópico dedicado à genealogia da cidadania no Brasil, com considerações sobre o período colonial, o Estado brasileiro, a República, o Regime Militar e a Redemocratização.

Em análise complementar, colocou-se luz acerca do estudo sobre a cidadania estabelecida pela Constituição de 1988, norma maior da República Federativa do Brasil e que disciplina os arranjos em todas as esferas do poder em busca da efetivação dos direitos decorrentes da cidadania. Pretendeu-se, principalmente, analisar a referida norma no que tange à tutela destes direitos pelo Poder Judiciário.

O Capítulo II apresentou a evolução do conceito de hermenêutica constitucional, ou seja, de início, será feita uma breve comparação entre a hermenêutica filosófica, jurídica e constitucional, com complementações acerca de marcos teóricos importantes, como o desenvolvimento do positivismo e pós-positivismo, sendo aludidos e evidenciados os teóricos mais relevantes para o estudo que a presente pesquisa pretende fazer. Houve, também, a apresentação e explicação dos métodos e princípios que abrangem a disciplina e que, através das conceituações axiológicas, serviu como um arcabouço teórico-conceitual que também auxiliou o desenvolvimento da pesquisa.

Já o estudo sobre a interpretação aberta da constituição ocorreu especificamente seguindo a teoria defendida por Peter Häberle, autor que também figurou como marco teórico da pesquisa, tendo em vista que contribuiu com reflexões que traçaram as bases para a colocação do instituto do *amicus curie* em lugar de destaque no agir hermenêutico-constitucional. Tais bases se fazem importantes para um melhor entendimento do papel a ser desempenhado pelo *amicus curiae*, principalmente no que diz respeito à intervenção deste em processos ocorridos no controle concentrado de constitucionalidade.

No terceiro capítulo, foi estudado detalhadamente o instituto do *amicus curiae*, com uma breve passagem pela origem do instituto, mas com enfoque na posição deste instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com mais realce na sua atuação dentro do controle concentrado de constitucionalidade, e, principalmente, nas características que o fizeram ser uma potencial ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação dos direitos decorrentes do exercício da cidadania.

Assim, colocado todo este arcabouço teórico-conceitual, no quarto capítulo, foi possível analisar qualitativamente uma atuação exemplar do *amicus curiae*, que ilustrou de que maneira ocorre esta dinâmica de interferência dos argumentos levantados por algum instituto nesta qualidade nas decisões do Poder Judiciário em processos envolvendo direitos decorrentes da

cidadania dentro controle concentrado de constitucionalidade, vistos da perspectiva da hermenêutica constitucional. Retomando-se o que motivou a presente pesquisa, haverá uma análise final sobre a relação dos argumentos apresentados por aqueles que estavam na condição de *amicus curiae* com a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer subsídios teóricos que coadunassem, dentro da proposta metodológica escolhida, com a hipótese estabelecida que procurava analisar a atuação da figura do *amicus curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania, para que, assim, se pudesse deduzir se a figura se encaixa, ou não, como uma ferramenta e se sua atuação é influente na efetivação da cidadania. De plano, a hipótese pode ser tida intuitivamente como verdadeira por aqueles que possuem certo entendimento dos conceitos de cidadania, hermenêutica constitucional, *amicus curiae* e ferramenta, entretanto, o objetivo do trabalho foi fornecer elementos que auxiliassem os que desconhecem os mencionados conceitos a entender de que maneira o instituto é utilizado nesta função. Para os que já conhecem tais conceitos, o objetivo era propiciar um trabalho que servisse de base para que pudessem aprofundar o seu conhecimento e aperfeiçoar a utilização da figura do *amicus* para que, com isso, fosse possível majorar a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania nos casos que houvesse a possibilidade de intervenção.

Assim, a pesquisa se desenvolveu em etapas, as primeiras de apresentação e contextualizações teórico-conceituais, como a abordagem sobre cidadania, sobre a hermenêutica constitucional e sobre o próprio instituto do *amicus curiae*; as últimas foram de concentração reflexiva, que procuraram estabelecer a relação entre a atuação do *amicus curiae*, dentro do exercício hermenêutico-constitucional, e a efetividade da cidadania.

Sobre a cidadania, foi apresentado que a sua concepção, ao longo da história, passou por inúmeras evoluções até culminar na noção que se tem hoje. A sua primeira concepção significativa surgiu em um ambiente escravocrata e estratificado, dentro da sociedade greco-romana, como uma característica meramente de reconhecimento de poder atrelado à posse de terras, à nacionalidade e à hereditariedade, situação que não sofreu alterações significantes até a Idade Média. Em seguida, após período renascentista, a ideia da cidadania começou a contemplar as concepções de direitos civis de políticos, que foram resultados do fim do período absolutista e das Revoluções burguesas. Entretanto, foi no início do século XX, principalmente quando os direitos sociais começaram a ganhar mais força, estes passaram a compor a ideia de cidadania um pouco mais próxima da que se tem atualmente e a busca pela sua efetivação passou a ser mais intensa.

No Brasil, a ordem de aparição dos conceitos que hoje compõem a ideia de cidadania foi um pouco diferente, visto que, inicialmente, prevaleceu uma busca predominante por

direitos sociais, seguida pelos direitos civis e, posteriormente, pelos direitos políticos. Além disso, o cenário político brasileiro passou por significativas transformações que tiveram um impacto direto na evolução do conceito de cidadania no país, incluindo momentos de abertura e fechamento de regimes políticos, com alternância entre regimes mais liberais, democráticos e outros mais autoritários, como a ditadura, por exemplo.

Cumprе ressaltar que o maior salto que se teve na concepção de cidadania no Brasil foi com a promulgação da Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988, que positivou direitos nas leis constitucionais e estabeleceu formas para que estes fossem efetivados. Foi nesta perspectiva que se cunhou o apelido “Constituição Cidadã” e, foi através dela, então, que se pode estabelecer que a cidadania contempla os direitos de todas as gerações, mas, principalmente, decorre de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, que faz com que haja uma prevalência e uma busca pela efetivação da cidadania que, agora, é, também, composta pelos direitos fundamentais e todos os outros direitos que destes decorrem.

Entretanto, embora a Constituição tenha apresentado disposições que inspirassem esperança na sociedade para alcançar a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania, a sociedade brasileira sempre encontrou muitos entraves para que fossem realmente efetivados, principalmente pela forte influência das relações de poder estabelecidas e incrustadas desde o período colonial. Deste modo, a efetivação da cidadania só pode ser realmente alcançada, conforme evidenciado no trabalho durante a análise da evolução da cidadania, por meio de lutas, formulação e implementação de políticas públicas, ações do Estado e, sobretudo, por uma atuação decisiva do Poder Judiciário.

Com isso, foi colocado o arcabouço teórico-conceitual sobre cidadania e direcionado o estudo para a parte que se tenta efetivá-la através da atuação do Poder Judiciário, visto que é permitida e incentivada pela Constituição. Ressalta-se que, em respeito ao recorte temático proposto, esta atuação do Poder Judiciário na tarefa de efetivação da cidadania só foi estudada dentro do controle concentrado de constitucionalidade, apenas aquele exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, há, também, a participação deste Poder Judiciário em suas esferas de atuação e por meio do controle incidental de constitucionalidade na busca pela defesa da Constituição e, conseqüentemente, pela efetividade da cidadania.

Para que houvesse a continuidade do raciocínio estabelecido metodologicamente, passou-se a estudar a evolução da hermenêutica constitucional e da teoria da “Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle. Uma vez que o principal propósito deste estudo é analisar o *amicus curiae* como uma ferramenta para promover a efetivação da cidadania, especialmente quando aplicado ao controle de constitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal, foi adequado e imprescindível traçar uma revisão do pensamento filosófico-jurídico acerca da interpretação e hermenêutica constitucional, abrangendo desde o início da modernidade até as abordagens contemporâneas mais recentes. Ressalta-se que, embora essa análise seja amplamente restrita por limitações inerentes à tarefa, buscou-se fornecer uma compreensão abrangente de aspectos fundamentais sobre a evolução da hermenêutica, que foi desde a hermenêutica filosófica até a constitucional, assim como a compreensão da hermenêutica constitucional dentro do Poder Judiciário.

Com o estudo feito sobre a evolução da hermenêutica constitucional, observou-se que as principais alterações de entendimento sobre a interpretação de determinadas normas advinham do surgimento de novos métodos e princípios que compõem ou alteram as formas de interpretação que fazem parte da própria hermenêutica. Assim, ter o Peter Häberle como marco teórico da pesquisa foi de fundamental importância para que fosse possibilitada a atuação do *amicus curiae* dentro do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que, do que se extrai da teoria trazida pelo referido autor, a Constituição vai além de um conjunto de normas jurídicas, ela também representa a identidade e os valores de uma nação. Assim, a hermenêutica constitucional não deve se limitar a uma análise estritamente jurídica e deve considerar o contexto cultural, histórico e político em que está inserida. Ainda, de acordo com o autor, a Constituição é um sistema aberto de normas e princípios que devem ser interpretados em constante diálogo com a sociedade e seus intérpretes, que não deve ficar restrita aos tribunais, mas deve envolver diversos atores, incluindo cidadãos, legisladores e a academia.

Neste sentido, a abordagem da teoria de Peter Häberle, no trabalho, ressaltou a relevância do diálogo, da participação dos cidadãos, da adaptação às mudanças sociais, da dimensão simbólica, da fundamentação transparente e na interpretação da Constituição, visto que são elementos enriquecem a hermenêutica constitucional e visam garantir uma interpretação mais pluralista, legítima e eficaz das normas constitucionais e que, como resultado, tem um impacto direto na concretização dos direitos derivados da cidadania. É justamente nesta perspectiva de que uma participação mais plural em decisões que decorrem de uma interpretação da constituição é que pode ser inserida a atuação do instituto do *amicus curiae* como potencial ferramenta na efetivação e defesa de direitos.

Assim, para que esta atuação fosse melhor compreendida, fez-se necessária uma apresentação mais completa sobre o próprio instituto do *amicus curiae*, que procurou trazer aspectos que contribuíssem para um estudo mais epistemológico, como o seu surgimento e sua aparição dentro do ordenamento jurídico brasileiro, assim como aspectos mais procedimentais, como sua atuação dentro do controle concentrado de constitucionalidade e a possibilidade de

atuação como uma ferramenta, dentro da hermenêutica constitucional, para a efetivação da cidadania.

Dentro da análise sobre os mencionados aspectos, observou-se que o *amicus curiae* tem origem controversa, mas é considerado uma evolução do *consiliarus* no direito romano ou do direito medieval inglês, e que sua espontaneidade na intervenção é uma característica chave no *Common Law*, onde atua na defesa de interesses próprios ou de uma das partes em um processo. Nos EUA, o instituto ganhou destaque em demandas sociais relevantes e na proteção de interesses públicos. Atualmente, o *amicus curiae* está presente em diversos ordenamentos jurídicos, tanto de *Common Law* quanto de *Civil Law*, assim como em Cortes Internacionais e ordenamentos supranacionais, regulamentado por acordos e tratados internacionais. Entretanto, ainda em respeito ao recorte temático, houve uma concentração na atuação do *amicus* como um agente influenciador nas decisões judiciais, especialmente no contexto do constitucionalismo norte-americano, visto que foi nesse sistema que se consolidaram os aspectos mais importantes do instituto e que, posteriormente, influenciaram suas primeiras aparições no ordenamento jurídico brasileiro.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, foi possível observar que seu surgimento se deu de um modo indireto, com uma primeira aparição, que sequer havia menção literal à expressão “*amicus curiae*”, na redação dada pela Lei 6.616 de 1978 ao artigo 31 da Lei nº 6.385 de 1976, que possibilitou a atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em julgamentos que fossem de sua alçada tecer apontamentos técnicos sobre alguma questão envolvendo suas atribuições fiscalizadoras. Como restou evidenciado no trabalho, as legislações que possuíam hipóteses de intervenção como “amigos da corte” tinham o objetivo de auxiliar os julgadores em casos nos quais esses intervenientes possuíssem propriedade para fornecer apontamentos, garantindo que a decisão proferida em determinado assunto esteja respaldada por argumentos técnicos confiáveis.

Redirecionando o tema ao controle concentrado de constitucionalidade, a atuação do instituto contou com uma primeira aparição literal no segundo parágrafo do artigo 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que estabelece as regras mais específicas para o trâmite e julgamento da ADI e ADC no Supremo Tribunal Federal. Daí, então, iniciou-se a possibilidade de uma atuação mais significativa dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade.

O controle concentrado de constitucionalidade é uma função primordialmente exercida pelo STF, que consiste em avaliar se as leis e atos normativos estão em conformidade com a Constituição. Nesse contexto, o *amicus curiae* desempenha um papel essencial ao permitir a

participação de entidades, associações civis e órgãos com respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade, possibilitando a apresentação de diferentes perspectivas, conhecimentos técnicos e informações relevantes para enriquecer o debate perante os julgadores. Ao admitir a manifestação do *amicus curiae*, há uma ampliação da diversidade de vozes e pontos de vista, garantindo uma maior pluralidade de argumentos e contribuindo para uma decisão mais abrangente e fundamentada, visto que democratiza o acesso à justiça e fortalece a legitimidade das decisões proferidas pelo STF.

