

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
RECTE. (S) : EDSON VANDER DE SOUZA
ADV. (A/S) : EDITH CRISTINA ALVES DEMIAN E OUTRO(A/S)
RECD. (A/S) : INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES
DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG
ADV. (A/S) : ALEXANDRE VALADARES PASSOS E OUTRO(A/S)
RECD. (A/S) : CARMEM MELLO DE AQUINO NETTA REPRESENTADA
POR ELIZABETH ALVES CABRAL
ADV. (A/S) : NOÉ ALEXANDRE DE MELO E OUTRO(A/S)

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. 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. RECURSO EXTRAORDINÁRIO
CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 336):

"(...) Benefício previdenciário. Direito de família inócurrenre. Possibilidade jurídica do pedido presente. Legitimidade ativa 'ad causam' patenteada. Pensão por morte de segurado. Relação homoafetiva. Ausência de lei específica. Benefício inexistente. Sentença reformada. (...) 2. Pleiteado benefício previdenciário, a matéria não é de direito de família. Logo, a competência é mesmo de vara especializada da Fazenda Pública e Autarquias. (...) 6. A Constituição da República de 1988 reconhece apenas a união heterossexual como entidade familiar. 7. Ainda que a ordem jurídica brasileira tenha evoluído quanto ao conceito de entidade familiar, tal evolução não incorporou a união homossexual ou homoafetiva. 8. A concessão do benefício previdenciário depende da edição de lei específica (...). No caso do Estado de Minas Gerais, a legislação não ampara a concessão de benefício previdenciário decorrente de relação homoafetiva. (...) 12. Sentença reformada em reexame necessário (...)."
(Apelação Cível nº 1.0145.02.012887-5/001, Rel. Des. CAETANO LEVI LOPES - grifei)

A parte ora recorrente insurge-se contra esse julgamento, invocando, dentre outros fundamentos constitucionais, a possibilidade de qualificar-se, como entidade familiar, a união estável homoafetiva, cujo reconhecimento - segundo ora sustentado - mostrar-se-ia plenamente compatível com o que dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição da República.

Sendo esse o contexto, passo a apreciar a postulação recursal ora em exame.

E, ao fazê-lo, observo, desde logo, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgamento, ao apreciar a ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF, ambas de relatoria do eminente

Ministro AYRES BRITTO, proferiu decisão em que reconheceu, como entidade familiar, a 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 haver proclamado, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas estendem-se aos companheiros na união estável entre pessoas do mesmo sexo (Informativo/STF nº 625).

Ao assim decidir a questão, o Pleno desta Suprema Corte proclamou 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, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale 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 jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório.

Com tal julgamento, deu-se um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, viabilizando-se a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

Vale referir, tal como eu próprio já o fizera em decisão anterior (ADI 3.300-MC/DF), 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 conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

Cabe destacar, 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 TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei)

"(...) 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)

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 fórmulas preconceituosas, vem sendo externada 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, "Homoerotismo 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 - ESMAFE/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" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Desse modo, 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 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.

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 (Código Civil, art. 1.723), representa o reconhecimento de que as conjugalidades 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.

Impende considerar, neste ponto, o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar esse novo paradigma como núcleo conformador do próprio conceito de família.

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 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 derrogada 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 nº 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; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, "Manual da Homoafetividade", p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método, v.g.).

Também o eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO ("Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 643, 2008, Lumen Juris) **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)

Tenho por fundamental, ainda, na resolução do presente litígio, o reconhecimento de que assiste, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.

Já enfatizei, em anteriores decisões, que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da 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 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, Benjamim 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 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 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-AgrR/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 alguns precedentes - como In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872), Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Yick 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**).

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.

É preciso também não desconhecer, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a existência dos Princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero.

Entendo que o acórdão ora recorrido não só conflita com os precedentes firmados por esta Suprema Corte, mas diverge, por igual, dos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a 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;

.....
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)

Cumpre observar, ainda, no tocante à interpretação (meramente literal) de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal desautorizaria a postulação recursal deduzida nesta causa, que não vislumbro, no texto normativo da Constituição, quanto ao reconhecimento da proteção estatal às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 43/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de "silêncio eloquente" capaz de comprometer a interpretação (que tenho por absolutamente correta) 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

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 apega 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 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 eloqüente 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, coroando 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)

Cabe registrar, finalmente, que os precedentes a que me referi no início desta decisão (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) refletem, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias.

Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer 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.

Esse particular aspecto da questão põe 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.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes 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 (inaceitável) submissão de grupos minoritários **à vontade hegemônica** da maioria, **o que 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.

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 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.).

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, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

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 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.

Em conclusão: o exame da presente causa evidencia que o acórdão ora questionado diverge da orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência.

Tenho por incensuráveis, por isso mesmo, as razões que, dando suporte à postulação recursal deduzida nesta causa, buscam reformar a decisão objeto do presente recurso extraordinário.

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, ainda, decisão por mim proferida (RE 568.129/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO), conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe

RE 477.554 / MG

provimento, em ordem a reconhecer a existência, no caso, de união estável homoafetiva, **atribuindo-lhe** a condição de entidade familiar, **restabelecendo**, em conseqüência, a **sentença** proferida pelo ilustre magistrado estadual **de primeira** instância (**comarca** de Juiz de Fora/MG).

Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2011.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator