

---

# AS VÁRIAS FACES DA IGUALDADE<sup>1</sup>

---

*Adilson José Moreira\**

## 1. Introdução

A possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem sido amplamente debatida pelos tribunais brasileiros, discussão que levanta questões de grande relevância para a interpretação das normas constitucionais. Podemos perceber a complexidade e importância desse tema quando analisamos a enorme divergência de posições existente entre os nossos tribunais. Apesar das manifestações favoráveis ao tratamento isonômico entre casais homossexuais e heterossexuais pelo Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, muitos tribunais inferiores ainda refutam essa possibilidade. A maioria dos tribunais estaduais argumenta que a união estável é uma instituição inerentemente heterossexual, o que impede a extensão de direitos decorrentes dessa instituição aos casais homossexuais<sup>3</sup>. Se a maior parte das turmas do Superior Tribunal de Justiça afirma que as uniões homoafetivas não podem ser classificadas como uniões estáveis, as turmas dos nossos tribunais federais não vêem nenhum obstáculo ao tratamento igualitário dos casais homossexuais<sup>4</sup>. Nota-se também uma grande divergência entre as turmas dos tribunais estaduais,

---

<sup>1</sup> Este trabalho foi desenvolvido com o apoio financeiro do CNPq e da CAPES.

\* **ADILSON JOSÉ MOREIRA** é Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

<sup>2</sup> STF, Pet. nº 1984/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 20.2.2003 (mantendo decisão que estendeu direitos previdenciários a casais homossexuais porque o § 3º do art. 226 da Constituição não pode ser interpretado separadamente do princípio da igualdade); STF, ADI nº 3300 MC-DF, Relator: Celso de Mello, DJ 9.2.2006 (argumentando que os princípios da igualdade, da dignidade humana, da privacidade e do pluralismo justificam o reconhecimento dos casais homossexuais como entidades familiares).

<sup>3</sup> Ver, por exemplo, TJDF, CComp. nº 291471, Órgão Julgador: 1ª. Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12.11.2007 (decidindo que o tratamento diferenciado entre casais homossexuais e heterossexuais não viola o princípio da igualdade tendo em vista as diferenças estruturais entre essas uniões); TJRJ, AC nº 2006.001.59548, Órgão Julgador: 11ª. Câmara Cível, Relator: Roberto Guimarães, 15.1.2007 (argumentando que o estabelecimento da diferença de sexos como requisito para a união estável não constitui uma arbitrariedade por ser um requisito lógico para a constituição da família); TJSP, AC nº 578.811-5/0-00, Órgão Julgador: 1ª. Câmara de Direito Público, Relator: Danilo Panizza, 6.2.2007 (negando benefício previdenciário a um companheiro de funcionário público falecido porque a legislação restringe tal direito a casais formados por pessoas de sexos opostos); TJMG, AC nº 1.0145.02.050445-5/001(1), Órgão Julgador: 1ª. Câmara Cível, Relator: Eduardo Andrade, 31.7.2007 (negando provimento a recurso de decisão de primeira instância que negou pedido de pensão por morte a companheiro homossexual sobrevivente porque a administração pública deve pautar-se pela norma que regula a união estável, regra constitucional que não contempla a possibilidade de proteção jurídica às uniões homoafetivas).

<sup>4</sup> Ver, por exemplo, TRF-1ª. Região, AI nº 2003.01.00.000697-0/MG, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Tourinho Neto, 29.4.2004 (afirmando que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo está baseado nos mesmos pressupostos dos relacionamentos entre pessoas de sexos opostos, o que permite o tratamento igualitário

o que aumenta a controvérsia sobre esse assunto.<sup>5</sup> Inúmeros tribunais brasileiros recorrem à tese de que a união estável pressupõe a diversidade de sexos não apenas para excluir os casais homossexuais da instituição da união estável, mas também para rejeitar reivindicações a direitos sucessórios, a direitos previdenciários e a direitos patrimoniais<sup>6</sup>. Muitos tribunais brasileiros adotam uma posição claramente ambígua, rejeitando a hipótese de que as uniões entre pessoas do mesmo sexo possam ser qualificadas como uniões estáveis, mas garantindo o acesso de casais homossexuais a direitos decorrentes dessa instituição. Mesmo argumentando que as uniões homoafetivas não podem ser classificadas como entidades familiares, esses tribunais afirmam que as sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo merecem o mesmo tratamento dispensado às uniões heterossexuais<sup>7</sup>.

---

dos casais homossexuais); TRF-2ª. Região, AC nº 2002.51.01.500478-3, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Fernando Marques, 2.6.2004 (revertendo decisão de primeira instância que tinha negado pedido de pensão por morte a companheiro homossexual de funcionário público federal porque a Constituição Federal proíbe quaisquer formas de discriminação); TRF-3ª. Região, AC nº 1091320, Órgão Julgador: 9ª. Turma, Relator: Santos Neves, 15.10.2007 (mencionado o princípio da igualdade para justificar a concessão de pensão por morte a um companheiro homossexual); TRF-4ª. Região, AC nº 2003.04.01.040978-7/RS, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Carlos Eduardo Thompson Florez Lens, 6.4.2004 (garantindo direitos previdenciários a um companheiro homossexual sob o argumento de que as uniões homoafetivas podem ser reconhecidas como uniões estáveis); TRF-5ª. Região, AMS nº 2006.81.00.002921-7, CE, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Élio Siqueira, DJ 16.11.2007 (afirmando que a evolução do direito e o princípio da igualdade justificam o reconhecimento do direito de um companheiro homossexual a receber benefício previdenciário).

<sup>5</sup> Inúmeras decisões exemplificam essa divergência existente entre as turmas dos tribunais brasileiros. Ver, por exemplo, TJRJ, AC nº 2007.001.44569, Órgão Julgador: 17ª. Câmara Cível, Relator: Henrique Carlos de Andrade Figueira, 28.11.2007 (rejeitando a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis porque a opção do legislador deve sempre guiar a atuação do juiz) e TJRJ, AC nº 2005.001.34933, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Leticia Sardas, 21.3.2006 (recorrendo à interpretação sistemática para justificar o reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável); TJSP, AI nº 476.923/4-00, Órgão Julgador: 9ª. Câmara de Direito Privado, Relator: Grava Brazil, 28.11.2006 (afirmando que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não foi acolhida nem pela Constituição nem pela legislação inferior) e TJSP, MAS nº 464.730-4/0, Órgão Julgador: 4ª. Câmara de Direito Privado, Relatora: Maia Cunha, 9.11.2006 (reconhecendo uma união homossexual como união estável porque o direito não pode recorrer a posturas preconceituosas que geram injustiças sociais ao desconsiderar a evolução dos fatos sociais).

<sup>6</sup> Ver, por exemplo, TAMG, AC nº 222.040-8, Órgão Julgador: 2ª. Câmara Cível, Relator: Carreira Machado, DJ 8.4.1997 (afirmando que a convivência homossexual não gera direitos de nenhuma natureza, nem mesmo direitos patrimoniais); TJSP, AC nº 425.148-5/2-00, Órgão Julgador: 5ª. Câmara de Direito Privado, Relator: Alberto Zvirblis, 5.10.2006 (declarando a inconstitucionalidade de qualquer projeto que vise classificar as uniões homossexuais às uniões heterossexuais, o que impede a concessão de direitos previdenciários a casais formados por pessoas do mesmo sexo); TJRJ, AI nº 8497/99/02, Órgão Julgador: 12ª. Câmara Cível, Relator: Alexandre H. P. Varella, 5.10.1999 (decidindo que companheiro sobrevivente não pode figurar como inventariante ou reclamar direitos sucessórios porque o sistema jurídico brasileiro não reconhece as uniões homossexuais como uniões estáveis); TJPB, AC nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª. Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, DJ 8.5.2008 (negando pedido de pensão de companheiro homossexual de funcionário público estadual sob o argumento de que a legislação brasileira não reconhece as uniões homossexuais como uniões estáveis).

<sup>7</sup> Ver, por exemplo, STJ, REsp. nº 238715/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Barros Monteiro, 2.10.2006 (afirmando que o relacionamento homossexual não se confunde com a união estável, mas é análogo a esse instituto, o que justifica a extensão de direitos previdenciários aos companheiros homossexuais); TRF-2ª. Região, AC nº 2001.02.01.043851-8, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Abel Gomes, 11.11.2003 (afirmando que a definição da união estável não se aplica ao caso das uniões homoafetivas, mas reconhecendo o direito de um companheiro a receber pensão por morte); TAMG, AC nº 309.092-0, Órgão Julgador: 3ª. Câmara Cível, Relator: Jurema Brazil Marins, 22.2.2002 (afirmando que as uniões homossexuais não podem ser reconhecidas como uniões estáveis, mas garantindo direito à meação ao cônjuge supérstite).

Toda a controvérsia sobre o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo gira em torno da interpretação do princípio da igualdade e das normas que regulam a união estável. Nossos tribunais procuram verificar se casais homossexuais e heterossexuais estão similarmente situados, ponto de partida para a análise da racionalidade das normas que regulam os direitos decorrentes da união estável. Apesar de recorrerem ao princípio da razoabilidade para avaliar a racionalidade das normas que tratam os casais homossexuais de forma diferenciada, as cortes brasileiras chegam a conclusões diametralmente opostas sobre esse problema jurídico. Muitos tribunais articulam o princípio da igualdade formal e uma interpretação literal da legislação para justificar a exclusão dos casais homossexuais dos direitos decorrentes da união estável. Esses órgãos afirmam que a restrição do acesso à união estável aos casais heterossexuais harmoniza-se plenamente com o interesse estatal em promover a procriação. Toda e qualquer forma de família, argumentam esses tribunais, pressupõe a diversidade de sexos, um requisito essencial para a reprodução humana. Como casais homossexuais e heterossexuais não estão similarmente situados nesse quesito essencial, a preservação da união estável como uma instituição heterossexual não viola a exigência de uma justiça simétrica entre essas duas classes de indivíduos. Mas os tribunais que classificam as uniões entre pessoas do mesmo sexo como uniões estáveis adotam uma perspectiva distinta. Eles alegam que a orientação sexual não pode ser analisada apenas em função do potencial em promover a procriação porque ela é um direito personalíssimo composto de inúmeros outros direitos necessários para o exercício da sua livre expressão. Enquanto muitos tribunais brasileiros empregam apenas a igualdade formal como critério para a verificação da racionalidade do tratamento diferenciado dos casais homossexuais, várias cortes brasileiras utilizam essa e outras dimensões da igualdade para analisar a racionalidade da legislação que regula a união estável. Esses tribunais mencionam também princípios e objetivos constitucionais para julgar a racionalidade das leis que excluem os casais homossexuais da proteção jurídica e concluem que eles violam preceitos básicos albergados pelo texto constitucional.

A jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas oferece uma grande oportunidade para analisarmos as diferentes concepções de igualdade que os tribunais brasileiros utilizam para concretizar o objetivo constitucional da promoção do bem-estar de todos os cidadãos. Um dos elementos mais importantes dessas decisões é a reconstrução da razoabilidade enquanto princípio instrumental de interpretação da igualdade. Essa transformação acontece em função da articulação da diversidade humana no processo de interpretação desse preceito constitucional. Se o princípio da igualdade formal estava baseado em uma concepção abstrata dos seres humanos, as outras

dimensões da igualdade presentes no texto constitucional referem-se ao homem concreto. Isso torna possível a consideração das diferenças existentes entre os vários grupos sociais no processo de interpretação do princípio da igualdade. Cada uma dessas dimensões procura garantir diferentes categorias de direitos necessários para a realização da autonomia pessoal na esfera pública e na esfera privada, o que demanda a consideração das posições que os grupos humanos ocupam dentro da estrutura social<sup>8</sup>. Vemos então que a reestruturação do princípio da razoabilidade se torna possível a partir da articulação das diversas dimensões da igualdade como parâmetro para a verificação da racionalidade dos atos governamentais. Oferecemos neste artigo uma tentativa de sistematização de uma tendência jurisprudencial extremamente importante, mas que ainda não encontrou uma análise sistemática pelos nossos juristas. Partimos do pressuposto de que os tribunais brasileiros promoveram nos últimos anos uma reestruturação do princípio da razoabilidade, processo responsável pela expansão da proteção constitucional a grupos sociais tradicionalmente marginalizados. Essa reestruturação está baseada na consideração da multiplicidade interna dos fatores de tratamento diferenciado, na utilização de diferentes dimensões da igualdade para se considerar a racionalidade dos atos governamentais e na consideração da igualdade como um princípio instrumental para a realização de objetivos constitucionais. Entendemos que tal reformulação torna a aplicação desse princípio mais coerente com os princípios do atual paradigma constitucional, doutrina baseada na ideia da igualdade como um princípio transformador<sup>9</sup>.

A escolha da jurisprudência sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo como elemento ilustrativo dessa tendência jurisprudencial se deve a um motivo especial. Esse segmento da jurisprudência brasileira sobre a igualdade contém elementos característicos das

---

<sup>8</sup> Ver nesse sentido STF, MS nº 22.164-0/SP, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Celso de Mello, DJ 17.11.1995 (mencionando o processo de categorização do direito para explicitar a relevância dos direitos de terceira geração voltados para a proteção das minorias); STF, ADIN nº 319-4/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Voto: Celso de Mello, 3.4.1993 (afirmando que as liberdades negativas no constitucionalismo liberal tinham um caráter negativo, o que impossibilitava a realização da igualdade real dos indivíduos, o que só se tornou possível com o advento do Estado Social); TRF-4ª. Região, AI nº 2008.04.00.017059-7/RS, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, 29.5.2008 (“O movimento constitucionalista moderno, calcado no ideário liberal, edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formalista segundo a qual a lei deve ser genérica e abstrata, tratando as pessoas indistintamente, cabendo ao Estado o papel de fazê-la incidir de maneira imparcial sobre os casos concretos. Todavia, substancialmente, tal postulado igualitário não concretizou o almejado por tal movimento, o que motivou a implementação de políticas públicas responsáveis pela melhoria de qualidade de vida de grupos tradicionalmente marginalizados”); TRF-1ª. Região, AMS nº 2006.33.00.008424-9/BA, Órgão Julgador: 5ª. Turma, Relator: João Batista Moreira, DJ 17.5.2007 (Nas ações afirmativas não é possível ater-se a critérios matemáticos, próprios do Estado liberal, que tem como valores o individualismo e a igualdade formal. Uma ou outra “injustiça” do ponto de vista individual é inevitável, devendo ser tolerada em função da finalidade social [e muitas vezes experimental] da política pública).

<sup>9</sup> Seguimos aqui a perspectiva adotada por alguns autores contemporâneos que classificam o texto constitucional como uma manifestação de um projeto social comprometido com a transformação social. Ver KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal of Human Rights*, v. 16, p. 146-88, 1998 e SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 67-93.

atuais demandas de direitos, demandas centradas na necessidade de promoção do reconhecimento de traços identitários e na redistribuição de bens materiais. Tal articulação decorre do fato de que muitos traços identitários são utilizados como critérios de discriminação, sendo então responsáveis por processos contínuos de estratificação social. Inúmeros tribunais brasileiros reconhecem a existência desses processos, o que os levou a articular a noção de igualdade material com o princípio de pluralismo social para estender proteção jurídica a diferentes grupos sociais. A inclusão dos casais homossexuais nos direitos decorrentes da união estável constitui um claro exemplo desse processo.

Examinaremos na primeira parte deste artigo as diferentes fases da jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas, indicando as principais características de cada um desses períodos. Analisaremos a seguir a forma tradicional de aplicação da razoabilidade na jurisprudência brasileira e demonstraremos os limites da utilização desse princípio no atual paradigma constitucional. Demonstraremos na sessão seguinte como muitos tribunais brasileiros utilizam essa aplicação tradicional da razoabilidade para negar a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis. Indicaremos posteriormente como os tribunais brasileiros vêm promovendo uma reformulação da noção de razoabilidade, processo que tornou possível uma crescente proteção jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

## **2. A jurisprudência brasileira sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo**

Dois fatores principais deflagraram a série de decisões judiciais que têm garantido um nível crescente de proteção jurídica aos casais homossexuais no Brasil: o liberalismo característico da jurisprudência brasileira do direito de família e a luta por novas formas de cidadania no nosso país. A jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas encontra suporte na longa tradição brasileira de se garantir proteção jurídica às relações concubinárias, uma prática que ressalta o liberalismo típico tanto da jurisprudência quanto da doutrina brasileira do direito de família. Os nossos tribunais sempre enfatizaram o papel dos juízes no processo de manutenção de um balanço adequado entre os ditames da legislação e o processo de transformação social. Na opinião de vários tribunais brasileiros, uma posição conservadora em relação às uniões concubinárias teria gerado sérias formas de desigualdade social, deixando um número significativo de mulheres e crianças sem a devida proteção legal. Essa posição liberal motivou nossos tribunais a procurar soluções viáveis para os problemas gerados pelas relações concubinárias. Relevando preocupações morais sobre a adequabilidade da proteção jurídica a essas uniões, os tribunais brasileiros estenderam várias categorias de

direitos matrimoniais aos coabitantes argumentando que tal procedimento concorre para o alcance da justiça social, entendimento também esposado pelo legislador que promulgou inúmeras leis concedendo direitos aos concubinos<sup>10</sup>. Os juízes brasileiros sempre mencionam essa tradição jurisprudencial para justificar a proteção jurídica das uniões homoafetivas. Eles afirmam que a inexistência de legislação regulando essas uniões não pode servir como justificativa para a exclusão de casais homossexuais de proteção jurídica porque os tribunais brasileiros estenderam direitos às uniões concubinárias mesmo na ausência de legislação específica<sup>11</sup>.

As decisões garantindo proteção jurídica aos casais formados por pessoas do mesmo sexo também podem ser caracterizadas como o resultado de uma luta bem sucedida por novas formas de cidadania no Brasil. A jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas emergiu em um momento histórico bastante particular. Depois de anos vivendo sob uma ditadura militar que suprimiu tenazmente todos os movimentos sociais, vários grupos minoritários começaram a recorrer aos tribunais demandando proteção jurídica após a promulgação da atual Constituição Federal. Os tribunais brasileiros mencionam a norma constitucional declarando a igualdade de todos os brasileiros perante a lei como o principal argumento para declarar a ilegalidade da discriminação por orientação sexual. Na opinião dos nossos tribunais, o princípio da igualdade proíbe quaisquer formas de tratamento arbitrário, o que inclui a discriminação por orientação sexual. Fundamentados nessa premissa, os tribunais brasileiros argumentam que a orientação sexual não deve ser utilizada como um fator impeditivo do exercício de direitos. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu esse precedente ao afirmar que homens e mulheres homossexuais merecem o mesmo

---

<sup>10</sup> Ver, por exemplo, TJSP, AC nº 57.857, Órgão Julgador: 3ª. Câmara Cível, Relator: Lafayette Sales Junior, RT 202, 29.4.1952 (argumentando que o direito à compensação financeira por serviços domésticos procura evitar o enriquecimento de um concubino à custa do outro); TASP, RR nº 108.620, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Martiniano de Azevedo, RT 413/235, 4.11.1969 (mencionando a importância de interpretar a lei de forma que ela possa atender melhor o seu fim social); TJGB, AC nº 17.309, Órgão Julgador: 2ª. Câmara Cível, Relator: Geraldo Guerreiro, RT 471/267, 30.4.1970 (afirmando que os tribunais, por meio de uma jurisprudência renovadora, construtiva e humanizadora, têm a função de adaptar as leis à realidade social, o que permite a proteção legal das uniões concubinárias); TFR, AC nº 41.390, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Oscar Corrêa Pina, JB 35, 27.8.1976 (afirmando que “a construção jurisprudencial, mais sensível ao influxo das novas valorações sociais do que o direito positivo formalizado, tem atentado para o circunstancial dos casos particulares”); TJMG, AC nº 60.890, Órgão Julgador: 2ª. Câmara Cível, Relator: Ayrton Maya, RT 586/176, 29.3.1983 (afirmando que o direito não pode alimentar-se de abstrações, firmando-se em preconceitos superados, mas informar-se na realidade social).

<sup>11</sup> Ver, por exemplo, TSE, ED nº 24.564, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Gilmar Mendes, 2.10.2004 (mantendo sentença de tribunal inferior que impugnou candidatura de companheira de uma prefeita sob a alegação que o judiciário brasileiro sempre reconheceu as uniões informais como entidades familiares); TJRJ, AC nº 2005.001.22849, Órgão Julgador: 14ª. Câmara Cível, Relator: Ferdinando Nascimento, 11.4.2006 (afirmando que as relações concubinárias já eram reconhecidas nos pretórios brasileiros antes da legislação reconhecendo a união estável); TJRS, AI nº 599075496, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi, 17.6.1999 (mencionando o concubinato como o caso de união socialmente discriminada que acabou sendo reconhecida pelo texto constitucional).

tratamento dispensado a homens e mulheres heterossexuais. Aquele Tribunal afirmou que essas categorias de pessoas são iguais aos olhos do sistema jurídico e que as instituições estatais não podem relegar homossexuais a uma cidadania de segunda classe<sup>12</sup>. A ideia de que homossexuais e heterossexuais merecem o mesmo tratamento tem contribuído para a eliminação da discriminação por orientação sexual em várias áreas do Direito como, por exemplo, no direito do trabalho, no direito previdenciário e no direito de família. Os tribunais brasileiros, procurando dar sentido às novas garantias constitucionais, reconheceram a validade das reivindicações dos casais homossexuais e começaram a garantir tratamento igualitário a eles<sup>13</sup>.

É possível identificar três períodos no desenvolvimento da jurisprudência brasileira sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. O primeiro deles teve início em 1989 com as primeiras decisões reconhecendo uniões homoafetivas como sociedades de fato. Essas decisões apenas garantiam direito à divisão de bens mediante comprovação de contribuição direta ou indireta para a formação do patrimônio comum. Apesar de possibilitar apenas o acesso a direitos patrimoniais, esses acórdãos reconheceram pela primeira vez o fato de que os casais homossexuais merecem proteção jurídica. O reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedades de fato ainda constitui a principal fonte de direito de casais homossexuais, mas o sentido original dessa instituição sofreu inúmeras transformações responsáveis por um grau cada vez maior de proteção jurídica<sup>14</sup>. O segundo período começou em meados da

---

<sup>12</sup> STJ, REsp. nº 154.857 – DF, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 26.10.1998 (afirmando que a exclusão de testemunha em função da sua homossexualidade viola o princípio da igualdade, pois tal fato não descredencia a participação de um indivíduo nos atos da vida pública).

<sup>13</sup> Ver, por exemplo, TRF- 2ª. Região, AC nº 2002.51.01.500478-3, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Fernando Marques, 11.25.2003 (decidindo que a exclusão do companheiro de um funcionário público homossexual de benefícios previdenciários viola o princípio da igualdade formal); TRT – 2a. Região, Recurso Ordinário nº 20050694159, Relator: Valdir Florindo, 14.10.2005 (mantendo decisão de primeira instância que condenou o apelante a pagar danos morais a um empregado dispensado em função da homossexualidade baseado no fato de que a Constituição Brasileira prevê o tratamento igualitário entre todos os indivíduos); TJRJ, AC nº 2005.001.20610, Órgão Julgador: 17ª. Câmara Cível, Relator: Camilo Ribeiro Ruliere, 19.10.2005 (reconhecendo a união estável entre dois homens baseado no argumento de que a Constituição da República veda quaisquer formas de preconceito e discriminação); TJRS, AC nº 70006844153, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relatora: Catarina Krieger Martins, 18.12.2003 (recorrendo ao princípio da dignidade humana para justificar uma união homoafetiva como uma união estável).

<sup>14</sup> Ver, por exemplo, TJRJ, AC nº 731/89, Órgão Julgador: 5ª. Câmara Cível, Relator: Narcizo Pinto, JB 173/204, 8.8.1989 (decidindo que as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem ser reconhecidas como sociedades de fato desde que a parte possa comprovar contribuição direta ou indireta para a construção do patrimônio em comum); STJ, REsp. nº 148897, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Ministro Rui Rosado, DJ 6.4.1998 (afirmando que a sociedade precisa reconhecer as consequências jurídicas das uniões entre pessoas do mesmo sexo porque o direito não pode ignorar as transformações sociais); TAMG, AC nº 309.092-0, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Jurema Brasil Marins, 27.2.2002 (reconhecendo o direito de companheiro sobrevivente a receber metade do patrimônio deixado pelo companheiro falecido porque ele contribui indiretamente para a construção do patrimônio); TRF-1ª. Região, AI nº 2003.01.00.000697-0/MG, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Tourinho Neto, 29.4.2004 (decidindo que as uniões homossexuais merecem o mesmo tratamento jurídico destinado às uniões heterossexuais, o que justifica a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro homossexual).

década passada com uma série de decisões de tribunais federais e estaduais garantindo o acesso de casais homossexuais a direitos previdenciários. Afirmando que casais homossexuais merecem tratamento igualitário e referindo-se à sociedade de fato como uma forma de status semelhante às uniões heterossexuais, vários tribunais passaram a classificar uniões homossexuais como entidades familiares. Tal fato causou a mudança de enfoque da jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas da luta por direitos patrimoniais para a luta por tratamento igualitário entre casais heterossexuais e homossexuais. Os tribunais brasileiros começaram a recorrer ao princípio da igualdade formal e da igualdade material para justificar a proteção jurídica das uniões homoafetivas<sup>15</sup>. Dois fatores principais caracterizam o terceiro período da jurisprudência brasileira sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo: as decisões classificando essas uniões como uniões estáveis e as ações civis públicas garantindo o acesso de todos os casais homossexuais brasileiros a alguns direitos decorrentes do matrimônio. As decisões reconhecendo as uniões homossexuais como uniões estáveis são particularmente importantes porque elas representam o início do reconhecimento estatal dessas uniões. Esse reconhecimento tem sido ampliado com as normas estatais regulando benefícios aos casais homossexuais, benefícios alcançados por uma série de ações civis públicas, fruto da cooperação entre o Ministério Público Federal e as lideranças do movimento homossexual brasileiro<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Ver, por exemplo, TRF-4a. Região, APC. n° 170491, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Marga Inge Barth Tessler, 24.11.1998 (garantindo o direito de pensão a um companheiro sobrevivente e alegando que o Estado não pode discriminar indivíduos por causa da orientação sexual dos mesmos quando todos os requerimentos para a concessão do benefício estão presentes: estabilidade, publicidade e dependência econômica); TRF-5ª. Região, AC n° 238842-RN, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relatora: Margarida Cantarelli, 30.8.2001 (afirmando que os direitos previdenciários tem importância fundamental para uma existência digna e que a liberdade de orientação sexual requer o acesso a várias categorias de direitos); TRF-4ª. Região, ACP n° 2000.71.00.009347-0/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: João Pinto Silveira, DJU 10.8.2005 (argumentando que o Estado não pode negar o acesso a direitos sociais porque os mesmos são tidos como direitos fundamentais); JF/RS, 10ª. Vara Cível, Processo n° 96.0002030-2, Juiz: Roger Raupp Rios, 9.7.1996 (reconhecendo o direito de funcionária pública federal inscrever a companheira como dependente de plano de saúde sob o argumento de que o exercício da liberdade sexual pressupõe a liberdade de escolha do sexo do companheiro).

<sup>16</sup> Ver, por exemplo, TJRJ, AC n° 2005.001.18500, Órgão Julgador: 6ª. Câmara Cível, Relator: Marco Aurélio dos Santos Fróes, 28.7.2005 (afirmando que as uniões homoafetivas são construídas sobre os mesmos pressupostos que as uniões heterossexuais, o que justifica o reconhecimento jurídico das mesmas como uniões estáveis); JF/RS, 3ª. Vara Federal Previdenciária, ACP n° 2000.71.00.009347-0, Juíza: Simone Barbisan Fortes, 17.4.2000 (estendendo direitos previdenciários aos casais homossexuais brasileiros); JF/SP, 7ª. Vara Federal, ACP n° 2003.61.00.026530-7, Juiz: Diana Brunstein, 3.3.2006 (reconhecendo o direito de companheiros homossexuais receber seguro por morte de companheiro em acidente automobilístico); JF/SP, 9a. Vara Cível, ACP n° 2005.61.009000598, Juiz: Otávio Henrique Martins Port, 25.5.2005 (estendendo o direito ao companheiro homossexual que vive em união estável a autorizar transplante de órgãos sob o argumento de que as uniões homossexuais e heterossexuais merecem o mesmo tratamento).

### 3. Razoabilidade e igualdade

O princípio da igualdade possui uma função fundamental na nossa ordem jurídica, sendo um parâmetro central para a avaliação de legitimidade dos atos estatais. Mas esse princípio não estabelece nenhum critério objetivo para a realização das noções de igualdade contidas na Constituição Federal. Tal fato gerou a necessidade da elaboração de princípios instrumentais de interpretação desse preceito constitucional. A noção de razoabilidade tornou-se um dos parâmetros dominantes de interpretação da igualdade na jurisprudência brasileira, e os nossos tribunais geralmente seguem uma formulação bastante direta desse princípio: o ato governamental será legal na medida em que exista uma relação racional entre o critério de tratamento diferenciado e um interesse estatal legítimo. Seguindo uma concepção de justiça identificada com a noção de tratamento simétrico entre os indivíduos, esse princípio instrumental de interpretação da igualdade procura identificar aquelas classificações que violam a isonomia entre os cidadãos<sup>17</sup>. A classificação é um processo inerente à atividade governamental; o legislador está sempre estabelecendo classificações que procuram promover algum interesse estatal. Esse processo implica necessariamente o tratamento diferenciado entre os indivíduos em função de um determinado fator, criando assim uma classe ou grupo de pessoas que possuem uma característica comum. O princípio da razoabilidade exige a máxima congruência possível entre os critérios de tratamento diferenciado e os objetivos estatais a serem alcançados, única possibilidade que pode justificar o tratamento diferenciado entre indivíduos similarmente situados. Não se trata então de proibir o tratamento diferenciado de certas classes de indivíduos; o princípio da razoabilidade apenas exige que esse tratamento seja plenamente congruente com um objetivo estatal<sup>18</sup>. Vemos então que o exame da racionalidade dos atos governamentais parte da análise do tratamento de uma determinada norma em relação a uma certa classe de indivíduos. Os atos governamentais invariavelmente elegem uma determinada característica, uma forma de relação jurídica ou a

---

<sup>17</sup> Ver, por exemplo, STF, RE nº 140.889-8/MS, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Celso de Mello, DJ 15.12.2000 (mantendo a constitucionalidade da exigência de altura mínima para agente da Polícia Federal por existir uma correlação lógica entre tal requisito e a natureza da função); STF, ADIN nº 1076-0/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Sepúlveda Pertence, DJ 7.12.2000 (caracterizando o princípio da isonomia como instrumento de oposição ao legislador e o princípio da razoabilidade como exigência de racionalidade nas distinções legais e proscrição das leis arbitrárias); TJMG, AC nº 1.0024.06.990482--9/001(1), Órgão Julgador: 5ª. Câmara Cível, Relator: Maria Eliza, 23.8.2007 (concedendo mandado de segurança a candidato desclassificado de concurso porque tinha tatuagens no corpo sob o argumento de que tal diferença não se mostra minimamente relevante para justificar o tratamento diferenciado); TJRS, AC nº 70010641991, Órgão Julgador: 4ª. Câmara Cível, Relator: Vasco Della Giustina, 2.3.2005 (reconhecendo a razoabilidade de norma de concurso para militares temporários que estabelecia como requisito a conclusão de serviço militar até seis meses antes da realização do certame porque a norma pretende aproveitar pessoas que ainda estão acostumadas com as atividades militares).

<sup>18</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, Malheiros, 2003.

combinação entre esses dois elementos para definir uma classe de indivíduos sobre a qual incidirá um tratamento diferenciado. Uma classificação violará o princípio da igualdade quando ela deixar de incluir todos os indivíduos que possuem a característica que define uma classe. Como a classificação não inclui todas as pessoas que estão similarmente situadas, a utilização do fator de *discrímen* requer uma justificação racional. O juiz considerará essa norma inconstitucional quando a exclusão de pessoas está em desacordo com o objetivo que a legislação pretende alcançar<sup>19</sup>. Algumas normas jurídicas violam o princípio da razoabilidade porque incluem pessoas que não pertencem à classe de indivíduos criada pelo ato estatal. Enquanto a forma de classificação anterior deixava de incluir todos os indivíduos de uma classe, indivíduos cuja inclusão guarda uma relação racional com o objetivo estatal, essa forma de classificação inclui indivíduos que não possuem o mesmo traço distintivo que determina a classe. Temos também nesse caso uma violação do princípio da igualdade porque a legislação não utiliza uma forma de classificação adequadamente delineada para se atingir o interesse estatal que a legislação pretende alcançar<sup>20</sup>. Uma classificação pode ofender o mandamento da igualdade porque a legislação não permite a utilização do *discrímen* em questão. A proibição do uso desses critérios pretende impedir a atuação arbitrária das

<sup>19</sup> Ver, por exemplo, STF, AI-AgR nº 277883-9, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Ellen Gracie, DJ 22.6.2001 (afirmando que norma jurídica excluindo funcionário com curso superior de benefícios financeiros não viola o princípio da igualdade porque a lei pretende beneficiar aqueles funcionários que não foram beneficiados com altos salários durante as suas carreiras profissionais); STF, ADI nº 1326-2/SC, Órgão Julgador: Plenário, Relator: Carlos Veloso, 26.9.1997 (decidindo que a exigência de conclusão de curso superior em certas áreas como requisito para o acesso a empregos públicos não viola o princípio da igualdade); STF, ADI nº 2652-6/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Maurício Correra, DJ 14.11.2003 (declarando a inconstitucionalidade de norma jurídica que excluiu advogados que atuam no setor privado de pagamento de multa por obstrução à justiça); STJ, REsp. nº 600.365, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Franciulli Neto, DJ. 9.4.2004 (garantindo o direito de matrícula a aluno de curso fundamental obrigado a mudar de cidade em função da transferência do pai de uma cidade para outra sob o argumento de que o sistema jurídico não pode garantir tal benefício a alunos de curso superior e excluir os de ensino fundamental); TRF-4ª. Região, AC nº 1999.04.01.072109-1, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Roger Raupp Rios, DJU 13.2.2000 (declarando a inconstitucionalidade de edital de concurso público que só permitia a inscrição de engenheiros inscritos no CREA sob a alegação de inexistência de relação racional entre esse critério e o objetivo da legislação); TJMG, AO nº 1.0024.04.441587-5/001(1), Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: 1.12.2005 (negando provimento a recurso sob o argumento de que a restrição de concessão de benefícios aos filhos de funcionários da ativa não viola o princípio da igualdade porque tal benefício pretende possibilitar cuidados aos filhos desses funcionários enquanto eles enfrentam a jornada de trabalho).

<sup>20</sup> Ver, por exemplo, STF, AR nº 1376-4/MG, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Celso de Melo, DJ 16.2.2007 (afirmando que o privilégio de foro perante o STF aplica-se apenas às pessoas que ainda estão titularizadas, não sendo possível estender tal benefícios a ex-ocupantes de cargos ou a ex-titulares de mandatos eletivos); STF, RE nº 359.444-3/MG, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Velloso, DJ 28.5.2004 (classificando como violador do princípio da igualdade o ato normativo que outorga permissões para a condução de veículos sem qualificação necessária); TRF-4ª. Região, AC nº 2001.71.00.030423-3, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 26.7.2007 (negando provimento de recurso de decisão que inclui ex-combatentes do Esquadrão de Suez como beneficiário de pensão especial sob o argumento que a inclusão desses combatentes estende benefícios a pessoas que não estão incluídas na norma jurídica que garante tal benefício apenas para ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial); TRF-5ª. Região, AC nº 417818/CE, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Élio Siqueira, 26.7.2007 (afirmando que percentagem de reajuste sobre aposentadoria não se estende aos funcionários que não participaram das negociações trabalhistas).

instituições estatais. Isso geralmente acontece quando os órgãos governamentais buscam finalidades que não estão protegidas por nenhum princípio constitucional, pois elas têm como objetivo principal a marginalização de certos grupos sociais. O tratamento arbitrário estará caracterizado quando o *discrímén* aparece apenas como um estereótipo social que tem a função de excluir certas classes de indivíduos e manter uma ordem social que privilegia os grupos sociais que comandam o processo político<sup>21</sup>.

O processo de interpretação da igualdade requer também a consideração da legitimidade dos interesses estatais perseguidos pela norma jurídica; cabe às cortes determinar qual é o objetivo que a autoridade governamental procurou alcançar com a utilização de uma classificação. Esse exercício requer a análise do problema que a autoridade pretende resolver, como também uma avaliação do custo social da utilização de um critério de tratamento diferenciado. Nem o legislador nem o juiz podem determinar com certeza o grau exato de congruência entre um fator de tratamento diferenciado e um interesse estatal. O estabelecimento de políticas públicas requer inúmeras generalizações que podem não guardar uma relação empírica com a realidade social. Não se poderia implementar essas políticas se as instituições estatais fossem obrigadas a provar que todos os membros de uma determinada classe possuem um determinado traço. Os tribunais podem chegar à conclusão de que a utilização de fator de *discrímén* é legítima porque o objetivo estatal ao qual ele está relacionado procura atingir um interesse constitucionalmente protegido. Essa conclusão decorre em grande parte da avaliação dos custos sociais do objetivo estatal perseguido, análise que deve ser pautada pelos direitos fundamentais<sup>22</sup>. A avaliação da racionalidade dos atos governamentais requer então a existência de uma razoabilidade interna, demonstrada pela congruência entre objetivos estatais e critérios de diferenciação, como também uma razoabilidade externa, presente na adequação entre a norma em questão e os princípios que fundamentam a ordem jurídica. A consideração dessa razoabilidade externa é particularmente

---

<sup>21</sup> Ver, por exemplo, STF, RE nº 377440/RS, Relator: Moreira Alves, DJ 12.5.2003 (reformando decisão inferior que negou pedido de pensão ao companheiro de uma funcionária pública estadual sob o argumento de que a Constituição Federal estabelece a igualdade de sexos como um direito fundamental); TRF – 1ª. Região, AC nº 1999.00.01.003173-5/DF, Órgão Julgador: Terceira Turma Suplementar, Relator: Julier Sebastião da Silva, DJ 15.10.2001 (negando provimento interposto pela Política Federal em função de decisão que obrigou aquela instituição a aceitar a inscrição de candidato homossexual por entender que a exclusão do mesmo viola o princípio da igualdade).

<sup>22</sup> Ver, por exemplo, STF, ADI nº 2716-6/RO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Eros Grau, DJ 7.2.2008 (afirmando que a licitação pretende proteger o interesse público ao garantir o melhor negócio por meio da garantia de que todos os candidatos concorram em plena igualdade de condições); TJRS, nº 70023704042, Órgão Julgador: 3ª. Câmara Cível, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 12.6.2008 (afirmando que o aproveitamento de candidatos que participaram de curso de formação não viola o princípio da igualdade porque se observou o princípio da economicidade, dando então preferência a candidatos com formação mais adequada ao cargo);

importante porque permite que o intérprete do direito considere a racionalidade do ato estatal à luz de princípios constitucionais. Como a utilização de determinado *discrímén* está logicamente relacionada com um objetivo estatal, torna-se importante considerar a legitimidade desse ato governamental à luz de princípios estatais, normas que têm por função estabelecer um limite ao poder estatal de classificar indivíduos. Os atos governamentais serão constitucionais na medida em que não entram em conflito direto com os princípios albergados pelo texto constitucional<sup>23</sup>.

O princípio da razoabilidade tem sido amplamente empregado pelos tribunais brasileiros, mas o seu uso levanta algumas questões que permanecem ignoradas pelos aplicadores do direito no Brasil. O princípio da razoabilidade, desenvolvido dentro do paradigma do constitucionalismo liberal, tem como parâmetro fundamental o preceito da igualdade formal. Reconhece-se a legitimidade do poder estatal de classificar indivíduos, mas exige-se que essas classificações sigam as exigências postas pela noção de justiça simétrica, conceito de justiça derivado do princípio de que todos devem ser tratados igualmente perante a lei. Não se pode negar a relevância central do princípio da igualdade formal para a análise da legitimidade dos atos governamentais, mas não se pode reduzir tal exame apenas a esse princípio, principalmente em uma sociedade complexa como a brasileira. Esse emprego estratégico do princípio da igualdade formal serve como um mecanismo para a manutenção dos privilégios sociais dos grupos políticos majoritários. Esse é exatamente o mecanismo utilizado por muitos tribunais que pretendem manter a união estável como uma instituição exclusivamente heterossexual e também pelos tribunais que rejeitam políticas públicas que procuram estabelecer a igualdade de oportunidades entre grupos raciais. Várias cortes brasileiras recorrem a ideologias culturais sobre orientação sexual e raça para rejeitar essas demandas de direitos, ideologias que têm a função de manter os privilégios sociais das pessoas heterossexuais e das elites brancas. Muitos tribunais brasileiros evitam quaisquer referências à noção de igualdade material da discussão sobre esses assuntos, pois esse conceito de igualdade, ao considerar o homem concreto, contraria os argumentos utilizados

---

<sup>23</sup> Ver, por exemplo, TRF-2ª. Região, AC NO. 2005.01.01.-25830-5, Órgão Julgador: 8ª. Turma Especializada, Relator: Raldênio Bonifácio Costa, 30.4.2008 (observando a relação íntima entre as garantias processuais e o princípio da igualdade, conceitos centrais do Estado Democrático de Direito); TRF-2ª. Região, AC nº 2001.02.01.042899-9, Órgão Julgador: 3ª. Seção Especializada, Relator: Antônio Cruz Neto, 16.8.2007 (afirmando que o princípio da dignidade humana tornou-se um epicentro do sistema de direitos fundamentais, criando assim um parâmetro necessário para a interpretação das normas constitucionais para a defesa dos direitos das minorias); TJRS, AC 7000654377, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, 11.9.2003 (classificando o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como expressão necessária da tolerância com a diferença e como respeito à diversidade de comportamentos).

por esses tribunais para rejeitar a possibilidade de transformação social<sup>24</sup>. Vemos então que a noção de razoabilidade, ao tomar o princípio da igualdade formal como único parâmetro para a avaliação da racionalidade dos atos governamentais, mostra-se inadequada para tratar demandas de direitos que requerem a atuação positiva das instituições estatais em diferentes aspectos. Reconhece-se que as instituições estatais devem tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, mas ignora-se o fato de que os indivíduos são iguais e diferentes em vários sentidos. A interpretação da igualdade exige não apenas a consideração da diversidade existente entre os indivíduos, mas também o exame da complexidade interna dos fatores utilizados para se comparar as pessoas, porque eles podem estar intimamente relacionados com outros elementos cuja consideração é igualmente importante. Um *discrímén* pode ser utilizado por inúmeros processos sociais para cristalizar sentidos sociais que justificam práticas discriminatórias, como também para manter a estratificação social que beneficia os grupos que controlam o processo político<sup>25</sup>.

Um princípio de interpretação da igualdade baseado apenas no preceito de uma justiça simétrica mostra-se claramente impróprio quando consideramos o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. A passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social presenciou o surgimento de uma nova dimensão da igualdade que passou a considerar as consequências das diferenças existentes entre os indivíduos na interpretação desse princípio. Identificado como um movimento de especificação ou

<sup>24</sup> Ver, por exemplo, TJRJ, AC nº 2007.001.44569, Órgão Julgador: 17ª. Câmara Cível, Relator: Henrique Carlos de Andrade Figueira, 28.11.2007 (negando provimento de recurso sob o argumento de que a diversidade de sexos é um elemento fundamental para a caracterização da união estável); 9ª. Vara Criminal, São Paulo, Processo nº 936-07, Juiz: Manoel Maximiano Junqueira Filho, 5.7.2007 (afirmando que o futebol é um esporte exclusivamente heterossexual e que homossexuais não merecem o mesmo respeito que jogadores heterossexuais devido a esse distúrbio de comportamento); TJSP, AC nº 544.640-2/2-00, Órgão Julgador: 3ª. Câmara de Direito Privado, Relator: Jesus Lofrano, 12.2.2008 (negando a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis porque a heterossexualidade é um elemento central dessa instituição); JF/PR, 7a. Vara Cível, Curitiba, ACP nº 2004. 70.00.040716-8, Juiz: Mauro Spalding, 6.12.2004 (argumentando que os programas de ações afirmativas baseados na raça e na classe social violam o princípio da igualdade formal porque esses dois critérios não possuem uma relação racional com interesses estatais, além de corromper a imagem do país como uma democracia racial); TJSC, Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança, nº 2005.021645-7/0001.00, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Luiz César Medeiros, 27.9.2007 (recorrendo à concepção formal de igualdade para estabelecer uma correspondência entre os programas de ações afirmativas e as práticas discriminatórias que procuram excluir membros de um grupo racial de oportunidades sociais); JF/SE, 1ª. Vara Federal, MS nº 2004.85.00.006438-3, Juiz: César Mandarino Barretto, 1.3.2005 (afirmando que programas de ações afirmativas violam o princípio da igualdade formal e maculam a imagem do Brasil como uma democracia racial).

<sup>25</sup> Ver, por exemplo, TJRS, AC nº 70001338892, Órgão Julgador: 7a. Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 14.3.2001 (afirmando que o direito pode surgir como um sistema de exclusão social quando estabelece requisitos arbitrários para o acesso a direitos); TRF-4ª. Região, AC nº 2001.71.00.026279-9/RS, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Roger Raupp Rios, 14.8.2007 (argumentando que uma perspectiva de interpretação baseada no binarismo sexual contribui para a preservação de estereótipos sexuais que justifica a discriminação contra a mulher); STJ, REsp. nº REsp 567873 / MG, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Luiz Fux, DJ 25.2.2004 (mantendo a constitucionalidade de programa especial para deficientes físicos porque eles não gozam das mesmas oportunidades sociais oferecidas às pessoas que não têm problemas físicos).

categorização do direito, esse processo tornou possível a construção de uma noção de justiça voltada para a transformação das condições materiais da existência. Os tribunais chegaram à conclusão de que a interpretação da igualdade não deve levar em conta apenas a noção de justiça simétrica entre indivíduos abstratamente considerados, mas pressupõe também uma atuação positiva das instituições estatais para que o alcance da igualdade material entre indivíduos seja possível<sup>26</sup>. Uma nova dimensão da igualdade emergiu no paradigma constitucional atual, concepção identificada com a noção de reconhecimento. O princípio da isonomia surge como um instrumento para a construção de uma sociedade comprometida com o respeito pela pluralidade de identidades existentes dentro da realidade social<sup>27</sup>. Não devemos apenas verificar se as pessoas estão situadas de forma igual ou desigual. Torna-se necessária a criação de mecanismos capazes de promover a inclusão de grupos sociais por políticas públicas que possibilitem tanto a redistribuição de bens materiais como o reconhecimento da humanidade comum de todos os seres humanos. Redistribuição e reconhecimento aparecem então como dois parâmetros centrais para a análise das atuais demandas de direitos, o que requer a articulação entre o princípio da igualdade e o princípio do pluralismo para que possamos avaliar essas demandas de forma adequada. Percebemos então que a perspectiva formalista subjacente ao princípio da razoabilidade mostra-se inadequada porque está identificada com uma noção de justiça simétrica decorrente de uma concepção formal da igualdade. Isso significa que a noção de razoabilidade, tal como tradicionalmente aplicada pelos nossos tribunais, encontra grandes limitações para a

---

<sup>26</sup> Vários tribunais brasileiros têm adotado perspectiva semelhante ao rejeitar uma concepção abstrata dos indivíduos. Essas cortes afirmam que as pessoas devem ser consideradas dentro da realidade social na qual estão situadas, uma exigência das diferentes formas de igualdade presente no texto constitucional. Ver, por exemplo, STF, ADIN nº 3324-7/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Marco Aurélio, 5.8.2005 (afirmando que os direitos sociais possuem enorme importância para se corrigir as disparidades existentes dentro da realidade social, o que requer a consideração da condição real dos indivíduos); TJRS, AI nº 599075496, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi, 17.6.1999 (afirmando que a questão da discriminação contra as minorias requer ações estatais positivas que procurem eliminar as consequências da hierarquia social); TJRJ, AI nº 2003.002.07948, Órgão Julgador: 11ª. Câmara Cível, Relator: Cláudio Mello Tavares, 5.11.2003 (rejeitando a noção de igualdade formal como critério para avaliar os programas de ações afirmativas porque a Constituição Federal estabelece a eliminação das desigualdades sociais como objetivo central da ordem constitucional).

<sup>27</sup> Ver, por exemplo, STF, ADI 3300 MC/DF, Relator: Celso de Mello, DJ 9.2.2006 (referindo-se ao pluralismo como princípio constitucional que justifica o reconhecimento das uniões homoafetivas); TRF-2ª. Região, AC nº 2001.02.01.043851-8, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Maria Helena Cisne, 11.11.2003 (argumentando que as uniões entre pessoas do mesmo sexo devem ser legalmente protegidas tendo em vista os princípios presente no preâmbulo da Carta Constitucional que contempla uma sociedade pluralista e sem preconceitos em suas escolhas na hora da formação de seu núcleo familiar); TJAC, AC nº 2007.001819-4, Órgão Julgador: Câmara Cível, Relatora: Miracele Lopes, 25.9.2007 (apontando a importância de se reconhecer tanto o pluralismo social quanto o pluralismo familiar, duas possibilidades albergadas pelo texto constitucional e que justifica a extensão de direitos previdenciários a casais homossexuais); 22ª. Vara Federal, Distrito Federal, Processo nº 2005.34.00.037051-7, Juiz: Rogério Volpato Polezze, 8.3.2007 (argumentando que a construção de uma sociedade igualitária é um objetivo básico do sistema constitucional brasileiro).

interpretação do princípio da igualdade no atual paradigma constitucional, doutrina fundada na interpretação da Constituição como um programa de transformação social<sup>28</sup>.

#### **4. Razoabilidade e igualdade na jurisprudência brasileira das uniões homoafetivas**

##### **4.1. As uniões homoafetivas e a aplicação tradicional do princípio da razoabilidade**

Uma análise das decisões que negam a possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como uniões estáveis aponta os problemas decorrentes da aplicação tradicional da razoabilidade como princípio instrumental de interpretação da igualdade. Partindo da definição legislativa da instituição da união estável, esses tribunais recorrem a uma série de argumentos baseados na premissa de que essa instituição é inerentemente heterossexual. Eles afirmam que casais homossexuais não podem ser classificados como entidades familiares porque a união estável é uma instituição culturalmente e legalmente definida como uma união entre um homem e uma mulher cujo objetivo principal é a procriação. A definição legal da união estável como uma união entre um homem e uma mulher, argumentam esses tribunais, representa a institucionalização de um costume que tem importância fundamental para a reprodução social. Esses tribunais alegam que a família nasce com a união matrimonial, o que demonstra a relação racional entre a eleição da orientação sexual como fator de discriminação e o objetivo de se promover a procriação<sup>29</sup>. A proteção constitucional da família, entendida como a comunidade formada pelo homem e a mulher e a prole derivada dessa união, representa o interesse do legislador em criar um ambiente ético favorável à reprodução e à criação dos filhos, o que constitui um interesse estatal plenamente legítimo. A legislação regulando a instituição da união estável não representa uma

<sup>28</sup> Ver nesse sentido TJRS, AC nº 7001660383, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Claudir Fidélis Faccenda, 26.10.2006 (afirmando que a Constituição Federal estabelece a promoção do bem-comum de todas as pessoas como objetivo central da República Federativa do Brasil); TJRS, AC nº 598362655, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: José Siqueira Trindade, 1.3.2000 (mencionando os objetivos anti-subordinatórios presentes na nossa Constituição para justificar o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis); JF/DF, 22ª. Vara Cível Federal, Processo nº 2005.34.00.037951-7, Juiz: Rogério Volpatto Polezze, 8.3.2007 (reconhecendo direito de companheira homossexual a receber benefícios em função do princípio da igualdade e da dignidade humana, princípios que pressupõe não apenas a liberdade negativa, mas também a atuação positiva das instituições estatais).

<sup>29</sup> Ver, por exemplo, STJ, REsp. nº 502.995 – RN, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, DJ 16.5.2005 (afirmando que a dualidade dos sexos é condição necessária para a caracterização da união estável, pois duas pessoas de mesmo sexo não podem desempenhar os papéis de pai e mãe); STF, REsp. nº 648.763-RS, Órgão Julgador: Cesar Asfor Rocha, DJ 16.4.2007 (reformando decisão inferior que reconheceu uma união homossexual como união estável porque a dualidade de sexos é uma condição necessária para a união estável); TJRN, CComp. nº 02.001241-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Caio Alencar, 21.8.2002 (afirmando que a instituição da união estável pressupõe a diversidade de sexos, condição necessária para a procriação); TRF-1ª. Região, AC nº 2002.38.00.043831-2/MG, Órgão Relator: 2ª. Turma, Relator: Antônio Cláudio Macedo da Silva (decidindo que a noção de família necessariamente implica a dualidade de sexos tendo em vista o seu objetivo principal, a procriação); TJMG, AC nº 56.899, Órgão Julgador: 1ª. Câmara Civil, Relator: Paulo Tinôco, RT 572/189, 16.11.1982 (anulando casamento entre duas mulheres porque a dualidade de sexos é um requisito para o casamento, requisito para se chegar à procriação, objetivo do casamento).

violação do princípio da igualdade porque ela apenas institucionaliza uma realidade social e biológica cujos fundamentos não podem ser alterados pelo Direito. Esses tribunais alegam ainda que a Constituição procura proteger a família e não as relações afetivas mantidas por indivíduos, sejam eles heterossexuais ou homossexuais<sup>30</sup>. Esses tribunais também sustentam que as leis são produto de um processo legislativo que estabelece tanto o conteúdo material dos direitos como também os limites para a sua aplicação. O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo revela-se manifestadamente impossível pela própria definição legislativa desta instituição<sup>31</sup>. A união estável entre pessoas do mesmo sexo é um fato estranho ao direito porque essa instituição pressupõe a diversidade dos sexos, condição necessária para a finalidade que a legislação pretende proteger. A falta de previsão legal desse direito material invoca a falta de tutela pretendida no plano processual porque não se pode proteger direito materialmente inexistente. O direito de ação requer a existência de um direito objetivo regulando uma determinada questão jurídica, o que impede o reconhecimento destas uniões como entidades familiares<sup>32</sup>.

Muitos tribunais brasileiros afirmam que a definição legal da união estável impossibilita o uso da analogia entre as uniões heterossexuais e homossexuais porque não existe uma lacuna no caso sob análise. O uso da analogia pressupõe tanto a total falta de regulação legal ou jurisprudencial de uma questão jurídica como também a identidade entre um fato social e uma realidade já regulada pelo direito. A completa diferença existente entre as uniões homossexuais e heterossexuais impossibilita o uso da analogia porque não existe uma semelhança de situações. Casais homossexuais não podem gerar filhos e a procriação é o fator que demanda

<sup>30</sup> Ver, por exemplo, TJRS, AC nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27.4.2005 (afirmando que a família sempre foi entendida como instrumento de reprodução social desde os primórdios da civilização e que o direito apenas institucionaliza uma realidade biológica); TJRN, CComp. nº 02.00141-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Caio Alencar, 21.8.2002 (argumentando que a Constituição não pretende proteger relações individuais e sim a família, instituição responsável pela reprodução social); TJSC, AC nº 2006.035584-8, Órgão Julgador: 3a. Câmara de Direito Civil, Relator: Fernando Carioni, 28.11.2006 (afirmando que uniões homossexuais não podem ser reconhecidas como uniões estáveis porque dois homens ou duas mulheres não podem assumir os papéis de mãe e pai perante os filhos).

<sup>31</sup> O § 3º do art. 226 da Constituição Federal assim estabelece: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” O art. 1º da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996 assim define a instituição da união estável: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.” O art. 1.723 do Código Civil estabelece que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

<sup>32</sup> Ver, por exemplo, Ver TJMG, AI nº 1.0702.03.094371-7/001, 2ª. Câmara Cível, Relator: Caetano Levi Lopes, 1/04/2005 (apontando a impossibilidade jurídica como motivo para extinguir processo por carência de ação numa ação de reconhecimento de união estável entre duas mulheres); TJSP, AC nº 349.910.4/3-00, Órgão Julgador: 8ª. Câmara de Direito Privado, Relator: Álvares Lobo, 8.6.2005 (indeferindo pedido de reconhecimento de união estável cumulada com indenização porque a legislação pátria não reconhece a união entre pessoas do mesmo sexo); TJRJ, AC nº 7355/98, Órgão Julgador: 14ª. Câmara Cível, Relato; Ademir Paulo Pimentel, 29.9.1998 (indeferindo pedido de reconhecimento de união homoafetiva como união estável por constituir caso de impossibilidade jurídica)

especial proteção estatal<sup>33</sup>. Como os tribunais brasileiros recorrem ao instituto da sociedade de fato para regular questões concernentes às uniões homossexuais, o uso da analogia com a união estável se mostra então totalmente incabível. Isso significa que os tribunais não podem empregar os princípios utilizados para regular a união estável às uniões homoafetivas porque não existe nenhuma semelhança entre as mesmas<sup>34</sup>. Essas uniões não são nada mais do que uma forma de perversão de costumes morais e não devem ser protegidas pelo sistema jurídico<sup>35</sup>. Como consequência dos argumentos acima citados, muitos tribunais brasileiros concluem que a exclusão dos casais homossexuais da instituição da união estável não representa uma ofensa ao princípio da igualdade. O estabelecimento da diversidade de sexos como requisito para o acesso às instituições do casamento e da união estável não pode ser caracterizado como um tratamento arbitrário, pois existe uma correlação lógica entre a classificação legislativa e um interesse estatal plenamente válido. Esses tribunais alegam que o legislador tem total legitimidade em institucionalizar a diversidade de sexos como um requisito fundamental para o acesso a essas instituições, pois a proteção da família e a promoção da procriação são interesses estatais legítimos<sup>36</sup>. Portanto, apesar da proibição constitucional de quaisquer formas de discriminação,

<sup>33</sup> Ver, por exemplo, STJ, REsp. n° 773.136-RJ, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relatora: Nancy Andrichi, 13.11.2006 (afirmando que a união estável pressupõe a diversidade de sexos tendo em vista o objetivo desta instituição de promover a procriação e estabelecer um modelo de família heterossexual); TJRS, AC n° 70009888017, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27.4.2005 (afirmando que a total falta de identidade entre as relações homossexuais e heterossexuais impede a utilização do instituto da analogia enquanto método de integração do direito); TJDF, CComp. n° 291471, Órgão Julgador: 1ª. Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12.11.2007 (recorrendo à definição gramatical da noção de casal como um par composto de macho e fêmea para negar a possibilidade de aplicação analógica da união estável às uniões homossexuais).

<sup>34</sup> Ver, por exemplo, STJ, Resp n° 323.370 – RS, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Barros Monteiro, DJ 14.3.2005 (decidindo que não há que se falar em lacuna da lei nos casos relativos ao reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo sexo tendo em vista a definição legal da união estável e do casamento); TJRJ, APC. n° 33971/03, Órgão Julgador: 4ª. Câmara Cível, Relator: Reinaldo Pinto Alberto Filho, 30.6.2003 (afirmando que a aplicação da analogia à união estável não é possível por não se tratar de hipótese não tutelada pelo direito, sendo aplicável a disciplina da sociedade de fato); TJRS, AC n° 70009791351, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, 10.11.2004 (indeferindo pedido de alimentos feitos por companheiro homossexual porque a união entre pessoas do mesmo sexo só enseja direitos patrimoniais regulados pela instituição da sociedade de fato).

<sup>35</sup> Ver, por exemplo, TJSP, AC n° 425.148-5/2-00, Órgão Julgador: 5ª. Câmara de Direito Privado, Relator: Alberto Zvirblis, 5.10.2006 (negando a possibilidade de extensão de direitos previdenciários a casais homossexuais sob o argumento de que qualquer projeto equiparando uniões entre lésbicas e pederastas às uniões heterossexuais são imorais); TJPB, AC n° 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª. Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 8.4.2008 (classificando as uniões homoafetivas como um “esquisitismo extremo” que provoca a inversão de valores morais e espirituais); TJRJ, AC n° 1992. 001.03309, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Celso Guedes, 24.11.1992 (afirmando que o concubinato entre dois homens é uma “exdruxularia” que não pode ser protegida pelo sistema jurídico).

<sup>36</sup> Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode ser tomada como um exemplo perfeito desse entendimento jurisprudencial. O relator do acórdão alega que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não se assemelham a união estável ou ao casamento porque casais homossexuais não podem procriar. O casamento e a união estável merecem especial proteção do Estado porque a procriação é o principal objetivo do casamento e da união estável. A ideia de família, argumenta o relator, passa necessariamente por uma prole e pela caracterização de um ambiente ético no qual os filhos podem se desenvolver de forma natural e segura. Ver TJRS, APC. n° 70009791351, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Sérgio Teixeira de Vasconcelos Chaves, 10.12.2004.

o que inclui a discriminação por orientação sexual, a definição legal da união estável não configura uma violação do princípio da isonomia porque existe uma relação racional entre a classificação legislativa e um interesse estatal legítimo<sup>37</sup>.

#### **4.2. As uniões homoafetivas e a aplicação progressista do princípio da razoabilidade**

Muitos tribunais brasileiros têm promovido uma reformulação do princípio da razoabilidade, processo responsável pelo aumento progressivo da proteção jurídica aos casais homossexuais. No lugar de uma noção de razoabilidade baseada apenas no princípio da igualdade formal como critério de avaliação da racionalidade dos atos governamentais, vários tribunais brasileiros aplicam uma concepção desse princípio que difere consideravelmente daquela descrita nos parágrafos anteriores. A análise do fator de tratamento diferenciado pode ser apontada como o primeiro elemento que atesta a divergência existente entre os tribunais brasileiros sobre o significado do princípio da razoabilidade. Os tribunais que aceitam a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis argumentam que não se pode tomar o critério de tratamento diferenciado como se ele tivesse uma natureza unidimensional. Esses tribunais afirmam que o livre exercício da orientação sexual, um direito assegurado pela Constituição Brasileira, possui um caráter multidimensional: ele demanda a garantia de inúmeras liberdades para que possa ser concretizado<sup>38</sup>. A liberdade de expressão sexual só se torna real quando as pessoas têm a liberdade de escolher um parceiro íntimo, o que inclui a possibilidade de escolher o sexo do parceiro. Essa liberdade também inclui o acesso a bens materiais provenientes de direitos previdenciários, direitos patrimoniais e direitos sucessórios. Tal fato impossibilita a consideração da orientação sexual como uma categoria unidimensional, ou seja, como um critério de classificação que leve em consideração apenas a orientação sexual como um fator direcionado à reprodução biológica. Enquanto exercício de uma forma de liberdade individual, a orientação

<sup>37</sup> Ver, por exemplo, TJRN, AC NO. 2005.004298-6, Órgão Julgador: 2a. Câmara Cível, Relator: Cláudio Santos, 7/03/2006 (decidindo que a exclusão dos casais homossexuais das uniões estáveis não viola o princípio da igualdade por existir uma relação racional entre a heterossexualidade e a procriação); TJRS, AI nº 70000535542, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, 13/04/2000 (negando provimento a recurso sob o argumento de que a exclusão de casais homossexuais da união estável não viola o princípio da igualdade); TJRJ, AC nº 2006.001.59548, Órgão Julgador: 11ª. Câmara Cível, Relator: Roberto Guimarães, 15.1.2007 (afirmando que a exclusão dos casais homossexuais da união estável não fere a igualdade porque o nosso sistema jurídico não impede a restrição de todos os direitos decorrentes da personalidade); TJSP, AI nº 476.923/4-00, Órgão Julgador: 9ª. Câmara de Direito Privado, Relator: Grava Brazil, 28.11.2006 (afirmando que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não foi acolhida nem pela Constituição nem pela legislação inferior).

<sup>38</sup> Ver nesse sentido TRF-4ª. Região, AC nº 170491/RS, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Marga Inge Barth Tessler, DJU 24.11.1998 (afirmando que os direitos previdenciários garantem acesso a uma série de benefícios necessários para uma vida digna, servindo como base para o exercício da liberdade sexual); TRF-1ª. Região, MS nº 2005.34.00.013248-1/DF, Órgão Julgador: 6ª. Turma Relator: Souza Prudende, DJ 3.10.2007 (argumentando que a escolha de um parceiro íntimo é um direito protegido pelo direito à privacidade); TRF-2ª. Região, AC nº 2002.51.01.019576-8, Órgão Julgador: 7ª. Turma, Relator: Sérgio Schwaitzer, 4.7.2007 (afirmando que a garantia do direito à orientação sexual depende da garantia do direito à liberdade, à igualdade e à privacidade).

sexual demanda o acesso igualitário às instituições que regulam as uniões matrimoniais, condição necessária para a realização da liberdade de escolha de um parceiro íntimo<sup>39</sup>.

O emprego de uma interpretação sistemática das normas constitucionais tem servido como base para se rejeitar a tese de que a união estável é uma instituição inerentemente heterossexual. Muitos juízes brasileiros referem-se às transformações da família para afastar a tese da racionalidade da exclusão dos casais homossexuais da instituição da união estável. Eles afirmam que a proteção jurídica dirigida à família não se refere mais a ela como simples instrumento de reprodução social, mas à sua função como um espaço de troca de afetos, assistência moral, auxílio mútuo e companheirismo<sup>40</sup>. A funcionalização e a privatização da família como espaço de trocas pessoais tem possibilitado o surgimento de novas formas de arranjos familiares cuja finalidade principal é a realização pessoal<sup>41</sup>. A dinâmica social,

<sup>39</sup> Ver nesse sentido, TJSP, MAS nº 464.730-4/0, Órgão Julgador: 4ª. Câmara de Direito Privado, Relatora: Maia Cunha, 9.11.2006 (afirmando que o direito personalíssimo à orientação sexual se materializa com o reconhecimento de seus conseqüências, principalmente no plano jurídico, sob pena de negativa àquele direito, protegido pela Lei Maior); TJRS, AC nº 70001388982, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 14.3.2001 (alegando que a possibilidade de escolha de um parceiro íntimo constitui aspecto fundamental do direito à livre expressão da liberdade sexual). A consideração da pluralidade interna das variáveis utilizadas para comparar indivíduos também está presente em outras áreas da jurisprudência brasileira sobre a igualdade. Ver, por exemplo, TRF-1ª. Região, AMS nº 2006.33.00.008424-9/BA, Órgão Julgador: 5ª. Turma, Relator: João Batista Moreira, DJ 17.5.2007 (a raça é apenas um índice, assim como a circunstância de ter estudado em escola pública. O verdadeiro fator de discriminação é a situação social que se esconde [melhor seria dizer “que se estampa”] atrás da raça e da matrícula em escola pública. Há um critério imediato - a raça - que é apenas meio para alcançar o fator realmente considerado - a inferioridade social); TJRS, AC nº 70013034152, Órgão Julgador: 3ª. Câmara Cível, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 25.5.2006 (decidindo que os programas de ações afirmativas são constitucionais porque eles contribuem para a eliminação da situação de subordinação social da população afro-descendente decorrente de discriminação racial, do empobrecimento e da falta de oportunidade culturais); TRF-2ª. Região, AC nº 2005.01.01.023664-4, Órgão Julgador: 5ª. Turma Especializada, Relator: Vera Lúcia Lima, 4.6.2008 (argumentando que o transporte público gratuito constitui um requisito para o acesso ao direito à educação, principalmente para aqueles alunos de baixo poder aquisitivo cujo deslocamento pode constituir um fardo econômico que pode impossibilitar a escolarização).

<sup>40</sup> Ver, por exemplo, TJRS, AC nº 700012836755, Órgão Julgador: 7ª. Câmara, Relator: Maria Berenice Dias, 21.12.2005 (afirmando que a família é caracterizada como uma união pelo amor e não como célula de reprodução social); TRF- 4ª. Região, AC nº 2000.71.00.009347-0/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: João Batista Pinto Silveira, DJU 10.8.2005 (apontando a evolução da família como justificativa para a extensão de direitos previdenciários aos casais homossexuais); TJRS, APC nº 70001388982, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 14.3.2001 (apontando para a constante evolução da noção de família como um fator indicador da necessidade de se reconhecer casais homossexuais como entidades familiares).

<sup>41</sup> STF, ADI nº 3300 MC- DF, Relator: Celso de Mello, DJ 9.2.2006 (afirmando que a família não se define apenas pela união entre um homem e uma mulher, mas também engloba o relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo ligadas por laços afetivos); TJRS, AC nº 700013801592, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 5.4.2006 (afirmando que uma interpretação adequada do texto constitucional sugere que a família deve ser vista como um instrumento para a realização de vínculos afetivos); 2ª. Vara Cível, Tangará da Serra, Processo nº 1067/2007, Juíza: Olinda de Quadros Altomare Castrillon, 28.11.2007 (afirmando que o afeto é a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações entre pessoas do mesmo sexo constitui uma privação do direito à vida); TJSP, AC nº 552.574-44-00, Órgão Julgador: 8ª. Câmara de Direito Privado, Caetano Lacasta, 12.3.2008 (declinando a possibilidade de considerar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido porque o julgador precisa considerar os vínculos pessoais de sentimento e afeto familiar, não reduzidos a meras discussões patrimoniais); TRF-2ª. Região, AC nº 2002.51.01.500478-3, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Fernando Marques, 2.6.2004 (sustentando que as instituições judiciárias passaram a reconhecer a afetividade humana como elemento central das relações adultas, inclusive no caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo).

afirmam esses tribunais, tem desestabilizado a atribuição tradicional de papéis sexuais que identifica o homem como a parte provedora e a mulher como a principal responsável pela criação dos filhos<sup>42</sup>. A transformação da noção de família está evidenciada no próprio texto constitucional, que, além de estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, inclui novas formas de relações humanas como entidades familiares, tais como as uniões informais entre adultos, as famílias monoparentais e a comunidade de irmãos<sup>43</sup>. Além disso, o processo de constitucionalização das normas de direito de família implica necessariamente a submissão das mesmas aos princípios constitucionais que regulam os direitos fundamentais. A submissão dessas normas aos princípios da igualdade e ao princípio da dignidade humana exige a inclusão dos casais homossexuais na instituição da união estável porque tal preceito deve regular todas as relações privadas entre indivíduos<sup>44</sup>. Muitos tribunais brasileiros asseveram que o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis alinha-se perfeitamente à longa tradição brasileira de se propiciar proteção jurídica às uniões livres, fator responsável pelo reconhecimento jurídico das uniões concubinárias como uniões estáveis<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Ver, por exemplo, TRF – 1ª. Região, AI nº 2003.01.00.000697-0/MG, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Tourinho Neto, DJ 24.3.2004 (alegando que a mútua assistência afetiva constitui o centro de gravidade das relações familiares no mundo contemporâneo e não mais a tradicional atribuição de papéis sexuais a homens e mulheres); TRF-4ª. Região, AC nº 2000.71.00.0009347-0/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: João Batista Pinto Silveira, DJU 10.8.2005 (mencionando a transformação da família nas últimas décadas, processo marcado pela superação da família como unidade de reprodução biológica); TJRS, AC nº 70016660383, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Claudir Fidélis Faccenda, 26.10.2006 (afirmando que o dogma da família tradicional formada por marido mulher e prole tem sido relativizado pelas transformações sociais); TJMG, AC nº 1.0024.05.750258-5/002(1), Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Belizário de Lacerda, 4.9.2007 (afirmando que os direitos da união homoafetiva são indissociáveis da união estável e que vários movimentos sociais contribuíram para a transformação da família patriarcal e a criação de família baseada no afeto); 2ª. Vara das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Processo nº 001/1.06.0178794-7, Juiz: Roberto Arriada Lorea, 7.1.2008 (reconhecendo uma união homoafetiva como união estável sob o argumento de que a concepção de família condicionada à geração de prole não está respaldada pelo ordenamento jurídico brasileiro).

<sup>43</sup> O Superior Tribunal de Justiça considerou os irmãos solteiros que vivem em um mesmo apartamento como uma entidade familiar (STJ, REsp. nº 159851, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Rui Rosado), assim como o solteiro celibatário, viúvo e sem descendentes, desquitado, divorciado (STJ, REsp. nº 57606, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Luiz Vicente Cernichiaro) e o cônjuge separado (STJ, REsp. nº 218377, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Barros Monteiro). Ver ainda TRF – 4ª. Região, AC nº 2000.04.01.073643-8/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Nylson Paim de Abreu, 21.11.2000 (afirmando que família deixou de englobar apenas as uniões matrimoniais para encampar outras entidades como as uniões entre pessoas do mesmo sexo).

<sup>44</sup> Ver, por exemplo, TRF-2ª. Região, AC nº 2002.51.01.500478-3, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Fernando Marques, 2.6.2004 (afirmando que o direito de família recebe o influxo do direito constitucional, sendo que o princípio da igualdade restou por fazer verdadeira faxina que discriminações que existiam no campo das relações familiares); TJRS, AC nº 70009550070, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, 17.11.2004 (reconhecendo uma união homoafetiva como união estável sob o argumento de que as normas de direito de família se submetem aos princípios constitucionais tais como os princípios da dignidade humana e os princípios da igualdade);

<sup>45</sup> Ver, por exemplo, TRF-5ª. Região, AC nº 238842 – RN, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relatora: Margarida Cantarelli, 30.8.2001 (garantindo direitos previdenciários ao companheiro de um funcionário público baseado no fato de que a legislação brasileira estendeu direitos previdenciários à concubina mesmo antes da existência de legislação regulando o concubinato); STJ, Resp. nº 148897/MG, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Ruy Rosado de Aguiar, DJU 6.4.1998 (referindo à jurisprudência brasileira sobre o concubinato para garantir direitos patrimoniais a casais homossexuais).

Vários tribunais brasileiros argumentam que a exclusão dos casais homossexuais das uniões homoafetivas viola o princípio da igualdade formal. Essa violação decorre do fato de que a Carta Maior estabelece essa dimensão da igualdade como um direito fundamental, e tal exclusão viola claramente esse mandamento constitucional. Muitas cortes brasileiras afirmam que a definição constitucional da união estável não pode ser analisada separadamente dos outros princípios constitucionais, principalmente da norma que estabelece o tratamento igualitário de todos os cidadãos. Como casais homossexuais constroem relacionamentos que estão baseados nos mesmos pressupostos que os relacionamentos heterossexuais, eles não podem ser excluídos dos direitos decorrentes da instituição da união estável. Os relacionamentos contemporâneos estão baseados no companheirismo, no princípio da afetividade e na assistência mútua. Tal fato demonstra que casais homossexuais e heterossexuais estão similarmente situados, o que justifica o tratamento igualitário entre os mesmos<sup>46</sup>. Várias cortes brasileiras também correlacionam o princípio da igualdade formal com a vedação constitucional de discriminação sexual para justificar a extensão de direitos matrimoniais a casais homossexuais. Argumenta-se que a proibição da discriminação sexual inclui a discriminação por orientação sexual porque esta última forma de tratamento arbitrário tem como alvo o sexo do parceiro escolhido<sup>47</sup>.

A aplicação do princípio da igualdade material tem contribuído de forma bastante eficaz para a emancipação dos casais homossexuais. Inúmeros tribunais brasileiros recorrem a esse preceito para justificar a extensão de direitos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, rejeitando assim o argumento de que não se pode reconhecer direitos que não estejam positivados.

<sup>46</sup> Ver nesse sentido STJ, REsp. nº 395904/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, DJ 6.2.2006 (afirmando que o texto constitucional demanda o tratamento igualitário entre uniões homossexuais e uniões heterossexuais); TRF-4ª. Região, AC nº 2007.04.00.041874-8, Órgão Julgador: 3a. Turma, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, DE 8.1.2008 (argumentando que os direitos fundamentais, entre eles o princípio da igualdade formal, condicionam todos os atos da Administração Pública, o que determina o tratamento igualitário entre todos os administrados); TRF-2ª. Região, AC nº 2001.38.00.032500-5/MG, Órgão Julgador: 5ª. Turma, Relator: Selene Maria de Almeida, 5.3.2006 (mantendo decisão de primeira instância que concedeu autorização para estrangeiro morar no país porque o texto constitucional estabelece o tratamento entre casais homossexuais e heterossexuais); TRF-3ª. Região, AC nº 2002.51.01.530669-9, Órgão Julgador: 2ª. Turma Especializada, Relator: Messod Azulay Netto, 13.3.2006 (recorrendo ao princípio da não discriminação para justificar o tratamento igualitário das uniões homoafetivas); TJMG, AC nº 2.0000.00.503767-2/000(1), Órgão Julgador: 17ª. Câmara Cível, Relator Luciano Pinto, 2.6.2005 (mencionando o princípio constitucional da igualdade e a correlação desse princípio com outros preceitos constitucionais para justificar o tratamento igualitário entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis).

<sup>47</sup> Ver, por exemplo, TRF-4ª. Região, AC nº 1999.04.01.074054-1/SC, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Valdemar Capeletti, DJU 23.8.2000 (afirmando que a discriminação por orientação sexual encobre na verdade uma forma de discriminação sexual); TRF – 5ª. Região, AC nº 334141-RN, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Geraldo Apoliano, 17.6.2004 (concluindo que a Constituição Brasileira proíbe a discriminação baseada no sexo, o que inclui a discriminação por orientação sexual); TRF-2ª. Região, AC nº 2002.51.01.019576-8, Órgão Julgador: 7ª. Turma, Relator: Sérgio Schwaitzer, 4.7.2007 (observando que o texto constitucional brasileiro proíbe a possibilidade de discriminação por motivo de sexo, o que inclui a discriminação por orientação sexual, pois o que se discrimina é o sexo do parceiro).

O direito à liberdade sexual inclui o acesso a uma série de direitos para que possa ser exercido, entre eles os direitos sociais, categoria de direitos que têm grande importância para a construção de uma vida conjugal. Esses tribunais mencionam constantemente o princípio da igualdade material para justificar a inclusão de companheiros homossexuais como beneficiários de direitos previdenciários. Eles também apontam a irracionalidade da exclusão dos casais homossexuais desses benefícios porque todos os cidadãos são obrigados a contribuir para o sistema de previdência social, sejam eles trabalhadores do setor privado ou do setor público. Vemos aqui uma aplicação precisa do raciocínio que subjaz a esse princípio: o nosso texto constitucional tem como objetivo principal a construção de uma sociedade igualitária, o que demanda a atuação positiva das instituições estatais. A atuação estatal pretende corrigir exatamente a situação daqueles que se encontram desprovidos de oportunidades sociais em função de processos de exclusão social. O princípio da igualdade material procura estabelecer a igualdade proporcional entre os indivíduos, garantindo assim um nível mínimo de bem-estar a todos os cidadãos. O reconhecimento da obrigatoriedade da adoção de medidas de caráter positivo ocupa um papel de fundamental importância na eliminação de práticas discriminatórias responsáveis pelo impedimento do acesso a bens materiais. Isso significa que a exclusão dos casais homossexuais dos direitos decorrentes da união estável é irracional porque impede o exercício de uma categoria de direitos que os tribunais brasileiros classificam como direitos fundamentais<sup>48</sup>.

Percebemos o aparecimento de uma nova dimensão da igualdade na jurisprudência sobre as uniões homoafetivas, dimensão que chamaremos de igualdade inclusiva em função do seu objetivo de tornar realidade o objetivo constitucional da justiça social. Essa nova dimensão da igualdade tem como característica principal a articulação dos princípios da igualdade formal, da igualdade material e do pluralismo social. A combinação desses três princípios constitucionais torna possível o tratamento das atuais demandas de direitos que giram em torno da identidade. Os seres humanos possuem algumas necessidades que precisam ser satisfeitas para que eles possam

---

<sup>48</sup> Ver nesse sentido STJ, REsp. n° 395904/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, DJ 6.2.2006 (“Há que se perceber que não há igualdade jurídica no não direito. Ao se negarem, mesmo através de mecanismos legais, direitos fundamentais, entre eles o de sobrevivência, mediante recebimento de benefícios previdenciários, a pessoas que, se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988”); TRF- 2ª. Região, AC n° 381065, Órgão Julgador: 5ª. Turma Especializada, Relator: Paulo Espírito Santo, 5.12.2007 (afirmando que a isonomia material estabelece o tratamento igualitário entre os casais homossexuais e heterossexuais para que esses possam ter acesso a direitos sociais necessários à segurança material dos mesmos); TRF-1ª. Região, MS n° 2005.34.00.013248-1/DF, Órgão Julgador: 6ª. Turma Relator: Souza Prudente, DJ 3.10.2007 (argumentando que a exclusão dos casais homossexuais dos benefícios previdenciários contradiz os objetivos constitucionais de realização da dignidade humana e da construção de uma sociedade baseada na justiça social); 5ª. Vara da Fazenda Pública, São Paulo, Processo n° 583.53.2002.016636-7, Juiz: Rômulo Russo Júnior, 27.7.2006 (argumentando que o direito deve sempre levar em consideração os dados da realidade social para regular as situações jurídicas de forma adequada, perspectiva que justifica a extensão de benefícios previdenciários aos casais homossexuais).

gozar de uma vida passível de ser classificada como digna. A exclusão de casais homossexuais da instituição da união estável surge então como uma prática responsável pela degradação dos mesmos porque impede que eles satisfaçam uma necessidade humana básica. Mas o exercício dessas capacidades e a satisfação dessas necessidades só se tornam possíveis quando a sociedade reconhece a legitimidade desses objetivos. Esse é o motivo pelo qual a noção de igualdade no mundo contemporâneo está intimamente ligada à questão do reconhecimento da dignidade comum de todos os seres humanos. O problema da satisfação de necessidade e exercício de habilidades humanas está diretamente implicado na controvérsia sobre o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como uniões estáveis. Os tribunais que classificam as uniões homoafetivas como uniões estáveis reconhecem que a capacidade de homens e mulheres homossexuais formarem relacionamentos baseados no companheirismo e no afeto é algo constitutivo da qualidade dos membros desse grupo como seres humanos. Da mesma forma que os casais heterossexuais, casais homossexuais possuem a mesma necessidade de formar relacionamentos baseados na intimidade física e emocional com outros seres humanos<sup>49</sup>. A orientação sexual serve também como uma forma de estratificação social porque ela impede que essa classe de cidadãos tenha acesso a bens materiais necessários à sobrevivência. Percebemos então que a institucionalização da união estável como uma instituição heterossexual contribui também para o empobrecimento dos casais homossexuais porque impede que eles possam gozar direitos sociais acessíveis apenas a casais heterossexuais. A noção de igualdade inclusiva pressupõe que o acesso igualitário a direitos e garantias constitucionais surge exatamente do reconhecimento de que os seres humanos devem ter acesso aos mesmos recursos e às mesmas oportunidades necessárias para a realização pessoal. Ao promover simultaneamente reconhecimento e redistribuição, a noção de igualdade inclusiva permite a eliminação de processos sociais responsáveis pela marginalização social. Esse processo ocorre em função da institucionalização de sentidos sociais que constroem a homossexualidade como uma anomalia

---

<sup>49</sup> Ver TRF-4ª. Região, AC nº 170491/RS, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Marga Inge Barth Tessler, DJU 24.11.1998 (afirmando que a extensão de proteção legal às relações livres decorre do reconhecimento da afetividade como elemento central das uniões matrimoniais); TJRS, AI nº 70018249631, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, 11.4.2007 (argumentando que a afetividade tornou-se uma realidade digna de tutela jurídica, o que justifica o reconhecimento do direito de visita no caso de filiação homoparental); TAMG, AC nº 360.826-8, Órgão Julgador: 2ª. Câmara Cível, Relator: Alberto Vilas Boas, 27.8.2002 (observando que as relações homoafetivas são marcadas pelas relações de afeto, devendo, por isso, buscar a aplicação da analogia com as uniões heterossexuais); TJRS, AI nº 599075496, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi, 17.6.1999 (afirmando que a igualdade de sexos não impede a concretização de um relacionamento afetivo entre duas pessoas, com consequências idênticas aos entretidos pelos casais de sexos diversos); JF/SP, 7ª. Vara Federal, ACP nº 2003.61.00.026530-7, Juíza: Diana Brunstein, 9.3.2004 (argumentando que, uma vez presentes os requisitos da estabilidade, afetividade e outras características presentes em uniões heterossexuais, não há justificativa para não garantir o reconhecimento jurídico das mesmas).

moral, mecanismo também responsável pela exclusão econômica ao impedir que casais tenham acesso a direitos patrimoniais, previdenciários e sucessórios<sup>50</sup>.