Além disso, o *amicus curiae* fornece subsídios técnicos, informações especializadas e elementos relevantes sobre as implicações político-jurídicas e econômicas de uma determinada decisão. Esse aporte contribui para uma análise mais completa e aprofundada das questões constitucionais em debate e possibilita aos julgadores uma melhor compreensão do impacto de suas decisões na sociedade como um todo. Em suma, o *amicus curiae* vem atuando dentro do controle concentrado de constitucionalidade como um interveniente crucial na garantia de uma justiça mais inclusiva e informada.

Concluídas as apresentações dos conceitos necessários para que o objetivo do presente trabalho fosse alcançado, iniciou-se uma concentração reflexiva que procurou estabelecer as relações entre o que foi apresentado como conceito de cidadania, hermenêutica constitucional e *amicus curiae* e a possibilidade de efetivação da própria cidadania, através de uma atuação do instituto do *amicus curiae* como uma ferramenta de hermenêutica constitucional.

Primeiro, faz-se necessário entender que a cidadania aqui pode ser compreendida como um gênero que tem como suas espécies os direitos fundamentais lastreados no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, se o que está sendo efetivado é um direito fundamental, por consequência, efetivar-se-á, também, a cidadania. Segundo, que a hermenêutica constitucional é o principal meio pelo qual os intérpretes, que no trabalho são mais bem representados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, podem exercer a vontade estabelecida na Constituição de efetivação da cidadania. Terceiro, que o *amicus curie*, insere-se neste cenário como aquele interveniente que pode influenciar no exercício hermenêutico dos referidos intérpretes, tendo potencial chance de atuar em prol da efetivação dos direitos decorrentes da cidadania, principalmente por possuir representatividade acerca do direito que está sob algum julgamento pelo STF.

Assim, prosseguiu-se com a análise reflexiva que pode comprovar a hipótese estabelecida em diversos aspectos apresentados no trabalho.

Dentro do contexto de conceituação do instituto, observou-se que o *amicus curiae* é um interveniente no processo judicial que fornece apoio técnico e amplia o acesso à justiça,

permitindo que afetados pela decisão judicial apresentem seus argumentos. Assim, desempenha um papel crucial na pluralização do debate constitucional, compartilhando conhecimentos técnicos e esclarecendo as impressões de cidadãos e grupos sociais envolvidos, contribuindo para uma decisão judicial mais fundamentada e inclusiva. Ou seja, apenas com base na conceituação estabelecida, já foi possível afirmar que o instituto pode, sim, ser utilizado como uma ferramenta da hermenêutica constitucional.

Na análise sobre sua natureza jurídica, foi visto que o instituto possui mais de uma e que para o fim que o presente trabalho se comprometeu, a que se ressalta é a natureza jurídica de *custus legis*, visto que o instituto, ainda que atue na defesa dos interesses de alguma parte envolvida no processo, sempre se utiliza de amparo os direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Essa análise da natureza jurídica do instituto reforça sua função como uma ferramenta para promover a cidadania, principalmente, quando, em uma ação no controle concentrado de constitucionalidade, é necessária sua atuação para defender um direito constitucional, o que pode auxiliar os julgadores.

Para que o exercício reflexivo tivesse seu desfecho, houve, também, a análise do termo “ferramenta”, que, em respeito ao recorte temático e à metodologia utilizada no presente trabalho, extraiu-se como principal sentido, e que serve ao presente estudo, aquilo que pode ser algo não material a ser utilizado para melhorar o entendimento e o modo de percepção de alguma tarefa ou de melhorar a capacidade de exercer alguma função. Deste modo, em situações em que um julgamento envolva um direito decorrente da cidadania, é possível que o sistema jurisdicional constitucional enfrente deficiências ou limitações durante o processo e para resolver esses problemas. Uma das soluções viáveis é permitir a intervenção do *amicus curiae*, visto que esta pode realmente interferir para realizar um julgamento mais justo e, por consequência, ajudar a proteger um direito relacionado à cidadania que estava em risco. Isso reforça, novamente, que o instituto tem potencial para atuar efetivamente como uma ferramenta na concretização de direitos.

Conclui-se, dos diversos pontos analisados pelo trabalho, que o instituto do *amicus curiae* pode, sim, ser utilizado como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania. A conclusão advém de diversas análises contidas no corpo de trabalho que envolvem, principalmente, a própria Constituição Federal de 1988 com estipulações em defesa da cidadania, a incumbência destinada ao Poder Judiciário para a defesa e efetivação destas estipulações, a própria conceituação de *amicus curiae*, a sua natureza jurídica, a sua atuação dentro do controle concentrado de constitucionalidade, fortemenete influenciada pela

teoria estabelecida por Peter Häberle, e, por fim, a melhor ideia, que se encaixa ao presente estudo, do que pode ser entendido por ferramenta.

Assim, como resultado da proposta metodológica estabelecida, confirma-se que a hipótese oferecida foi dedutivamente confirmada. Entretanto, para que o trabalho não contasse com uma confirmação advinda apenas reflexões teóricas sobre o assunto, houve uma outra comprovação da hipótese através do estudo qualitativo de um caso concreto, como forma de ilustrar tudo o que foi demonstrado teoricamente no corpo do trabalho.

Deste estudo feito a partir do julgamento da ADI nº 4.277-DF e da ADPF nº 132-RJ, em que houve o entendimento de que a união entre homossexuais pode ser reconhecido como entidade familiar, observou-se clara influência da atuação de personagens na qualidade de *amicus curiae* como ferramenta da hermenêutica constitucional na efetivação da cidadania.

Ao ser traçado um paralelo entre o caso e a teoria apresentada no presente trabalho, há a demonstração inequívoca de mais uma forma de comprovação da hipótese. A ideia de efetividade da cidadania, no caso, pode ser representada pela busca da efetivação do direito à identidade pelos homossexuais. A atuação do *amicus curiae* pode ser representada pela atuação de diversas entidades que representavam, em maioria, a comunidade que abarca os homossexuais, com atenção especial à atuação do Grupo Arco-Íris (GAI). Atuando verdadeiramente como uma ferramenta da hermenêutica constitucional, o GAI influenciou diretamente a votação dos Ministros do STF que, por unanimidade, efetivaram o direito à identidade que estava sendo ameaçado e reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar.

Conclui-se, portanto, que a hipótese levantada pode ser comprovada não só na teoria, mas, também, na prática. Entretanto, para que o estudo possa ser aprofundado, seria interessante analisar se esta atuação como ferramenta está ou não sendo utilizada da melhor forma, podendo este ser realizado através de um estudo empírico das diversas atuações já existentes e que extrapolam o controle concentrado de constitucionalidade.

De todo modo, espera-se que a presente pesquisa contribua para uma melhor compreensão do papel do *amicus curiae* na hermenêutica constitucional e que seus resultados sirvam para aprimorar a utilização desse instituto em benefício da efetivação dos direitos dos cidadãos na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA DE CIÊNCIAS DE LISBOA **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea**. Lisboa: Verbo. 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALLEGRETTI, Giovanni (9 min). **Democracia Participativa, por Giovanni Allegretti**. Publicado pelo canal TV DA DEMOCRACIA, 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sIMAPgFVcCg>> Acesso em: 18 jun. 2022.

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática Latina**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Giovanni. **Trabalho, corpo e subjetividade: Toyotismo e formas de precariedade no capitalismo global**. Trabalho, Educação e Saúde, v. 3, n. Trab. Educ. saúde, 2005 3(2). Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tes/a/GsSvG7FXBNNzcZkrg9V9cvB/?lang=pt&format=pdf>> Acesso em: 12 jan. 2022.

AMARAL, Thiago Bottino. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ. Apresentação dos memoriais, 2008**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18456/2008_dez_memorial_d_e_amicus_gai_adpf_132_uniao_homoafetiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 mar. 2023.

AMARAL, Thiago Bottino. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ. Requerimento de ingresso como amicus curiae, 2008**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

AMARAL, Thiago Bottino (7:15 min). **Thiago Bottino apresenta no STF Memorial feito por alunos da FGV DIREITO RIO pela união homoafetiva**. Publicado pelo canal FGV, 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_mj0Yj-8pfw> Acesso em: 25 jun. 2023.

ANGELL, Ernest. **The amicus curiae: American development of English institutions**. The International and Comparative Law Quarterly, v. 16, London: The British Institute of International and Comparative Law, 1967.

ARAÚJO, Cícero (49 min). **Na Íntegra – Cícero Araújo – “A cidadania no Brasil: o longo caminho” de José Murilo de Carvalho**. Publicado pelo canal UNIVESP, 2009. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CmCNz53F_Ig&t=1642s>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARRUDA, José Jobson. **O sistema feudal. História Integrada: da Idade Média ao nascimento do mundo moderno**. V. 2, São Paulo: Ática, 1996.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*. St. Paul: Minn. West Publishing, 1968.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

BORNHEIM, Gerd. **Ética – o drama burguês (1min30s)**. TV Cultura, São Paulo: 1993. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5AQNuMgvnt0>> Acesso em 05 jul. 2022.

BOTELHO, Marcos César **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 15 de jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 150, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1993/emendaconstitucional-3-17-marco-1993-354966-normaatuizada-pl.pdf>>. Acesso em: 07 de set. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973**. Institui o Código de Processo Civil (revogada). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 1 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 6.385, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 6.616, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1978**. Acrescenta artigos a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm#art1>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 02 dez. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 5 ago. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.** 3. Ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Da legitimidade do IASP como *amicus curiae*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – 140 anos, v. 34, jul.-dez. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial.** Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 234, p. 111–142, 2003. DOI:

10.12660/rda. V234.2003.45149. Disponível em:
<<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45149>.> Acesso em: 24 jan. 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COELHO, I. M. **As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro**. Direito Público, [S. l.], v. 1, n. 6, 2010. Disponível em:
<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1362>.> Acesso em: 18 jun. 2022.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos de interpretação constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. De tomo). 1. Ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:
<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>> Acesso em: 14 set. 2022.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 227, p. 163-186, out./dez. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10 ed. São Paulo: Savaiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 1993, n. 28-29], pp. 85-106. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>> Acesso em: 17 jun. 2022

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais da hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes Matos. São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Democracia e Socialismo**. São Paulo: Cortez, 1992.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Cidadania e Modernidade**. São Paulo: Revista Perspectivas, nº 22, 1999.

CRISCUOLI, Giovanni. **Amicus Curiae**. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, ano XXVII, n. 1, 1973.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado: introduccion al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. 1ª ed. 2007. 2ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2022.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira**. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <10.11606/T.2.2009.tde-06102010-154809>. Acesso em: 20 set. 2020

Equipe editorial de Conceito.de. (28 de Março de 2013). Atualizado em 12 de Fevereiro de 2021. Ferramenta – O que é, conceito e definição. Conceito.de. Disponível em: <<https://conceito.de/ferramenta>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FARIA, Ernesto (org.). **Dicionário escolar latino-português**. 3ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Departamento Nacional da Educação – Campanha Nacional de Material de ensino, 1962.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8 ed. Elaine Nassif. 1 ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4 ed. Madri: Editorial Trotta S.A., 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**, 2003.

GASPARDO, Murilo. **O parlamento e o controle do poder político**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Doi:10.11606/D.2.2009.tde-20052011-163259. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20052011-163259/publico/Murilo_Gaspardo_Dissertacao.pdf> Acesso em: 25 jul. 2022.

GÓMEZ, José María. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis: Vozes, 2000.

GORENDER, J. **Globalização, tecnologia e relações de trabalho**. Estudos Avançados, [S. l.], v. 11, n. 29, p. 311-361, 1997. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8986>> Acesso em: 23 jul. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÄRBELE, Peter. **El Estado Constitucional**. Traducción: Héctor Fix-Fierro. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Versión Española de Teresa Alberó. 1 ed. Alianza Editorial: Alianza Univ., 1990.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 16ª. Edição. Rio de Janeiro, 1980.

KRISLOV, Samuel. **The amicus curiae brief: from friendship to advocacy**. The Yale Law Journal. New Heaven: Yale University press, v. 72, n. 4, 1963.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. Ed. Lisboa 1 Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2012.

LEBRUM, Gerard. **O que é poder**. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

LEME, Ernesto. **Direito Civil comparado**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 55, 1960.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Introdução de J.W. Gough; Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATTOSO, Katia M. de Quirós. **Ser escravo no Brasil**. Tradução de Sônia Fuhman. Petrópolis: Vozes LTDA, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte? Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal**. 2022. 214 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional). – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília-DF, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Influência De Peter Häberle No Constitucionalismo Brasileiro. Rei – Revista Estudos Institucionais**. [S.l.], v. 2, n. 1, p. 30-56, jul. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em:
<<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/48>> Acesso em: 21 ago. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltstfinternacional/portaltstfagenda_pt_br/anexo/homenagem_a_peter_haberle__pronunciamento__3_1.pdf> Acesso em 15 ago. 2022.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luiza R. Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

PATRUS, R. D. **O amicus curiae como instrumento de democratização da jurisdição constitucional brasileira**. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], n. 2, 2013. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/861/611>> Acesso em: 23 jan. 2023.

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus Curiae – Intervenção de Terceiros. Revista de Processo nº 109. São. Paulo, 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16821/amicus_curiae_intervencao_pereira_SEN_ADO_FEDERAL_ABERTO.pdf> Acesso em 14 mar. 2023.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2005.

Ramos, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil : perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZABONI, Olívia Ferreira. Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <doi:10.11606/D.2.2009.tde-28062010-090023>. Acesso em: 23 jan. 2023.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RI JÚNIOR, Arno Dal. **História do direito internacional; Comércio e moeda; Cidadania e nacionalidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

RIO DE JANEIRO. DECRETO-LEI Nº 220 DE 18 DE JULHO DE 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/83b1e11a446ce7f7032569ba0082511c/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>> Acesso em: 15 fev. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, s/d.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. ver., atual. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **A Hermenêutica constitucional: Instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica**. In Revista dos Tribunais. Ano 86 V. 741, julho, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. Ed., ver.e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVESTRI, Elisabetta. **L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile n. 3. Milano: Giuffrè, set. 1997.

SINGER, Paul. **A cidadania para todos**. In: História da cidadania. (orgs). Jayme Pinsky & Carla B. Pinsky. São Paulo: Contexto, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 165-166.

SULLA, João Antônio Barbieri. **Amicus curiae: análise e perspectivas no processo civil brasileiro**.; orientador José Carlos Baptista Puoli – São Paulo, 2017. 380 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1-DF**. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 27 dez. 1993. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>> Acesso em: 26 fev. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 4 mai. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>> Acesso em: 26 set. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.130-DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Despacho: 20 dez. 2000. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho77782/false>> Acesso em: 26 set. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 05 maio 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>> Acesso em: 29 mar. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança nº 21729-4-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 05 out. 1995. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>> Acesso em: 19 jan. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 219.780-PE**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 19 de dez. 2000. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248682>> Acesso em: 19 jan. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 418.416-8-SC**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 16 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395790>> Acesso em: 19 jan. 2023.

TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia para o ensino médio**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALE, André Rufino do.; MENDES, Gilmar Ferreira. **O Pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Direito Público**, [S. l.], v. 6, n. 28, 2010. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1615>> Acesso em: 4 jul. 2022.

WALZER, Michael. **Guerra, política y moral**. Barcelona: Paidós, 2001.

ZAMBON, Rodrigo Eduardo. **Direitos Humanos e Cidadania**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2015.

ZERON, Carlos. **A cidadania em Florença e Salamanca**. In: História da cidadania. (orgs). Jayme Pinsky & Carla B. Pinsky. São Paulo: Contexto, 2005.

ANEXOS

ANEXO A – EMENTA JULGAMENTO ADI Nº 4.277-DF⁵⁶

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 4 mai. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 26 set. 2022.

*Supremo Tribunal Federal*Argo
f

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(s)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS
ADV.(A/S)	: REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR
INTDO.(A/S)	: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	: JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S)

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO

Supremo Tribunal Federal

ADU
R

ADI 4.277 / DF

DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESIA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos

*Supremo Tribunal Federal*K442
h

ADI 4.277 / DF

ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

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 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

3

ADI 4.277 / DF

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”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

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

*Supremo Tribunal Federal*1444
f**ADI 4.277 / DF**

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam 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, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPE, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

ANEXO B – VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA ADI Nº 4.277-DF⁵⁷

⁵⁷ MELLO, Celso de. *In* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 4 mai. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 26 set. 2022.

Supremo Tribunal Federal

1382
1

05/05/2011

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero destacar, antes de mais nada, Senhor Presidente, o magnífico voto proferido pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator da presente causa, bem assim registrar a excelência dos pronunciamentos dos eminentes Juizes desta Suprema Corte que me precederam neste julgamento, além de ressaltar as valiosíssimas sustentações orais aqui produzidas, seja pelas partes, seja pelos terceiros que intervieram como "amici curiae".

Também não posso deixar de aludir à primorosa peça processual, da lavra da eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, que, agindo na condição de Procuradora-Geral da República, em exercício, propiciou o exame, por parte deste Tribunal, de uma relevantíssima questão de índole Constitucional.

I. A intervenção do "amicus curiae": fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal

Com a efetiva atuação das partes e, ainda, com a intervenção de diversas entidades e instituições representativas da sociedade civil, pluralizou-se o debate constitucional em torno da

ADI 4.277 / DF

matéria ora em julgamento (ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e permitiu-se que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, "A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira", 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Tribunal e Jurisdição Constitucional", p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, "Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais", p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, "Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?", 2010, Saraiva, v.g.), quando no exercício de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

Este Supremo Tribunal, no desempenho da jurisdição constitucional, qualifica-se - tal como salienta o eminente Ministro GILMAR MENDES ("Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade", p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) - como "mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional", em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, "As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional

Supremo Tribunal Federal

1384

r

ADI 4.277 / DF

no Direito Brasileiro". "in" RDA 211/125-134, 133), conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, tudo para que não se instaure, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável deficit de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal profere no exercício, em abstrato, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.

É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.

Feitas tais considerações, passo a examinar, Senhor Presidente, a relevantíssima questão constitucional ora em julgamento, pedindo licença, no entanto, para breve digressão histórica em torno do tema subjacente à presente causa.

Supremo Tribunal Federal

1385

f

ADI 4.277 / DF

II. A repressão ao "pecado nefando": do "Liber Terribilis" das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar

Se revisitarmos a legislação reinal que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, e analisarmos as punições cominadas no Livro V das Ordenações do Reino, conhecido como "Liber Terribilis", tal o modo compulsivo com que esse estatuto régio prodigalizava a pena de morte, iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa) com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais.

É interessante observar que as Ordenações do Reino as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) -, marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, também qualificada como "pecado nefando" (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como "coisa indigna de se exprimir com palavras: coisa da qual não se pode falar sem vergonha", cominaram sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do "supplicium extremum" aos autores dessas práticas sexuais tidas por "desviantes", como revela VERONICA DE JESUS GOMES, em Dissertação de Mestrado ("Vício dos Clérigos: A

ADI 4.277 / DF

Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Officio de Lisboa", Niterói, UFF, 2010):

"As 'Ordenações' do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as 'Ordenações Afonsinas'. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As 'Ordenações Manuelinas' (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que 'todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor'.

Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, 'em segredo ou em publico'. Aquele que soubesse de algum 'desviante' e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, 'e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)'. As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante.

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de

ADI 4.277 / DF

seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao 'descobridor', quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

.....
Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudesce. A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, passou a ser punida gravemente com a pena do degredo para as quais 'e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverância do peccado':

(...)

Duas testemunhas de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia. As 'Ordenações Afonsinas' observaram apenas os atos sodomíticos em si e as 'Ordenações Manuelinas' incluíram as mulheres, a bestialidade (gratificada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os 'tocamentos desonestos' não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galês ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou 'vacilantes' foi um procedimento

ADI 4.277 / DF

judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...).

Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as 'Ordenações Manuelinas' aconselhavam que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com 'medo da dor', ratificasse uma falsa confissão. (...).

As três 'Ordenações' não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. As chamadas 'Leis Extravagantes' também tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571, uma 'Lei Extravagante', promulgada por D. Sebastião, ditava que 'as Pessoas, que com outras do mesmo sexo cometerem o peccado de molície, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado'. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molície, em que se determinava que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com barão e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de 'melhor qualidade', seriam degredadas para Angola, sem remissão. Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, 'perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios'." (grifei)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT ("Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial").

ADI 4.277 / DF

Naquela fase de nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra "Confissões da Bahia"), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Purtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ("A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil"):

"As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.

A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em

Supremo Tribunal Federal

1390
f

ADI 4.277 / DF

pô, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis." (grifei)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício somente tenha ocorrido no final do Século XVI, com a sua Primeira Visitação à Bahia (1591), o fato é que, culminando um processo de negociações diplomáticas iniciadas, ainda, sob D. Manuel I, o Venturoso, a Inquisição foi instituída, em Portugal, no reinado de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, que promulgou a Bula "Cum ad nihil magis", de 23/05/1536, que restaurou anterior documento pontifício, com igual denominação e finalidade, editado, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, "Religião e Ordem Social", "in" Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, "Os Equilíbrios Sociais do Poder", "in" História de Portugal, organizada por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), refletiu, naquele momento histórico, a forte influência resultante do Concílio de Trento (1545-1563), cujas deliberações - as denominadas resoluções tridentinas - exacerbaram, ainda mais, a reação hostil ao comportamento homossexual, valendo rememorar, por oportuno, o registro feito por VERONICA DE JESUS GOMES (op. cit.):

"Marcado por 'um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando

Supremo Tribunal Federal

1391
K

ADI 4.277 / DF

mesmo a interpenetrar-se', o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como 'tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio'.

.....
Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo 'Concílio de Trento', não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos 'desvios morais', isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob jurisdição civil e eclesiástica. As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguiu a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus." (grifei)

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os prodromos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, "Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome", experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação, como resulta claro da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito das organizações castrenses (CPM, art. 235), o que tem levado alguns autores (MARIANA BARROS

Supremo Tribunal Federal

4332

~

ADI 4.277 / DF

BARREIRAS, "Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM", "in" "Boletim IBCCRIM, ano 16, n° 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, "Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?", v.g.) a sustentar a inconstitucionalidade material de referida cláusula de tipificação penal, não obstante precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

III. O reconhecimento, por imperativo constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine,

Supremo Tribunal Federal

1293

1

ADI 4.277 / DF

que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que designale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão 'urídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento - que já se mostra impregnado de densa significação histórica -, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza certamente marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual.

Supremo Tribunal Federal

1394

^

ADI 4.277 / DF

Busca-se, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, longe de dividir pessoas, grupos e instituições, estimula a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões - como esta que ora é proferida pelo Supremo Tribunal Federal - que põem termo a injustas divisões, fundadas em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo, possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão - que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório - não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns.

Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna

ADI 4.277 / DF

imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

É por tal razão que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva 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 quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início da segunda década do terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em inadmissíveis

*Supremo Tribunal Federal*1396
Y

ADI 4.277 / DF

fórmulas preconceituosas, 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 (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homocerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAR/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "Unões Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" n.º 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Cumpre rememorar, neste ponto, tal como eu já o fizera em decisão por mim proferida na ADI 3.300-MC/DF, de que fui Relator, a

Supremo Tribunal Federal

1397

↓

ADI 4.277 / DF

notável lição ministrada pela eminente Desembargadora, hoje ilustre Advogada, MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

"A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumir a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua

Supremo Tribunal Federal

1388

f

ADI 4.277 / DF

entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, **mister reconhecer** a existência de uma união estável. **Independente** do sexo dos parceiros, **fazem jus** à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, **incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos** que merecem as demais relações afetivas. **Essa é a missão fundamental da jurisprudência**, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)." (grifei)

Vale destacar, ainda, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consubstanciados em acórdãos assim ementados:

"Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas."

(Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TRIEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei)

Supremo Tribunal Federal

1389

f

ADI 4.277 / DF

"(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão."

(Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA - grifei)

*Supremo Tribunal Federal*1400
f

ADI 4.277 / DF

IV. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar

De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, as razões excelentemente expostas pelo eminente Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido.

Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de "silêncio eloquente", capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, "como entidade familiar" (CF, art. 226, § 3º).

Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observação de DANIEL SARMENTO ("Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), cuja lição, apoiando-se em consistente

Supremo Tribunal Federal

1401

L

ADI 4.277 / DF

interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição, **corretamente enuncia** o exato sentido da norma constitucional em referência:

"Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual 'para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.'"

Os adversários da medida alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Contudo, o argumento, que se apegava exclusivamente na literalidade do texto, não procede.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais. A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. (...).

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. (...). No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente 'Dos Princípios Fundamentais'. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos

Supremo Tribunal Federal

4402

↑

ADI 4.277 / DF

vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

(...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloquente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, 'a contrario sensu', o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroados um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a 'inclusão', como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais." (grifei)

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, por sua vez, expondo esse mesmo entendimento e ao também afastar a objeção fundada na estrita literalidade do texto normativo inscrito no § 3º do art. 226 da Constituição (que se refere à união estável "entre o homem e a mulher"), expendeu, a meu juízo, considerações que corretamente enfatizam que essa alusão à diversidade de gênero "não traduz uma vedação de extensão do mesmo regime às relações

Supremo Tribunal Federal

1403

f

ADI 4.277 / DF

homoafetivas", pois - segundo assinala esse ilustre jurista -, "Extraír desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento" (grifei).

E aduz, ainda, em seu douto magistério:

"Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão 'união estável entre o homem e a mulher' importa, 'a contrario sensu', em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição - e uma restrição preconceituosa - de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional." (grifei)

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que

Supremo Tribunal Federal

1404

F

ADI 4.277 / DF

consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

V. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional

Examino, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, refiro-me, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo

Supremo Tribunal Federal

1405

(

ADI 4.277 / DF

Arco-íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas **que mantêm** relações homoafetivas **representam** "parcela minoritária (...) da população", **como esclarecem** dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 e **que registram a existência declarada**, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

Esse aspecto da questão **talvez explique** a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema** de direito positivo, **de inovações** fundadas nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **inferno**, **no que se refere** à qualificação da união estável homoafetiva **como** entidade familiar, **à necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro **de submissão** de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que**

Supremo Tribunal Federal

1406

L

ADI 4.277 / DF

compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

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

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe

Supremo Tribunal Federal

1407

t

ADI 4.277 / DF

de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

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

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

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

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, as opiniões morais ou religiosas que condenam as relações homossexuais. Ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), nem a maioria, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, está acima da Constituição.

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

*Supremo Tribunal Federal*R08
r

ADI 4.277 / DF

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena

Supremo Tribunal Federal

1403
f

ADI 4.277 / DF

legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA ("Judiciário e Minorias", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

"A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso - por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

.....
Na democracia, governa a maioria, mas - em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos - ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se,

Supremo Tribunal Federal

1440
K

ADI 4.277 / DF

à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

.....
É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.

.....
Se a maioria souber que - por obstáculo constitucional - não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. (...)." (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apóia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a "Majority rule" e as "Minority rights":

"A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que

Supremo Tribunal Federal

1411
1

ADI 4.277 / DF

não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias** políticas vencidas nas eleições. O **princípio majoritário** é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O **princípio democrático** não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a **opressão das minorias**, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o **devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis de liberdade e de igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas 'Considerations on Representative Government', quando fala da verdadeira e da falsa democracia ('of true and false Democracy'): 'A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria.' (grifei!)

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

*Supremo Tribunal Federal*K42
f

ADI 4.277 / DF

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias

Supremo Tribunal Federal

1443

K

ADI 4.277 / DF

fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia - consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Dai a inteira procedência da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, na petição inicial que subscreveu na condição de Procuradora-Geral da República:

"Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito - como os homossexuais - que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

13. Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de verem reconhecidas oficialmente as uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extra-patrimoniais disso decorrentes.

.....
88. É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua

Supremo Tribunal Federal

1444

x

ADI 4.277 / DF

família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade. Ao não conhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no 'armário'. Esta negativa, como salientou Luís Roberto Barroso, embaraça 'o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

89. É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

90. Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Dai a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade." (grifei)

VI. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana

Enfatizo, na linha do que acentuei em passagem anterior deste voto, que a proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da

Supremo Tribunal Federal

1445

†

ADI 4.277 / DF

autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade.

Assume papel relevante, nesse contexto, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON

Supremo Tribunal Federal

1446
f

ADI 4.277 / DF

FACHIN, "Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo", 2008, Renovar, v.g.).

Reconheço que o direito à busca da felicidade - que se mostra **gravemente** comprometido, quando o Congresso Nacional, **influenciado** por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas **destinadas** a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais - representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, *historicamente*, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

O **texto** dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas idéias iluministas, **precedidas**, no ponto, **pelo pensamento** de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores - como RAY RAPHAEL ("Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana", p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) - mencionem o fato de que "Jefferson estava em condições de

Supremo Tribunal Federal

1417
1

ADI 4.277 / DF

aproveitar o trabalho de muitos outros, **inclusive** o de George Mason, **que acabara** de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia" (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("A Declaração de Independência dos Estados Unidos", p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

"Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, **que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar**. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica." (grifei)

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de

*Supremo Tribunal Federal*1448
f

ADI 4.277 / DF

implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade, um "importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais", como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho ("O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal").

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em

Supremo Tribunal Federal

1419
f

ADI 4.277 / DF

alguns precedentes - como In Re Slaughter-House Cases (93 U.S. 36, 1872), Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Vick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus "rulings" no conceito de busca da felicidade ("pursuit of happiness"), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo).

Supremo Tribunal Federal

R420
↑

ADI 4.277 / DF

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.

VII. O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugualidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

Supremo Tribunal Federal

R421
f

ADI 4.277 / DF

Incensurável, quanto a tal aspecto, a observação feita pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 20):

"Desta forma, conclui-se que não existem razões de peso suficiente que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.

69. Pelo contrário, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos, que são, hoje, amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica." (grifei)

Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.

Nesse sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS ("A Homoafetividade Como Direito", "in" "Novos Direitos", coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), de cuja lição extraio o seguinte fragmento:

"O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda

Supremo Tribunal Federal

R422

↑

ADI 4.277 / DF

transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros." (grifei)

Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional - tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey - GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso", p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas - MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência", p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, v.g.), valendo destacar, em razão de sua extrema pertinência, a ênfase que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("Manual da Homoafetividade", p. 220/221, item n. 2.5.3,

ADI 4.277 / DF

2008, Editora Método) atribui ao afeto, nele divisando verdadeiro "princípio jurídico-constitucional":

"(...) mudou-se o paradigma da família: de uma entidade fechada dentro de si, válida por si mesma, passou a existir somente em função do amor entre os cônjuges/companheiros, tendo em vista que a sociedade passou a dar mais relevância à felicidade, portanto à afetividade amorosa, do que à mera formalidade do casamento civil ou a qualquer outra forma preconcebida de família.

Nesse sentido, o reconhecimento do 'status' jurídico-familiar da união estável, por si, alçou o afeto à condição de princípio jurídico implícito, na medida em que é ele, afeto (amor romântico, no caso), o motivo que faz com que duas pessoas decidam manter uma união estável. O elemento formador da família contemporânea é o 'amor familiar', mas é o amor romântico que dá o passo inicial para a constituição da união estável, embora haja outros argumentos a corroborar a afirmação de que o afeto é um princípio jurídico.

.....
 (...) Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, 'o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e,

*Supremo Tribunal Federal*4424
T

ADI 4.277 / DF

ainda, da própria união estável', que tem, nele, o principal elemento para reconhecimento do 'status' jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas." (grifei)

Também o eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (op. cit., p. 643) revela igual percepção em torno dessa particular questão, reconhecendo, no afeto, enquanto valor jurídico-constitucional, um elemento fundamental (e preponderante) na esfera das relações do direito de família, inclusive no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo:

"Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais." (grifei)

VIII. Princípios de Yogyakarta: o direito de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero

Torna-se importante assinalar, por relevante, que a postulação ora em exame ajusta-se aos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a

Supremo Tribunal Federal

1425

†

ADI 4.277 / DF

coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o Princípio nº 24, cujo teor assim dispõe:

"DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

.....

*Supremo Tribunal Federal*1426
r

ADI 4.277 / DF

f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo; (...)." (grifei)

IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito

Supremo Tribunal Federal

1427

ADI 4.277 / DF

incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia

Supremo Tribunal Federal

1428

f

ADI 4.277 / DF

governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non prestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)."

(ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público, que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por Pimenta Bueno ("Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos (José Afonso da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, "Comentários à

Supremo Tribunal Federal

1429

↑

ADI 4.277 / DF

Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.), em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo.

O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.

*Supremo Tribunal Federal*1430
f

ADI 4.277 / DF

Dai a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento, que representa verdadeiro marco histórico no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País.

Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, o amparo das liberdades públicas (com a conseqüente proteção dos direitos das minorias), a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com

*Supremo Tribunal Federal*4131
R

ADI 4.277 / DF

idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

É o meu voto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) -
Ministro Celso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Uma autodeclaração de sessenta mil casais. Dá para supor que o número é bem maior do que esse.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

ANEXO C – MEMORIAIS DO GRUPO ARCO-IRIS NA QUALIDADE DE *AMICUS CURIAE* NA ADPF Nº 132-RJ⁵⁸

⁵⁸ AMARAL, Thiago Bottino. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ. Apresentação dos memoriais, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18456/2008_dez_memorial_de_amicus_gai_adpf_132_uniao_homoafetiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 mar. 2023.

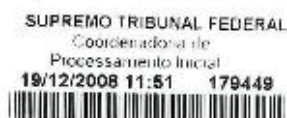


Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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



CÓPIA

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

Termos em que,

Pede juntada e Deferimento.

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

Thiago Bottino

Adv. 102.312 OAB/RJ



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132/RJ

Memorial apresentado pelo

GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL

Pelo conhecimento e provimento integral do pedido.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



ÍNDICE

1 – Introdução

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

2 – Contribuições ao julgamento da causa

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

3 – Conclusão



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



I – INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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

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

² “É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa do Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico” (ADPF 33-MC, voto do Min. Gómar Mendes, julgamento em 29.10.03, DJ de 6-8-04).



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

II – CONTRIBUIÇÕES AO JULGAMENTO DA CAUSA

2.1 – *Da violação à dignidade humana, à liberdade e à igualdade.*

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

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

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

⁴ Agradecemos a todas as pessoas dos integrantes do GAI Cláudio Nascimento, Gilza Rodrigues da Silva e Julio Moreira.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



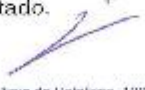
estar respaldada em motivos juridicamente relevantes que ampliem o acesso do maior número possível de cidadãos a direitos. A interpretação restritiva do Decreto-lei 220/75 faz exatamente o oposto.

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

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

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

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


Praça do Botafogo, 190, 8º andar - Rio de Janeiro/RJ - Brasil - 22250-900
Tel: (55 21) 2505-5315 Fax: (55 21) 2505-5413 - www.diretario.fgv.br



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

2.2 – Da violação à segurança jurídica.

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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

⁸ - "É evidente que a regra da maioria desempenha um papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais, porém a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade. Portanto a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido o precomprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas super-constitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se auto-destruírem enquanto seres igualmente livres, portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana. (...) As cláusulas pétreas não precisam assim buscar no direito natural a sua fundamentação, mas prospectivamente retiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais as pré-condições fundamentais para a preservação da autonomia privada e pública dos cidadãos" (VIEIRA, Oscar Vilhena: *A constituição como reserva de justiça*. In *Luz Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 62, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997, p. 79/80).



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

2.4 – Do direito internacional e supranacional

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

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

¹⁰ - A Guerra Civil dos Estados Unidos da América durou de 1861 a 1865 e teve como mais principal a questão da escravidão dos negros, um tema que vinha gerando conflitos armados desde 1850. Em 1857, a Suprema Corte, ao decidir o caso *Dred Scott* – na verdade, *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) –, sustentara que os negros não eram e nem poderiam ser considerados cidadãos, razão pela qual não possuíam direitos constitucionais. A 13ª emenda, ratificada em 6 de dezembro de 1865, vedou expressamente a prática de escravidão e trabalho involuntário (salvo em caso de condenação criminal) em todo o território nacional. A 14ª emenda, ratificada em 9 de julho de 1868, é mais extensa e trata entre outros temas dos requisitos para obtenção da cidadania estadunidense. Suas grandes contribuições são, todavia, a garantia ao devido processo legal e igualdade de tratamento perante a lei.





Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

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

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

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

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

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



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



redação da Resolução OEA nº 2/135 (XXXVIII-O/08), a qual manifesta preocupação com os atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.

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

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

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

In verbis:

“Artigo 24 Direito de Fundar uma Família: Todas as pessoas tem o direito de fundar uma família independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Nenhuma família pode ser sujeita a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de algum de seus membros”¹³.

¹³ Tradução livre do original: “Everyone has the right to found a family, regardless of sexual orientation or gender identity. Families exist in diverse forms. No family may be subjected to discrimination on the basis of the sexual orientation or gender identity of any of its members”.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



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

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

Avila da Botafogo, 190, 9º andar Rio de Janeiro/RJ Brasil 22250-900
Tel: (55 21) 2558-5815 Fax: (55 21) 2558-5412 www.direitorio.fgv.br



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



III. CONCLUSÕES

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

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

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

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2008.

Thiago Bottino

Adv. OAB/RJ nº 102.312

Professor da FGV DIREITO RIO.

Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica.

Ivanilda Figueiredo

Adv. OAB/RJ nº 122.474

Professora da FGV DIREITO RIO.

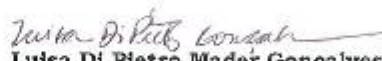


Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

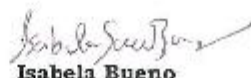
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA




Ana Luiza Nascimento
Est. OAB/RJ nº 166.129 E


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


Livia Ferreira
OAB/RJ nº 171036 E


Isabela Bueno
Acadêmica de Direito

Camila Noronha
Acadêmica de Direito


Rachel Sá
Acadêmica de Direito


Rogério Sganzerla
Acadêmico de Direito