Essa perspectiva também se diferencia claramente da posição anterior no que diz respeito à avaliação da relação externa entre a racionalidade dos atos governamentais e os princípios constitucionais. Tal diferença decorre da compreensão que esses tribunais possuem do papel dos princípios constitucionais no processo de interpretação das normas constitucionais. Esses tribunais não se referem aos princípios constitucionais apenas como critérios utilizados para a identificação e eliminação de classificações arbitrárias; a legitimidade das normas jurídicas será medida a partir do seu potencial em tornar efetivos os princípios e objetivos constitucionais<sup>51</sup>. Vários tribunais brasileiros recorrem a esse pressuposto tanto para estender direitos matrimoniais a casais homossexuais como também para reconhecer as uniões homoafetivas como uniões estáveis. Argumenta-se também que os princípios da igualdade e da dignidade humana e os objetivos de se criar uma sociedade inclusiva servem como base para uma interpretação expansiva da norma constitucional que conceitua a união estável<sup>52</sup>. Segundo estes tribunais, essa norma não pode ser interpretada separadamente das outras provisões

<sup>50</sup> Ver nesse sentido TRF-2ª. Região, AC nº 388582, Órgão Julgador: 1ª. Turma Especializada, Relatora: Marcia Helena Nunes, 29.1.2008 (afirmando que inadimplir efeitos à união homossexual significa verdadeira discriminação sexual, pois é o sexo do autor - em relação ao seu parceiro - que é considerado para negar-lhe o direito); TJRS, AC nº 59836255, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: José Siqueira Trindade, 1.3.2000 (argumentando que a exclusão de casais homossexuais constitui uma forma de discriminação proibida pela Constituição Federal, tratamento atentatório ao princípio da dignidade humana dos indivíduos).

<sup>51</sup> Ver, por exemplo, TJRJ, AC nº 2005.001.22849, Órgão Julgador: 14ª. Câmara Cível, Relator: Ferdinando Nascimento, 11.4.2006 (reconhecendo uma união homoafetiva como união estável, sob o argumento de que a Constituição, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe qualquer espécie de discriminação); TJMS, AC nº 2006.012197-9/0000-00, Órgão Julgador: 2ª. Turma Cível, Relator: Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, 17.10.2006 (afirmando que os preceitos constitucionais prescrevendo a construção de uma sociedade igualitária e justa justificam a extensão de direitos previdenciários a casais homossexuais); TJAC, AC nº 2007.001819-4, Órgão Julgador: Câmara Cível, Relatora: Miracele Lopes, 25.9.2007 (recorrendo ao princípio da dignidade humana para justificar o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas sob o argumento de que o princípio da dignidade humana, mais do que uma nobre intenção do constituinte, representa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e justifica tal possibilidade).

<sup>52</sup> Ver, por exemplo, TJRJ, AC nº 2004.001.30635, Órgão Julgador: 18ª. Câmara Cível, Relator: Marco Antônio Ibrahim, 1.12.2004 (afirmando que, diante do regime constitucional que está vigendo, no qual impera o princípio da dignidade humana, a relação civil entre pessoas do mesmo sexo pode caracterizar relação estável entre pessoas do mesmo sexo); TJMS, AC nº 2006.012197-9/0000-00, Órgão Julgador: 2ª. Turma Cível, Relator: Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, 17.10.2006 (reconhecendo o direito de funcionário homossexual incluir o seu companheiro no plano de saúde vinculado a órgão estatal sob o argumento de que a Constituição Brasileira pretende promover o bem-estar de todos os cidadãos como seu objetivo principal); TJSC, AC. nº 2001.72.00.006119-0/SC, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon (dizendo que a não inclusão das uniões homossexuais no conceito de união estável constitui atitude divorciada da realidade social como também uma violação do princípio de igualdade material prevista na Constituição Federal); 3º. Juizado Especial Cível de Causas Comuns, Processo nº 8807-2/2005, Juiz: Raimundo César Ferreira da Costa, 28.11.2005 (aplicando o princípio da dignidade humana, princípio que engloba todos os direitos fundamentais, como fundamento para se justificar o tratamento igualitário dos casais homossexuais); 2ª. Vara das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Juiz: Roberto Arriada Lorea, 14.2.2005 (argumentando que o princípio da dignidade humana não se refere apenas à defesa dos direitos tradicionais, mas à proteção de todos os direitos decorrentes da necessidade humana, como o direito à vida, à saúde, à convivência familiar e social, o direito de ser respeitado, enfim, o direito de ser feliz).

constitucionais, principalmente dos princípios da igualdade e da dignidade humana. Muitos tribunais brasileiros asseveram que a atual hermenêutica jurídica deve sempre procurar estabelecer uma mediação da legislação com o presente, de forma a tornar o ordenamento jurídico compatível com a realidade social que ele pretende regular<sup>53</sup>. Os princípios da igualdade e da dignidade humana impõem uma obrigação positiva do Estado em prover condições para a realização da liberdade individual. Essa obrigação positiva decorre da noção de inclusão social e da promoção do bem-comum como preceitos centrais do paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>54</sup>.

## 5. Considerações finais

As considerações desenvolvidas na sessão anterior demonstram que os tribunais brasileiros passaram a adotar uma perspectiva de interpretação da igualdade que se mostra mais compatível com os princípios do atual paradigma constitucional. Eles instituíram uma nova forma de análise dos fatores de tratamento diferenciado, introduziram outras dimensões da igualdade no processo de consideração da racionalidade dos atos estatais e atribuíram uma nova função aos princípios e objetivos constitucionais no processo de aplicação do princípio da razoabilidade. Deve-se enfatizar a importância dessas decisões no desenvolvimento da jurisprudência brasileira porque elas representam um movimento em direção da superação da perspectiva liberal-individualista que ainda caracteriza a interpretação do princípio da igualdade. Os tribunais que reconhecem a possibilidade de proteção jurídica aos casais homossexuais concebem o princípio da igualdade como um preceito constitucional que possui

<sup>53</sup> Ver, por exemplo, TRF-2ª. Região, AC nº 2002.51.01.019576-8, Órgão Julgador: 7ª. Turma, Relator: Sérgio Schwaitzer, 4.7.2007 (afirmando que a Constituição é um sistema de normas e princípios e que a interpretação das normas constitucionais requer a referência a outras normas e princípios); TJSP, AC nº 552.574-44-00, Órgão Julgador: 8ª. Câmara de Direito Privado, Caetano Lacastra, 12.3.2008 (argumentando que a atividade jurisdicional exige que o juiz utilize uma interpretação sistemática porque a Constituição traz princípios abertos, indeterminados e plurissignificativos, cujas normas dependem de uma correlação entre todas as normas); TJRJ, AC nº 2005.001.18500, Órgão Julgador: 10ª. Câmara Cível, Relator: Marco Aurélio dos Santos Fróes, 28.11.2005 (afirmando que o reconhecimento das uniões homoafetivas constitui uma necessidade de adequação do direito à realidade social); TJRS, AC nº 70017063975, Órgão Julgador: 5ª. Câmara Cível, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, 25.4.2007 (dando provimento a recurso pleiteando a inclusão de uma companheira homossexual como dependente, sob o argumento de que uma leitura sistemática da Constituição justifica o reconhecimento das uniões homoafetivas); 5ª. Vara da Fazenda Pública, São Paulo, Processo nº 583.53.2002.016636-7, Juiz: Rômulo Russo Júnior, 27.7.2006 (argumentando que o direito deve sempre levar em consideração os dados da realidade social para regular as situações jurídicas de forma adequada).

<sup>54</sup> Ver, por exemplo, TJRS, AC nº 70005488812, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis (afirmando que a eleição dos princípios da igualdade e da dignidade humana como fundamentos da República Federativa do Brasil surge como um fator que impõe a necessidade de se assegurar a isonomia entre casais homossexuais e heterossexuais); TRF – 1ª. Região, AI nº 2003.01.00.000697-0/MG, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Tourinho Neto, 29.4.2004 (decidindo pelo direito de companheiro homossexual receber pensão por morte baseado no fato de que o Estado tem a função de assegurar condições sociais mínimas para que as pessoas possam ter uma existência digna).

um caráter essencialmente transformador. Segundo esses tribunais, o princípio da igualdade procura realizar os objetivos estabelecidos pelo legislador constituinte, objetivos que têm importância fundamental para a transformação da sociedade brasileira em uma sociedade justa. Afastando-se da perspectiva que compreende o princípio da igualdade apenas como um limite ao poder regulador estatal, esses tribunais compreendem esse preceito constitucional como um instrumento para a efetivação de outros princípios, tais como o princípio da justiça social, o princípio da cidadania, o princípio do pluralismo, o princípio da promoção do bem-estar social, o princípio da inclusão social e o princípio do Estado Democrático de Direito<sup>55</sup>.

### Referências bibliográficas

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?* London: Verso, 2003.

KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal of Human Rights*, v. 16, p. 146-88, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>55</sup> Ver, por exemplo, STF, REsp. nº 395.904, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, DJ 6.2.2005 (afirmando que o princípio da igualdade caminha junto com o princípio da justiça social, o que justifica a extensão de direitos previdenciários ao parceiro de um servidor público falecido); TJSC, AI nº 2004.021459-6, Órgão Julgador: 2ª. Câmara de Direito Público, Relator: Luiz César Medeiros, 4.11.2004 (recorrendo aos princípios que pretendem assegurar a justiça social para justificar o deferimento de liminar garantindo acesso a benefícios previdenciários); STJ, REsp. nº 238.715, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Humberto Gomes de Barros, 7.3.2006 (alegando que a orientação sexual não condena pessoas a uma cidadania de segundo classe); 7ª. Vara Cível/Brasília, Processo nº 2005.01.1.040482-5, Fernanda Aquino Mafra Cerqueira, 2.5.2005 (afirmando que a cidadania significa não apenas acesso a direitos políticos, mas também o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade, bem como todos os direitos que decorrem de tal integração); TRF-2ª. Região, AC nº 2001.02.01.043851-8, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Maria Helena Cisne, 11.11.2003 (alegando que a proteção jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo deve ser amparada na forma do preâmbulo da Constituição, que contempla uma sociedade pluralista e sem preconceitos); JF/RS, 3ª. Vara Federal Previdenciária, ACP nº 2000.71.00.009347-0, Juíza: Simone Barbisan Fortes, 17.4.2000 (mencionando o respeito pelo pluralismo como um dos elementos centrais do paradigma do Estado Democrático de Direito); STF, Pet. nº 1984/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 10.2.2003 (estendendo direitos previdenciários aos casais gays sob o argumento de que a Constituição Brasileira prescreve a promoção do bem-estar dos indivíduos como um preceito fundamental); TRF-2ª. Região, AC nº 2002.51.01.500478-3, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Fernando Marques, 2.6.2004 (afirmando que a concessão de benefícios previdenciários aos casais homossexuais atende ao objetivo da promoção do bem-comum de todos os brasileiros); TRF-4ª. Região, AC nº 1999.04.01.074054-1/SC, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Valdemar Capeletti, DJU 23.8.2000 (alegando que o paradigma do Estado Democrático de Direito garante os direitos de liberdade e igualdade a todos os indivíduos); TJRS, AC nº 70005488812, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 25.6.2003 (mencionando o princípio do Estado Democrático de Direito e a sua correlação com princípios da igualdade e da dignidade humana como fundamentos para o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis).