



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Processo nº: **49.0000.2023.009903-2-CEDSG**

Requerentes: **Aliança Nacional LGBTI+ e Deputada Federal Erika Hilton**

Assunto: **Análise e parecer. PL 580/2007. Relatório de Comissão da Câmara dos Deputados recomendando a aprovação do PL 5167/2009 que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.**

RELATÓRIO

Trata-se de pedido, formulado pela Aliança Nacional LGBTI+ e pela Deputada Federal Erika Hilton (PSOL-SP) (fls. 1 e 9), de análise e parecer sobre o relatório PL 580/2007 na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família da Câmara dos Deputados.

O PL 580/2007 foi apresentado pelo então Deputado Federal Clodovil (PR-SP) e visava regulamentar o casamento homoafetivo no Brasil, o projeto de lei tramita na Câmara dos Deputados com oito projetos apensados a ele.

O projeto encontra-se em trâmite na comissão mencionada anteriormente sob relatoria do Deputado Federal Pastor Eurico (PL-PE) sendo que seu relatório pugna pela rejeição do projeto principal e dos apensados e pela aprovação do PL 5167/2009.

O PL 5167/2009 altera o art. 1521 do Código civil, acrescentando o parágrafo único “Nos termos constitucionais, nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar”.

Os ofícios foram recebidos pelo protocolo do Conselho Federal e autuados sob o número 49.000.2023.0099903-2 sendo remetidos à Comissão Especial da Diversidade Sexual e de Gênero pela coordenação do Grupo de Apoio às Comissões (fls. 9), assim vieram-me os autos conclusos para análise.

Após a distribuição e redação da minuta, enviei o arquivo à presidência da Comissão Nacional de Direitos Humanos, Silvia Souza, que aderiu ao texto e também subscreve essa peça.

É o breve relatório.

Passo ao Parecer.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

PARECER

Em 2004 foi publicado levantamento da Dra. Maria Berenice dias, na revista Abril¹, que chegou à conclusão que pessoas LGBTI+ tinham 37 direitos de famílias² a menos que o restante da população brasileira. Nesse sentido, não nos parece correta a afirmação da justificativa do PL 5167/2009 de que não haveria discriminação no teor do texto, uma vez que inúmeros direitos decorrem e são vinculados ao casamento civil.

E, como explicado recentemente pelo jurista Paulo Iotti, as normas de Direito das Famílias são *normas de ordem pública*, que não podem ser estendidas a outrem por mera autonomia da vontade, ao passo que não há *genuína igualdade* quando a pessoa precisa contratar advogado(a) e elaborar uma complexa estratégia jurídica por procurações, contratos e testamentos para garantir aquilo que é automaticamente garantido a outro grupo social - no caso, heterossexuais e casais heteroafetivos.³

E, continua o autor, considerando que é somente com o casamento civil e a união estável que um casal consegue auferir os benefícios do Direito das Famílias, é equivocado negar que não haveria discriminação jurídica com sua negativa a casais homoafetivos. Nesse sentido, emblemática a decisão da Suprema Corte de Massachussets/EUA, ao declarar a inconstitucionalidade da proibição ao casamento civil homoafetivo, por ele traduzida nos seguintes termos:

O casamento também confere uma enormidade de vantagens na esfera privada e social àqueles que decidem se casar”. *O casamento civil é no momento um comprometimento pessoal para com outro ser humano e uma altamente pública celebração dos ideais de reciprocidade, companheirismo, intimidade, fidelidade e da família.* “É uma associação que promove uma forma de vida, não causas; uma harmonia em viver, não em crenças políticas; uma lealdade bilateral, e não um projeto comercial ou social” *Griswold v. Connecticut*, 381, U.S. 479, 486 (1965). *O casamento civil é uma instituição estimada porque satisfaz anseios por segurança, bem-estar e união que expressão a nossa humanidade comum, e a decisão de quando ou com quem se casar é um dos momentos de*

¹ Gwercman, 2004. O BRASIL E OS HOMOSSEXUAIS: SIM

² Usamos aqui famílias no plural em respeito às diversas modalidades de famílias existentes em nossa sociedade.

³ Disponível em: <https://www.instagram.com/reel/Cxiz_PIO_Bm/?igshid=MzRIODBiNWFIZA==>. Acesso: 25.09.2023.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

definição pessoal de nossas vidas. “Benefícios tangíveis e intangíveis defluem do casamento. A licença de casamento concede valiosos direitos de propriedade para aqueles que se enquadram nos requisitos de sua concessão, e àqueles que concordam com o que poderia ser, em outras circunstâncias, ser um oneroso grau de regulação governamental em suas atividades”. [...] O Legislativo conferiu a “cada parte (no casamento civil) consideráveis direitos concernentes a bens da outra os quais conviventes não casados não têm” Wilcox v. Trautz, 427, Mass., 326, 334 (1998). [...] Os benefícios acessíveis apenas pela obtenção de uma licença de casamento são enormes, abrangendo aproximadamente todos os aspectos de vida e morte. O Estado atesta que “centenas de estatutos” estão relacionados com o casamento e com os benefícios matrimoniais. Sem a intenção de sermos exaustivos, nós apontamos que alguns dos benefícios estatutários conferidos pelo Legislativo àqueles que ingressam no casamento civil incluem, quanto à propriedade: declaração tributária conjunta [...]; arrendamento pela integralidade (uma forma de propriedade que confere certas proteções contra credores e permitem a transmissão automática da propriedade ao consorte sobrevivente sem necessidade de homologação) [...]; extensão do benefício de proteção do bem de família [...] para o consorte sobrevivente e filhos [...]; direito automático à herança da propriedade do consorte falecido que não deixar testamento [...]; os direitos de ações e de dote (que permitem aos consortes sobreviventes certos direitos de propriedade quando o falecido consorte não tiver feito adequada provisão ao sobrevivente em testamento) [...]; direito a salários pertencentes ao empregado falecido [...]; habilitação para continuar com certos negócios do consorte falecido [...]; o direito a partilhar do plano de saúde do consorte [...]; continuação de trinta e nove semanas na cobertura de saúde para o consorte de uma pessoa inválida ou morta [...]; opções preferenciais no sistema de pensões [...]; proteções financeiras a consortes de certos funcionários públicos (bombeiros, policiais, promotores, entre outros) mortos em serviço [...]; divisão equitativa da propriedade marital no divórcio [...]; direito temporário e permanente a pensão alimentícia [...]; e o direito de reclamar contra a morte injusta e a perda da sociedade conjugal, por despesas funerárias e de sepultamento e indenização resultante de danos civis [...]. Benefícios maritais exclusivos que não estão diretamente ligados a direitos de propriedade incluem presunções de legitimidade e de parentesco a crianças nascidas na constância do casamento [...] e direitos comprobatórios, como a proibição contra o testemunho dos cônjuges um contra o outro sobre suas conversas privadas, aplicáveis tanto na esfera civil quanto criminal [...]. Outros benefícios legais de natureza própria daqueles que se encontram casados incluem a qualificação para licença médica para cuidar de pessoas relacionadas por sangue ou casamento [...]; uma preferência automática de “membro da família” para tomar decisões médicas por um consorte incapacitado ou inábil que não tiver deixado uma procuração em sentido contrário [...]; o pedido para o estabelecimento de regras para a custódia de filhos, visitação, auxílio e remoção [...]; direito prioritário à administração do estado do consorte falecido que morre sem testamento [...]. Quando o casal matrimonializado tem filhos, seus filhos são também diretamente ou indiretamente, mas não menos auspiciosamente, os



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

destinatários de proteções legais e econômicas obtidas pelo casamento civil. Não obstante a forte política pública que visa abolir as distinções legais entre filhos oriundos ou não do casamento [...], fato é que filhos oriundos do casamento colhem uma medida de estabilidade familiar e segurança econômica baseadas no *status* legalmente privilegiado de seus pais que são largamente inacessíveis, ou não tão prontamente acessíveis, a filhos cujos pais não estão casados. Alguns desses benefícios são sociais, como a acentuada aprovação que ainda atende o *status* de ser um filho cujos pais encontram-se casados. Outros são materiais, como a maior facilidade de acesso a benefícios familiares estatais que atendem à presunção de paternidade.⁴

Precisamente em razão da evidente discriminação perpetrada contra casais homoafetivos relativamente a heteroafetivos pela negativa de acesso ao casamento civil e à união estável àqueles, a solução para essa questão foi buscada por muito tempo, pelos movimentos sociais, perante o Legislativo Federal. Exemplo maior disso é a própria existência do PL 580/2007. Apesar disso, vários são os projetos contrários aos direitos da população LGBTI+ em geral e à população de casais homoafetivos em particular no Brasil, como o PL 5167/2009. Ocorre, entretanto, que a questão do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o casamento civil homoafetivo, já está superada, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem nosso texto constitucional atribui expressamente a guarda precípua da Constituição (CF, art. 102).

A jurisprudência sobre direitos das pessoas LGBTI+ no Brasil é recente e teve sua construção, em grande parte, nos tribunais superiores. O *leading case* que reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo foi julgado em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277 e ADPF 132), sob relatoria do Ministro Ayres Britto.

Dois anos depois, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175/2013 que proibiu que cartórios se recusassem a realizar casamento entre pessoas do mesmo sexo, um grande marco na garantia por direitos civis da população LGBTI+ no

⁴ *Goodridge v. Department of Public Health*, p. 9. Disponível em: <http://www.mass.gov.br/courts/courtsandjudges/courts/supremejudicialcourt/goodridge.html>. Acesso em: fev. 2007. Sem grifos e destaques no original. *Apud* IOTTI, Paulo. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 6, item 2.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Brasil. Embora atacada por meio da ADI 4966, ainda não julgada, nota-se que os *amicus curiae* em geral são contrários à ação e favoráveis, assim, ao reconhecimento da constitucionalidade da referida resolução. Nesse sentido, **o Conselho Federal da OAB já se manifestou de maneira favorável ao casamento civil homoafetivo** em petição de *amicus curiae* apresentada pelo sempre Presidente, Dr. Claudio Pacheco Prates Lamachia, e pela fundadora dessa Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero, Dra. Maria Berenice Dias.

O principal argumento jurídico na Justificativa do PL 5167/2009 é a literalidade da Constituição, relativamente ao reconhecimento da união estável “entre o homem e a mulher” como entidade familiar (art. 226, §3º) e a afirmação de que os direitos e deveres da sociedade conjugal serão exercidos com igualdade entre o marido e pela mulher (art. 226, §5º). Ocorre que **esse argumento já foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal**, quando julgou procedentes a ADPF 132 e a ADI 4277, quando reconheceu que a união duradoura, pública e contínua entre pessoas do mesmo sexo constitui família conjugal e união estável constitucionalmente protegida, em “*Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva*” segundo a parte dispositiva da decisão. Que tem “força de lei”, ante o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* que a Constituição impõe às decisões de ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, Paulo Iotti afirma em doutrina e afirmou em sustentação oral no referido julgamento que a literalidade da Constituição e das leis que usam a expressão entre o homem e a mulher ao tratar dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável significam unicamente a *regulamentação do fato heteroafetivo sem que isso signifique a proibição do fato homoafetivo*. O autor pontua incisivamente ser lição basilar ensinada no primeiro ano de Direito que o fato de o texto normativo regulamentar um fato (no caso, a união heteroafetiva - entre o homem e a mulher) sem nada dispor sobre outro (no caso, a união homoafetiva - entre pessoas do mesmo sexo) não significa “proibição implícita por interpretação *a contrario sensu*”, mas *lacuna normativa*, passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia, por força dos princípios da igualdade e da não-discriminação, que vedam discriminações arbitrárias, como aquela



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

existente quando se negam direitos de família para casais homoafetivos. Por isso, à luz da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, pela qual o *valor* protegido pela regulamentação do casamento civil e da união estável é a proteção à família conjugal, conceito no qual se enquadra a união homoafetiva, defende que: “A referência a “homem e mulher” significa tão somente a regulamentação do fato heteroafetivo, sem que isso signifique a proibição do fato homoafetivo para a mesma finalidade, por interpretação extensiva ou analogia”. E isso porque **a capacidade procriativa não configura critério para proteção de uma união pelo Direito das Famílias**, já que casais heteroafetivos estéreis não são impedidos de se casar e não têm suas uniões estáveis não-reconhecidas, para além de ser um critério inconstitucional, por discriminatório a pessoas estéreis.⁵

Nesse sentido, afirmou a Corte Interamericana [na OC 24/17] que a garantia dos direitos de casais do mesmo sexo não demanda a criação de novas figuras jurídicas, apontando que é necessária a extensão de todas as instituições já existentes aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, inclusive o matrimônio [civil], por força do princípio *pro persona* do art. 29 da Convenção, como meio mais simples e eficaz para garantir os direitos dos casais do mesmo sexo. Reiterou sua jurisprudência no sentido de que “a falta de consenso interno em países signatários da Convenção sobre os direitos das *minorias sexuais* não constitui fundamento válido para negar ou restringir seus direitos humanos ou para perpetuar ou reproduzir a *discriminação histórica e estrutural* que tais minorias têm sofrido” [itens 218/219]. Entende que estabelecer um tratamento distinto para casais do mesmo sexo não sobrevive a um teste *estricto de igualdade*, pois “não existe uma finalidade convencionalmente aceitável para que esta distinção seja considerada *necessária ou proporcional*” [itens 83 e 220], reiterando, assim, seu entendimento sobre a orientação sexual e a identidade de gênero serem *classificações suspeitas*, que demandam fortes fundamentos para superar sua presunção de inconstitucionalidade [algo que a jurisprudência internacional utiliza para a proteção de grupos historicamente discriminados]. E assim entendeu por considerar improcedente o argumento relativo à *procriação como finalidade do casamento*, na medida em que isso contraria a proteção convencional à *família como realidade social*, bem como **por considerar que “a procriação não é uma característica que defina as relações conjugais, visto que afirmar o contrário seria degradante para os casais – casados ou não – que por qualquer motivo não tenham capacidade procriativa [generandi] ou interesse em procriar”** [item 221].⁶ (*grifos nossos*)

⁵ IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 6, item 3, sobre o cabimento de interpretação extensiva ou analogia para reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo.

⁶ IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 6, item 12.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ao discorrer do princípio da dignidade da pessoa humana, o relator da ADI 4277 e da ADPF 132, Min. Ayres Britto afirmou que:

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. **Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.** Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade.

No mesmo sentido, o Min. Marco Aurélio:

[...] reconhecendo a proteção jurídica conferida ao projeto de vida como integrante do conteúdo existencial do princípio da dignidade da pessoa humana e como um valor essencialmente existencial que visa a realização integral da pessoa concretamente considerada mediante as escolhas que lhe pareçam mais acertadas na busca por seu projeto de vida⁷, afirmou que **“Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família”,** donde **“Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual”**.

⁷ “Citando, nesse sentido, decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Loayza Tamayo versus Peru* e *Cantoral Benavides versus Peru*, além da lição de Cançado Trindade com base no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, oportunidade na qual afirmou que “*não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie*””. Cf. IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 13, item 6.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

[...] [E,] extraíndo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento estatal da união homoafetiva, reconheceu que inexistente vedação constitucional à aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas, não se podendo vislumbrar *silêncio eloquente* em virtude da redação do § 3º do artigo 226” porque, ao contrário, há **“obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais”**, donde deve ser superada a mera literalidade do art. 1.723 do CC/2002, por ela não retratar fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Portanto, concluiu que **“Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal”**, por ser essa a leitura normativa que faz dos valores constitucionais consagrados nos arts. 1º, inc. III, 3º, incs. II e IV, e 5º, *caput* e inc. I, da CF/1988 ante a ausência de prejuízo a quem quer que seja pelo reconhecimento estatal da união homoafetiva, razão pela qual julgou procedentes as ações para declarar a aplicabilidade do regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁸

Por outro lado, o Relator, Min. Ayres Britto, pontuou que *os heteroafetivos nada perdem quando os homoafetivos ganham*, o que prova que não há nada no princípio da proporcionalidade que justifique o não-reconhecimento do *status* jurídico-familiar em geral das uniões homoafetivas e seu direito ao casamento civil homoafetivo em especial. Como explica Paulo Iotti, o reconhecimento do casamento civil e da união estável entre casais homoafetivos configura medida *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito* para garantia de igual respeito e consideração a eles, porque apta a garantir os direitos de famílias conjugais a eles, inexistente meio menos gravoso para tanto porque negar-lhes esse direito passará a *sinistra mensagem* de que não seriam dignos do casamento civil (o que faz a partir de decisão da Suprema Corte de Ontário/Canadá que isso afirmou) e, por fim, heterossexuais e casais heteroafetivos nada perdem com o reconhecimento de direitos de cidadania de casais homoafetivos.⁹

⁸ IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 13, item 6.

⁹ IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 10, itens 1 a 3.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Nesse sentido, o **voto do Min. Gilmar Mendes** naquele julgamento bem pontuou que *o fato de a Constituição proteger a união estável entre o homem e a mulher não significa negativa de proteção à união civil ou estável entre pessoas do mesmo sexo*. Por isso, o Relator, **Min. Ayres Britto**, pontuou que a Constituição Federal não proíbe a homossexualidade e nem estabelece o modo como as pessoas podem exercer sua sexualidade, de sorte a aplicar-se a máxima kelseniana, fundante do Direito Privado, pela qual *tudo aquilo que não é expressamente proibido, tem-se por permitido*, inclusive positivada constitucionalmente no art. 5º, II, da CF/88. Assim, pontuou o Relator, as pessoas têm plena liberdade para exercer sua sexualidade como bem entenderem, *desde que não a usem para oprimir a sexualidade alheia, como nos casos do estupro e da pedofilia (evidentemente inconstitucionais)*, ele muito bem destacou. Daí **a Corte como um todo** ter afirmado a necessidade de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, que considere o art. 226, §3º em conjunto com o art. 3º, IV, no que tange à proibição de preconceitos e discriminações de quaisquer naturezas, não havendo razões válidas à luz do princípio da igualdade e da não-discriminação para negar direitos a casais do mesmo sexo que são concedidos a casais de sexos opostos. Por isso, disse o Relator, não pode haver uma *interpretação homofóbica* da Constituição, no sentido de negar direitos a casais homoafetivos, porque contrária à Constituição sistematicamente interpretada.¹⁰

Dessa forma, em termos de *ratione decidendi* do STF como um todo no julgamento das uniões homoafetivas, adotando-se a teoria de Paulo Iotti no sentido de que se deve verificar os fundamentos comuns a todos os votos para se entender como *Opinião da Corte* aquela baseada que, por interpretação, identifica a “lógica comum da decisão e fundamentos usados por diferentes Ministros(as)”, ou seja, fundamentos jurídicos utilizados por votos da maioria da Corte. Nesse sentido:

[...] se extraem as seguintes *ratione decidendi* da decisão do STF na ADPF 132/ADI 4.277 (i) a redação do art. 226, §3º, da CF/88 não traz proibição ao reconhecimento da união estável homoafetiva, especialmente em sua interpretação sistemática com os princípios constitucionais da proibição de discriminações, da igualdade e da dignidade humana (entre outros); (ii) a união

¹⁰ IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 13, item 6, que traz explicação sobre todos os votos da decisão. O parágrafo do corpo do texto configura uma síntese cedida pelo autor, em contribuição a este Parecer.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

homoafetiva se enquadra no conceito constitucional de família e, assim, merece a respectiva proteção estatal; **(iii)** não há motivo legítimo para justificar a discriminação das uniões homoafetivas relativamente às heteroafetivas em razão da mera homogeneidade ou diversidade de sexos de seus integrantes; **(iv)** cabível *interpretação conforme a Constituição* do art. 1.723 do Código Civil porque, se o art. 226, §3º, da CF/88 não proíbe o reconhecimento da união homoafetiva como união estável ou entidade familiar em sentido amplo, então aquele dispositivo legal não pode ser interpretado de forma discriminatória a casais homoafetivos. Embora com diversos outros desenvolvimentos individuais (de cada voto) nesta rica decisão, estas são as que parecem constituir o seu cerne e, assim, os *princípios vinculantes* para casos futuros, em termos de vinculação a precedentes.¹¹

No mesmo sentido, o também histórico precedente do **Superior Tribunal de Justiça**, também em 2011, no julgamento do **REsp 1.183.378/RS**, quando afirmou que *“Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar”*.

Vale pontuar, ainda, que o **STF teve nova decisão unânime em favor do reconhecimento da união homoafetiva como família em 2019**, quando julgou procedente a **ADI 5971**. Referida ação foi movida contra o “Estatuto da Família” do Distrito Federal, que criou políticas públicas em defesa das famílias existentes naquele ente federativo. Novamente, o STF impôs interpretação conforme a Constituição à lei, para dizer que ela é constitucional desde que interpretada como não-proibindo o reconhecimento e a proteção das famílias homoafetivas, com igualdade de direitos relativamente às famílias heteroafetivas.

Confira-se a **ementa** da decisão, de Relatoria do Min. Alexandre de Moraes:

¹¹ IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 13, item 6, parte final.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

1. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Dispositivo de lei distrital (art. 2, I) que disciplina entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre homem e mulher, por meio de casamento ou união estável. Disciplina semelhante à do art. 1.723, caput, do Código Civil, cuja constitucionalidade já foi examinada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 4.277 e ADPF 132). 2. **Inconstitucionalidade material e interpretação conforme.** A única interpretação do artigo 2º, inciso I, que se mostra compatível com o texto constitucional é aquela que não exclua do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação das políticas públicas previstas na Lei 6.160/2018, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. 3. Ação Direta julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, I, da Lei 6.160/2018 do Distrito Federal, nos termos acima especificados.

Vejamos, agora, relevantíssimo **trecho do inteiro teor**:

O art. 2º, I, da lei, entretanto, apresentará vício de inconstitucionalidade material, se for interpretado no sentido de restringir o conceito de entidade familiar exclusivamente à união entre homem e mulher, em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e ao princípio constitucional da isonomia, conforme decidido por esta CORTE SUPREMA, em relação ao art. 1.723, caput, do Código Civil, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 (Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, DJ de 14/10/2011), em que se excluiu do dispositivo em questão qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, reconhecimento esse que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendeu que o texto constitucional proíbe expressamente o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre homens e mulheres, afirmando a existência de **isonomia entre os sexos, que se caracteriza pela garantia de: ‘não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo fisiológica e de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; além de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo ou não’** (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto). Dessa forma, em relação à união homoafetiva e entidade familiar, destacou o Ministro AYRES BRITTO, que **nada ‘obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal’, concluindo que deve seguir ‘as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva’,** aplicando interpretação conforme o art. 1.723 do Código Civil **‘para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo de família’.** Conforme, ainda, afirmado pelo Ministro CELSO DE MELLO, há o **‘direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual’, tratando-se, portanto, de “norma de inclusão” para ‘proteção das minorias’** (RE 477.554/MG). Esta SUPREMA CORTE, portanto, proclamou que o texto constitucional proíbe explicitamente a discriminação em razão do sexo ou da natural diferença entre homens e mulheres, afirmando a existência de isonomia entre os sexos, em **reconhecimento do direito de minorias e de direitos básicos de igualdade**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

e liberdade de orientação sexual (ADI 4.277 e da ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, DJ de 14/10/2011). Em face desses importantes precedentes da CORTE, na presente hipótese é necessária a aplicação de **interpretação conforme à Constituição**, pois a norma apresenta vários significados, nem todos compatíveis com as normas constitucionais, existindo, portanto, o denominado ‘espaço de decisão (= espaço de interpretação)’ (JJ. GOMES CANOTILHO. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993. p. 230). [...] Na hipótese tratada na presente ADI, **a única interpretação do artigo 2º, inciso I, que se mostra compatível com o texto constitucional é aquela que não exclua do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação das políticas públicas previstas na Lei 6.160/2018, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, quando a norma prevê a instituição de diretrizes, para implantação de política pública de valorização da família no Distrito Federal, deve-se levar em consideração também aquelas entidades familiares formadas por união homoafetiva.** Diante de todo o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para conferir INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO ao art. 2º, I, da Lei 6.160/2018, no sentido de que não seja excluído do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação de políticas públicas, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. (*grifos nossos*)

Comentando tal decisão, Paulo Iotti pontua que:

Na decisão unânime também quanto à fundamentação, o STF reafirmou o entendimento firmado na ADPF 132 e na ADI 4277, no sentido de que uma lei que protege a família enquanto “união entre o homem e a mulher” precisa receber *interpretação conforme a Constituição*, para que seja considerada constitucional apenas se interpretada como não proibindo o constitucionalmente obrigatório reconhecimento e a constitucionalmente obrigatória proteção das famílias homoafetivas, com igual respeito e consideração relativamente às famílias heteroafetivas. Um precedente importantíssimo, por ser uma **interpretação autêntica**, por feita pelo próprio STF, acerca da decisão sobre as uniões homoafetivas (ADPF 132 e ADI 4277), afirmando que qualquer lei que institua um “*Estatuto da Família*”, como fez o Distrito Federal (em verdadeira *cópia local* do Projeto de Lei homônimo, em tramitação no Congresso Nacional), será *inconstitucional* se limitar-se a proteger apenas as famílias heteroafetivas, ou seja, aquelas formadas pela união entre o homem e a mulher. De sorte que, sempre que juridicamente possível a utilização de interpretação extensiva ou de analogia para abarcar também as famílias homoafetivas, ou seja, aquelas formadas por pessoas do mesmo gênero, essa interpretação é constitucionalmente obrigatória, ante a inconstitucionalidade material da discriminação das uniões homoafetivas relativamente às heteroafetivas.¹² (*grifos do original*)

¹² IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 3, item 8.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Aliás, em outra decisão, o STF reafirmou o dever de proteção e não-discriminação das famílias homoafetivas, quando julgou procedentes as *ADI 5740 e 5744*. Isso porque, ao declarar a inconstitucionalidade formal e material de decreto legislativo que sustava a regulamentação de lei distrital antidiscriminação por orientação sexual, o STF rechaçou a *Justificativa* parlamentar de que essa sustação supostamente seria apta à “proteção da família” (sic). Como pontua Paulo Iotti ao comentar a decisão no que tange à inconstitucionalidade material, “bem aduziu o STF que uma lei e uma regulamentação respectiva que se limitam a *proibir a discriminação por orientação sexual* não prejudicam em nada “a família”, sendo que, pelo contrário, tal legislação **protege as famílias contra discriminações**, no caso, as *famílias homoafetivas*. Assim, a sustação da regulamentação infraregal da referida lei antidiscriminatória, além de formalmente inconstitucional, foi materialmente inconstitucional, por violação dos princípios da não-discriminação, da promoção do bem-estar de todos e da vedação do retrocesso social”.¹³

Por todo o exposto até aqui, vê-se o acerto da **Suprema Corte dos EUA** quando afirmou que “*a limitação do casamento apenas a pessoas de sexos opostos pode ter parecido natural e justa por muito tempo, mas sua inconsistência com os propósitos centrais do casamento é, agora, manifesta*” (*Obergefell v. Hodges*, 2015. Tradução livre). A Corte reconheceu o direito ao casamento civil homoafetivo a partir da doutrina da igual proteção das leis (*equal protection doctrine*), ante a ausência de qualquer relação racional que justifique a discriminação de casais homoafetivos relativamente aos heteroafetivos à luz de qualquer *legítimo fim estatal* e precedentes que consagram o direito à escolha pessoal com quem a pessoa quer se casar, a proteção de crianças criadas pelas famílias (beneficiada pelo regime jurídico do casamento civil, a elas protetivo) e do fato de o casamento civil ser o *centro de proteção estatal* às famílias conjugais (algo problemático e passível de evolução no futuro, mas que constitui o *fato objetivo* acerca do tema).¹⁴

Vejamos outros fundamentos relevantes da referida decisão, na seguinte síntese de Paulo Iotti, que cita outros precedentes da mesma na defesa dos direitos da diversidade sexual de casais do mesmo sexo:

¹³ IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 13, item 8.

¹⁴ Para explicação de todos os fundamentos da decisão, inclusive com a análise-crítica mencionada contra o *casamentocentrismo* da decisão da Suprema Corte dos EUA: IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 6, item 11.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Afirmou a Corte que o casamento tem uma história tanto de continuidade quanto de mudanças, as quais transformaram profundamente (e não só superficialmente) sua estrutura, mitigando aspectos antes considerados “essenciais” a ele (por exemplo, “o casamento já foi visto como o arranjo pelo qual os pais dos noivos definiam as uniões, baseados em interesses políticos, religiosos e financeiros” e, posteriormente, como uma “união de predomínio do homem sobre a mulher”, algo só abandonado quando a sociedade entendeu que as mulheres merecem *igual dignidade*¹⁵ relativamente aos homens). Ao passo que, se ao longo do século XX muitos Estados ainda classificavam casais do mesmo sexo como “ímorais” e tratavam a homossexualidade como uma “doença” (o que gerava a negativa de *dignidade* à identidade homossexual¹⁶), os desenvolvimentos políticos e culturais permitiram a tais casais viverem uma vida mais *pública e assumida* perante a sociedade, gerando extensos diálogos públicos e privados, que geraram a revisão do tratamento jurídico dispensado a gays e lésbicas. Como a superação do entendimento da Suprema Corte no caso *Bowers vs Hardwick* (1986), que [absurdamente] considerou “constitucional” uma lei que criminalizava os atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, mesmo na intimidade de seus lares, por intermédio da decisão de *Lawrence vs. Texas* (2003), pela qual se entendeu que dita criminalização menospreza as vidas das pessoas homossexuais e viola seu direito fundamental à liberdade, entendendo-se que meros valores morais majoritários não são fundamentos aptos a justificar constitucionalmente discriminações jurídicas (e, nesse interim, declarar inconstitucional emenda constitucional estadual que impedia ações afirmativas em favor de minorias sexuais e de gênero, em *Romer vs. Evans*, 1996). Bem como a derrubada da chamada *Lei de Defesa do Casamento (LDC)*¹⁷, que permitia que

¹⁵ P. 6, item B, da *Opinião da Corte*.

¹⁶ P. 07-08 da *Opinião da Corte*.

¹⁷ “Referida lei ficou muito conhecida por sua sigla em inglês, a saber, “DOMA – Defense of Marriage Act” (Ato de Defesa do Casamento). Referida lei, de 1996, foi um *backlash* (retrocesso) decorrente de histórica decisão da Suprema Corte do Havaí, que havia considerado inconstitucional não se reconhecer o casamento civil homoafetivo, no caso *Baehr vs. Lewin* (1993), que equiparou a discriminação por orientação sexual à discriminação por sexo e considerou, assim, a orientação sexual uma “classificação semissuspeita”, o que, na jurisprudência estadunidense, gera uma forte presunção de inconstitucionalidade da lei discriminatória, só superada se o Estado demonstrar um *importante interesse estatal*, que entendeu inexistir naquele caso. A lei surgiu porque, no federalismo estadunidense, cada Estado pode legislar sobre Direito Civil (ao contrário do Brasil, onde o art. 22, I, da CF/88 exige lei federal sobre a matéria). Então, pelo menos como regra geral, atos validamente praticados em um Estado-membro devem ser reconhecidos como válidos nos demais. Por isso, referida lei (DOMA) permitia o não-reconhecimento, pelos demais Estados e pela legislação federal, dos casamentos civis homoafetivos celebrados nos Estados que viessem a reconhecê-lo (então, os fundamentos constitucionais para derrubada de referida discriminação foram os princípios do federalismo e da igualdade). Eis a ementa desta histórica decisão – *United States vs. Windsor* (2012): ““2. DOMA é inconstitucional por privar de igualdade e liberdade pessoas que são protegidas pela Quinta Emenda. Pp. 13–26. [...] Extensão tradicional do poder e autoridade do Estado sobre o casamento. Embora sujeito a certas garantias constitucionais (ver, por exemplo, *Loving v. Virgínia*, 388 U.S. 1), a “regulação de relações domésticas” é “uma área que tem sido considerada como uma competência virtualmente exclusiva dos Estados-membros”, *Sosna vs. Iowa*. [...] DOMA rejeita este preceito há muito estabelecido. A decisão do Estado de conceder a essa classe de pessoas o direito de se casar conferiu-lhes uma dignidade e um status de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Estados que não celebravam o casamento civil homoafetivo negassem reconhecimento jurídico-familiar a casais do mesmo sexo que se casaram em outros Estados da Federação Estadunidense, por intermédio da decisão do caso *United States vs Windsor* (2012). “A Corte invalidou a LDC porque ela permitia que o Governo Federal não tratasse os casamentos do mesmo sexo como *válidos* mesmo quando legais no Estado em que celebrados”, lei esta inconstitucional porque, “de forma inadmissível, depreciava os casais do mesmo sexo ‘que queriam afirmar seu comprometimento reciprocamente e a seus filhos, sua família, seus amigos e sua comunidade’. Afirmou, ainda, que nos diversos processos que chegaram às Cortes de Apelações, a grande maioria delas considerou que “a exclusão de casais do mesmo sexo do casamento viola a Constituição”, algo repetido por várias Cortes Distritais. “Com efeito, mudanças no entendimento do casamento são uma característica de uma Nação onde novas dimensões de liberdade tornam-se aparentes para as novas gerações”¹⁸.

[...]

Por fim, afirmou que “a liberdade de expressão assegura às religiões, [ou melhor] àqueles que aderem a doutrinas religiosas e outros a proteção para ensinarem

imensa importância. Mas o governo federal usa a classe definida pelo Estado para o propósito oposto - impor restrições e incapacidades. A questão é se o prejuízo e a indignidade resultantes são privações de uma parte essencial da liberdade protegida pela Quinta Emenda, uma vez que o que [o Estado de] Nova York trata de forma igual a lei federal julga diferente, mediante uma lei projetada para discriminar a mesma classe que o Estado procura proteger. As ações [legislativas] de Nova York foram um exercício adequado de sua autoridade soberana. Eles refletem tanto a perspectiva considerada da comunidade [nova iorquina] sobre as raízes históricas da instituição do casamento e sua compreensão em evolução do significado da igualdade. Pp. 13-20. (b) Ao tentar discriminar a própria classe que Nova York procura proteger, a DOMA viola o devido processo legal e o princípio da igualdade aplicáveis ao Governo Federal. A garantia de igualdade da Constituição “deve, no mínimo, significar que um simples desejo do Congresso de prejudicar um grupo politicamente impopular não pode” justificar o tratamento desigual desse grupo (*Department of Agriculture vs. Moreno* [...]). DOMA não pode sobreviver sob esses princípios. Seu desvio incomum da tradição de reconhecer e aceitar as definições estaduais de casamento opera para privar casais do mesmo sexo dos benefícios e responsabilidades que vêm com o reconhecimento federal de seus casamentos. Esta é uma forte evidência de que uma lei tem o propósito e o efeito da desaprovação de uma classe reconhecida e protegida pela lei estadual. O propósito declarado e o efeito prático de DOMA são o de impor uma desvantagem, um status separado e, portanto, um estigma para todos os que entram em casamentos entre pessoas do mesmo sexo, tornados lícitos pela autoridade inquestionável dos Estados. A história de promulgação da DOMA e seu próprio texto demonstram que a interferência na igual dignidade dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, conferida pelos Estados no exercício de seu poder soberano, era mais do que um efeito incidental do estatuto federal. Foi sua essência. Os argumentos da [organização] BLAG são tão sinceros quanto o propósito do Congresso. A aplicação da DOMA na prática confirma esse propósito. Ela frustra o objetivo de Nova York de eliminar a desigualdade escrevendo a desigualdade em todo o Código dos Estados Unidos. O principal efeito de DOMA é identificar e tornar desigual um subconjunto de casamentos sancionados pelo Estado. Ela priva alguns casais casados, mas não outros, de direitos e responsabilidades, criando dois regimes matrimoniais contraditórios dentro do mesmo Estado. Também obriga casais do mesmo sexo a viverem casados para efeitos da lei estadual, mas solteiros no que tange à lei federal, diminuindo assim a estabilidade e a previsibilidade de relações pessoais básicas que o Estado considerou apropriado reconhecer e proteger. Pp. 20–26. [...] [Daí a sua inconstitucionalidade]”. Nota do original.

¹⁸ P. 07 e 09-10 da *Opinião da Corte*.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

princípios que consideram gratificantes e centrais para suas vidas e crenças”, de sorte a continuarem podendo “advogar com total e sincera convicção que, sob preceitos divinos, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não poderiam ser aceito”. Todavia, bem afirmou que “a Constituição não permite que o Estado barre casais do mesmo sexo nos mesmos termos disponibilizados a casais de sexos opostos”¹⁹.

A Corte finaliza dizendo que “é um engano acreditar que esses homens e mulheres querem desrespeitar a ideia de casamento. Seu pleito é o de que querem respeitá-lo, respeitá-lo tão profundamente que procuram se realizar por intermédio dele. Sua esperança é não serem condenados a viver em solidão, excluídos de uma das mais antigas instituições da civilização. Eles pedem por igual dignidade aos olhos da lei. A Constituição lhes garante esse direito”²⁰. (negrito nosso)

Como se vê, os fundamentos pretensamente “constitucionais” do PL 5167/2009 constituem, na verdade, visão simplória sobre um tema constitucional complexo, porque desconsideram lições basilares de hermenêutica jurídica e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição (CF, art. 102). Desconsideram a *história institucional* da jurisprudência constitucional do STF, que têm o dever de respeitar, pela citada imposição constitucional que atribui ao STF a guarda precípua da Constituição. Logo, ao invés de “ativismo judicial”, o que vemos aqui é um “ativismo legislativo”, por se tratar de Projeto de Lei que visa introduzir no país uma norma flagrantemente inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Um desperdício de tempo e dinheiro de contribuintes, pela instrumentalização do Congresso Nacional para discutir algo que, se aprovado, criará uma lei *natimorta*, por contrariar entendimento da Suprema Corte acerca do tema por mero inconformismo e não por “diálogo institucional” constitucionalmente válido, já que fundado em *inépcia constitucional*.

Tamanha é a importância da decisão de nossa Suprema Corte sobre a união homoafetiva que, em 2018, a UNESCO reconheceu a decisão da ADPF 132 e da ADI 4277 como **patrimônio documental da humanidade**, assim registrado pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo²¹.

¹⁹ P. 26-27 da *Opinião da Corte*.

²⁰ P. 28 da *Opinião da Corte*.

²¹ Cf. <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398450>>. Acesso: 26.09.2023.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ademais, estabelecer uma limitação rígida para o conceito de família é ignorar a realidade brasileira. Isso foi reconhecido pelo próprio texto da Constituição, ao deixar de reconhecer apenas um único modelo de família, como faziam as Constituições anteriores, para reconhecer várias formas de família e consagrar, assim, o princípio da pluralidade de entidades familiares, mediante rol exemplificativo. Exemplo disso são as famílias monoparentais compostas pelas chamadas “mães solo”. Segundo o Datafolha²², em recente pesquisa, 54% das mães brasileiras são “mães solo”. Isso prova que a família não depende da união entre um homem e uma mulher para existir, ao contrário do que pretendem os defensores do PL 5167/2009.

Outro exemplo da consolidação do casamento civil homoafetivo no patrimônio jurídico-constitucional brasileiro ocorreu em 2022, quando o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 254/2022, que proibiu que os membros do Ministério Público se manifestem contra casamentos civis homoafetivos em razão da orientação sexual das partes, demonstrando a consolidação do tema.

É imperioso destacar que, embora haja uma fundamentação pretensamente constitucional na Justificativa do PL 5167/2009, adiante refutada, ela faz questão de pontuar **alegações religiosas contra o casamento civil homoafetivo**. Ocorre que, a referida justificativa comprova cabalmente que o Projeto se fundamenta em posição que **viola o princípio da laicidade estatal**, que veda que fundamentações religiosas fundamentem decisões políticas e jurídicas da Nação.²³ Nesse sentido:

Afinal, restou demonstrado que uma discriminação somente não afrontará o preceito igualitário caso haja uma justificação lógico-racional entre o critério de desigualação erigido (no caso, a orientação sexual das pessoas e a igualdade ou diferença de seus sexos/gêneros) e a discriminação que se pretende introduzir (no caso, a discriminação entre os efeitos jurídicos conferidos à união homoafetiva em comparação àqueles conferidos à união heteroafetiva).

²² Cf; <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/05/7-em-cada-10-mulheres-sao-maes-no-brasil-metade-e-solo.shtml>>. Acesso: 25.09.2023.

²³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o princípio do Estado laico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11457>>. Acesso em: 7 jul. 2008; IOTTI, Paulo. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 3, itens 1.4 e 1.4.1.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ou seja, restou demonstrado que, para que não se tenha uma inconstitucionalidade na discriminação, deve existir um motivo fático que justifique, inequivocamente e de maneira lógico-racional, a necessidade da discriminação pretendida. Outrossim, será demonstrado no capítulo seguinte, com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana que, considerando que as pessoas são merecedoras de igual proteção de sua dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas, independentemente de quaisquer características suas, e considerando que a eventual relativização deste princípio deve atender aos ditames do princípio da isonomia, ter-se-á demonstrado que a colocação da homoafetividade como digna de menos proteção do que a heteroafetividade é igualmente inconstitucional por afrontar a dignidade humana constitucionalmente consagrada.

Dessa forma, **considerando que o Brasil é um Estado Laico, nenhum motivo de ordem puramente religiosa pode vir a justificar qualquer forma de discriminação jurídica entre as pessoas, pois do contrário o Estado manteria relação de aliança com a religião usada como tal, o que é vedado pelo citado art. 19, I, da CF/1988.** Mesmo porque os dogmas religiosos são extremamente subjetivos e passíveis de críticas do ponto de vista científico-racional, por elevarem determinadas afirmações a verdades universais, inquestionáveis (os dogmas²⁴), como se tivessem sido assim afirmadas por Deus, o que não pode ser confirmado – basta ver a grande quantidade de religiões existentes no mundo nos dias de hoje. Se a vontade de Deus fosse tão clara, então a humanidade não teria apenas uma religião? Assim, a menos que Deus desça à Terra em toda a Sua Onipresença, Onisciência e Onipotência e Inquestionável Presença e diga o que deve e o que não deve ser aceito e o motivo de tais colocações, o que por sinal ainda não aconteceu, nenhum dogma religioso poderá servir de motivo para justificar a discriminação de pessoas, quaisquer que sejam.

[...]

Nem se invoque a expressão “sob a proteção de Deus”, constante do preâmbulo constitucional para tentar uma exegese diversa. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já definiu, no julgamento da **ADI 2.076** que o

²⁴ “Dogma é aqui entendido como o “ponto fundamental de uma doutrina religiosa, apresentado como certo e indiscutível, cuja verdade se espera que as pessoas aceitem sem questionar”; “qualquer doutrina de caráter indiscutível em função de supostamente ser uma verdade aceita por todos”; “opinião sustentada em fundamentos irracionais e propagada por métodos que tb. o são”; “nas religiões, esp. entre cristãos, doutrina a que é atribuída uma autoridade acima de qualquer opinião ou dúvida particular que possa ter um crente” (*Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 2.^a reimpressão com alterações, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007, p. 1071)”. Nota do original.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

preâmbulo tem significação meramente política, não jurídica. Ou seja, considerando que o *Supremo Tribunal Federal* deixou claro no julgamento da ADI 2.076 que a expressão “*sob a proteção de Deus*”, além de não ser texto normativo de repetição obrigatória, **não é juridicamente relevante**, nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que não foi contestado pelos demais Ministros, não se poderá invocar tal expressão preambular para se pretender impor entendimentos religiosos a toda a nação.

De qualquer forma, mesmo a posição da eficácia interpretativa do preâmbulo não faz que o Estado Brasileiro possa ser tido como teocrático, confessional ou ainda que posições religiosas possam ser utilizadas como paradigmas interpretativos válidos em função da expressão “*sob a proteção de Deus*”, na medida em que esta expressão não tem nenhuma significação jurídica e, ainda, pela presença de texto normativo constitucional que impossibilite tal posição – a saber, o já explicitado art. 19, I, da CF/1988, consagrador do princípio da laicidade estatal no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro – e é pacífico que, na contradição entre o preâmbulo e um dos artigos, incisos, parágrafos ou alíneas da Constituição, estes últimos hão de prevalecer.²⁵ (*grifos nossos*)

Para além dos fundamentos acima, que demonstram a flagrante inconstitucionalidade do relatório apresentado no PL 580/2007 que recomenda a provação do 5167/2009, é necessário fazer uma reflexão sobre o arcabouço normativo da Ordem dos Advogados do Brasil sobre o tema.

A Advocacia é essencial à administração da Justiça (CF, art. 133), cabendo papel fiscalizador e regulamentador da profissão à Ordem dos Advogados do Brasil, regida pela Lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – EAOAB. O **art. 44, I**, do diploma normativo estabelece como finalidades da entidade a defesa dos direitos humanos e da Justiça Social na busca pela boa e correta aplicação das leis, em prol do aperfeiçoamento da cultura (social e jurídica) e das instituições jurídicas em geral.

Nesse sentido, em 2019, **o Conselho Federal da OAB aprovou a Súmula 11**, que proíbe a inscrição em seus quadros bacharéis com histórico de violência

²⁵ IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 3, item 1.4.1.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

contra a população LGBTI+. Por sua vez, a Lei 13.612/2023 inseriu o inc. XXX no art. 34 do estatuto, estabelecendo a **discriminação como infração ética** passível de suspensão, a pena mais gravosa a um advogado, excetuada a exclusão.

Dessa maneira, esta Comissão Especial da Diversidade Sexual e de Gênero entende que a OAB deve buscar a executar suas finalidades sob uma **perspectiva antidiscriminatória**. Perspectiva esta que, segundo Adilson José Moreira em seu *Tratado de Direito Antidiscriminatório*²⁶, deve combater estigmas sociais como um todo. Segundo o autor:

Estigmas são responsáveis pela transformação de certos grupos em castas sociais, um processo que impede o reconhecimento deles como pessoas que devem ter a mesma consideração e respeito. Práticas discriminatórias decorrem de divisões de status cultural entre membros de grupos sociais, distinções que legitimam práticas discriminatórias em todas as outras áreas. Por esse motivo, um dos objetivos centrais desse ramo do Direito deve ser a criação de uma realidade na qual as pessoas possam viver livres de estigmas.

Sendo assim, o Relatório que visa a aprovação do PL 5167/2009 para proibir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo afigura-se evidentemente inconstitucional e discriminatório. Não é razoável a proibição que referido Projeto quer instituir, por ser segregacionista pretender que toda a parcela de uma população seja proibida de exercer o direito ao casamento civil em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. E nem se diga que não haveria discriminação porque pessoas LGB+ poderiam se casar com pessoa do outro sexo ou gênero como incrivelmente se alega por vezes, porque o que se discute é a discriminação que existe a pessoa que deseja se casar civilmente com pessoa do mesmo sexo e é impedida de fazê-lo.

Casamentos civis homoafetivos são regulamentados no Brasil há dez anos (desde a Resolução CNJ 175/2013), de sorte que **a proibição nesse momento configurará evidente violação ao princípio da vedação ao retrocesso social**. Na obra

²⁶ MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. Editora Contracorrente. 2020. P. 60



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Curso de Direito Constitucional – Série IDP, o Ministro Gilmar Mendes fala sobre tal princípio nos seguintes termos:

Em Portugal, já em 1984 o Tribunal Constitucional assentou (Acórdão n. 39/84) o entendimento segundo o qual, uma vez promulgada lei para realizar um direito fundamental, é defeso ao legislador revogá-la e fazer com que se volte ao status quo. Nos termos dessa decisão, “a instituição, serviço ou instituto jurídico passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los”

Embora exemplos da doutrina estejam geralmente relacionados a questões econômicas como a renda básica universal, proibir casamento e seus direitos decorrentes dele depois de 10 anos desse direito em vigor representa uma violação à proibição do retrocesso.

Nesse sentido, a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** decidiu, na **OC 24/17**, que os Estados têm o dever convencional de reconhecer o *direito humano ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*. Em síntese, reconheceu o cabimento de *interpretação evolutiva* da Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe discriminações de quaisquer naturezas, gerando o reconhecimento da orientação sexual e da identidade de gênero como *classificações suspeitas*, que geram uma *presunção de inconveniência* (e, por igualdade de razões, inconstitucionalidade) de leis que neguem direitos por tais critérios, de sorte a se reconhecer que a união entre pessoas do mesmo sexo configura uma família conjugal, que deve ter a si reconhecido o direito de acesso ao regime jurídico do casamento civil.

Merece destaque o item 63 que estabelece a Convenção Interamericana de Direitos Humanos como norma que abarca pessoas LGBTI+:

63. A este respeito, o Tribunal estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas às disposições do tratado, e estabelece a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

liberdades nele reconhecidos "sem qualquer discriminação". Ou seja, independentemente da origem ou da forma que assuma, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório em relação ao exercício de qualquer um dos direitos garantidos na Convenção é, per se, incompatível com a mesma. A violação pelo Estado da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, por meio de qualquer tratamento diferente que possa resultar discriminatório, ou seja, que não persiga fins legítimos, seja desnecessário e/ou desproporcional, gera responsabilidade internacional. É por isso que existe uma ligação indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação.

As OC 24/2017 e 29/2022 reafirmaram orientação sexual e identidade de gênero como classificações protegidas pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sendo que a primeira decisão foi usada pelo STF como fundamento no julgamento da ADI 4275, reafirmando o princípio da não-discriminação. Sendo que, no julgamento da ADO 26 e do MI 4733, no qual reconheceu a homotransfobia como crime de racismo social, o STF, uma vez mais, ratificou peremptoriamente essa posição, ao aduzir:

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO. Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. (*grifo nosso*)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Permita-se a transcrição da **síntese da decisão**, tal como efetivada pela doutrina de Paulo Iotti:

Nesse sentido, afirmou a Corte Interamericana que a garantia dos direitos de casais do mesmo sexo não demanda a criação de novas figuras jurídicas, apontando que é necessária a extensão de todas as *instituições já existentes* aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, *inclusive o matrimônio [civil]*, por força do *princípio pro persona* do art. 29 da Convenção, como meio mais simples e eficaz para garantir os direitos dos casais do mesmo sexo. Reiterou sua jurisprudência no sentido de que “a falta de consenso interno em países signatários da Convenção sobre os direitos das *minorias sexuais* não constitui fundamento válido para negar ou restringir seus direitos humanos ou para perpetuar ou reproduzir a *discriminação histórica e estrutural* que tais minorias têm sofrido” [itens 218-219]. Entende que estabelecer um tratamento distinto para casais do mesmo sexo não sobrevive a um *teste estrito de igualdade*, pois “não existe uma finalidade convencionalmente aceitável para que esta distinção seja considerada *necessária ou proporcional*” [itens 83 w 220], reiterando, assim, seu entendimento sobre a orientação sexual e a identidade de gênero serem *classificações suspeitas*, que demandam fortes fundamentos para superar sua presunção de inconstitucionalidade [algo que a jurisprudência internacional utiliza para a proteção de grupos historicamente discriminados]. E assim entendeu por considerar improcedente o argumento relativo à *procriação como finalidade do casamento*, na medida em que isso contraria a proteção convencional à *família como realidade social*, bem como por considerar que “a procriação não é uma característica que defina as relações conjugais, visto que afirmar o contrário seria degradante para os casais – casados ou não – que por qualquer motivo não tenham capacidade procriativa [*generandi*] ou interesse em procriar” [item 221].

Daí concordar com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos²⁷, no sentido de ser uma “distinção artificial afirmar que um casal do mesmo sexo não poderia gozar de um vínculo familiar da mesma forma que um casal heterossexual”, na medida em que *a família pode ser formada por pessoas de distintas identidades de gênero e orientações sexuais*. Bem afirmou que assim entender não implica menoscabo às famílias tradicionais, mas, ao contrário, algo necessário ao reconhecimento da **igual dignidade** a pessoas que pertencem a um grupo humano historicamente oprimido e discriminado [itens 191-192]. Inclusive porque, continuou, a cláusula convencional de garantia de *igual proteção perante a lei* relativamente ao ordenamento jurídico interno dos Estados-membros da Convenção deve ser interpretada à luz dos **Princípios de Yogyakarta**, sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que proíbem a discriminação por orientação sexual e por identidade de

²⁷ “Cfr. TEDH, *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, No. 30141/04, Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 94, y *Caso Vallianatos y otros vs. Grecia*, Nos. 29381/09 y 32684/09, Sentencia de 7 de noviembre de 2013, párr. 73”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

gênero, a obrigar os Estados a adaptarem seu Direito Interno, inclusive pela via jurisprudencial (“medidas legislativas, administrativas *ou de outra índole*”), para efetivar essa igual proteção perante as leis relativamente a todos os direitos e liberdades previstos no Direito Interno dos Estados [itens 195-197].

[...]

Nesse sentido, afirmou a Corte Interamericana que a garantia dos direitos de casais do mesmo sexo não demanda a criação de novas figuras jurídicas, apontando que é necessária a extensão de todas as *instituições já existentes* aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, *inclusive o matrimônio [civil]*, por força do *princípio pro persona* do art. 29 da Convenção, como meio mais simples e eficaz para garantir os direitos dos casais do mesmo sexo. Reiterou sua jurisprudência no sentido de que “a falta de consenso interno em países signatários da Convenção sobre os direitos das *minorias sexuais* não constitui fundamento válido para negar ou restringir seus direitos humanos ou para perpetuar ou reproduzir a *discriminação histórica e estrutural* que tais minorias têm sofrido” [itens 218-219]. Entende que estabelecer um tratamento distinto para casais do mesmo sexo não sobrevive a um *teste estrito de igualdade*, pois “não existe uma finalidade convencionalmente aceitável para que esta distinção seja considerada *necessária ou proporcional*” [itens 83 e 220], reiterando, assim, seu entendimento sobre a orientação sexual e a identidade de gênero serem *classificações suspeitas*, que demandam fortes fundamentos para superar sua presunção de inconstitucionalidade [algo que a jurisprudência internacional utiliza para a proteção de grupos historicamente discriminados]. E assim entendeu por considerar improcedente o argumento relativo à *procriação como finalidade do casamento*, na medida em que isso contraria a proteção convencional à *família como realidade social*, bem como por considerar que “a procriação não é uma característica que defina as relações conjugais, visto que afirmar o contrário seria degradante para os casais – casados ou não – que por qualquer motivo não tenham capacidade procriativa [*generandi*] ou interesse em procriar” [item 221].

Daí concordar com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos²⁸, no sentido de ser uma “distinção artificial afirmar que um casal do mesmo sexo não poderia gozar de um vínculo familiar da mesma forma que um casal heterossexual”, na medida em que *a família pode ser formada por pessoas de distintas identidades de gênero e orientações sexuais*. Bem afirmou que assim entender não implica menoscabo às famílias tradicionais, mas, ao contrário, algo necessário ao reconhecimento da *igual dignidade* a pessoas que pertencem a um grupo humano historicamente oprimido e discriminado [itens 191-192]. Inclusive porque, continuou, a cláusula convencional de garantia de *igual proteção perante a lei* relativamente ao ordenamento jurídico interno dos Estados-membros da Convenção deve ser interpretada à luz dos

²⁸ “Cfr. TEDH, *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, No. 30141/04, Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 94, y *Caso Vallianatos y otros vs. Grecia*, Nos. 29381/09 y 32684/09, Sentencia de 7 de noviembre de 2013, párr. 73”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Princípios de Yogyakarta, sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que proíbem a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, a obrigar os Estados a adaptarem seu Direito Interno, inclusive pela via jurisprudencial (“medidas legislativas, administrativas *ou de outra índole*”), para efetivar essa igual proteção perante as leis relativamente a todos os direitos e liberdades previstos no Direito Interno dos Estados [itens 195-197].

Bem afirmou a Corte que “criar uma instituição que produza os mesmos efeitos e garanta os mesmos direitos que o matrimônio, mas que não leve esse nome, não tem sentido que não o de assinalar socialmente que os casais do mesmo sexo com uma designação que, se não for estigmatizante, no mínimo, caracteriza um sinal de subestimação”. Segundo essa lógica, “haveria um matrimônio para aqueles que, de acordo com o **estereótipo da heteronormatividade**, fossem considerados ‘normais’, e outra instituição de idênticos efeitos, mas com outro nome, para os que fossem considerados ‘anormais’, segundo o mesmo estereótipo”. Assim, a Corte considerou inadmissível a existências de duas classes de uniões solenes para consolidar juridicamente as comunidades de convivência heterossexual e homossexual, por se caracterizar como “uma distinção discriminatória fundada na orientação sexual das pessoas, algo incompatível com a Convenção Americana” [item 224].

Dessa forma, embora reconheça a importância de convicções religiosas e filosóficas contrárias ao matrimônio [civil] entre pessoas do mesmo sexo na vida das pessoas que as professam, considerou que elas não podem condicionar a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, de sorte a legitimar a discriminação por orientação sexual. Isso porque, em sociedades democráticas, deve existir uma *coexistência mutuamente pacífica* entre o secular e o religioso, sem que um ingresse na esfera do outro [itens 222-224].

Afirmou que do princípio da *dignidade da pessoa humana* deriva a *plena autonomia da pessoa escolher* com quem quer manter um *vínculo permanente e marital*, seja natural (união de fato), ou solene (matrimônio [civil]). Observou a Corte que tal *eleição livre e autônoma* forma parte da dignidade de cada pessoa e é intrínseca aos aspectos mais íntimos e relevantes de sua *identidade e projeto de vida*. Apontou que sempre que houver a *vontade de relacionar-se de maneira permanente e formar uma família*, existe um *vínculo que merece igualdade de direitos e proteção* independente da orientação sexual das pessoas contraentes [item 225].

Ainda sobre o princípio da dignidade humana, mencionado pela Corte IDH na citada decisão, nesse tema devemos citar Canotilho:

A dignidade humana não é jurídico-constitucionalmente apenas um princípio-limite. Ela tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos. Desde logo, está na base de concretização do princípio



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

antrópico ou personocêntrico, inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética). Por outro lado, alimenta materialmente o princípio da igualdade, proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades²⁹.

Negar direitos em razão de orientação sexual ou identidade de gênero é uma grave violação do princípio da dignidade da pessoa humana, o que já foi dito pela Ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132:

Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática³⁰.

Proibir o casamento homoafetivo é uma forma de impedir parte do exercício de cidadania da população LGBTI+, qual será o próximo passo? Proibir a votação? A investidura em cargos públicos? Avançar por esse caminho é um perigo para a garantia dos direitos sociais de grupos vulnerabilizados.

Além disso, viola o princípio da igualdade (art. 3º, IV), direito de segunda geração, direito social que veda o tratamento diferenciado a pessoas por parte do legislador ou pelo intérprete da lei. Se é objetivo fundamental da República a **promoção do bem de todos**, pode uma prática discriminatória coadunar com o princípio da igualdade? Evidente que não.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4. ed., rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 198-199.

³⁰ Cf. Voto da Ministra Carmen Lúcia na ADPF 132/ ADI 4277.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

É nesse sentido que Rodrigo da Cunha Pereira ensinou que sem a igualdade, que está intrinsecamente vinculada à cidadania, “não há igualdade no sujeito de direito”³¹.

O direito do respeito à sexualidade, intrinsecamente ligado ao princípio da igualdade, propriamente dita é considerado pela doutrina um direito de terceira geração.

Antes de finalizar esse tópico faz-se necessário ainda mencionar o voto da Ministra Cármen Lúcia na ADI 4277 ao afirmar que ninguém em uma união homoafetiva deve ser “desigualado em sua cidadania” ou “ser considerado um cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou legítimo”.

Fere ainda o princípio da liberdade, ou seja, o direito de exercer sua autonomia da vontade, seja ela pela orientação sexual, identidade de gênero ou qualquer característica do ser humano e seus desdobramentos, sejam eles a união estável, casamento, adoção, etc.

Em paralelo o relatório nos parece violar ainda o princípio da impessoalidade já que é baseado em convicções pessoais e religiosas do relator. É sabido que a liberdade religiosa deve ser defendida e preservada em um regime democrático de Direito, mas uma religião não deve ser usada como forma de impor menos direitos a parte da população, nesse sentido destaca-se o seguinte trecho do relatório:

O Brasil, desde sua constituição e como nação cristã, embora obedeça ao princípio da laicidade, mantém, na própria Constituição e nas leis, os valores da família, decorrentes da cultura de seu povo e do Direito Natural. Nesse sentido, toda lei feita pelos homens tem razão de lei porquanto deriva da lei natural.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 140.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Embora nos pareça haver uma tentativa de relativização do princípio da laicidade no voto, não é razoável permitir que uma parcela da população seja prejudicada em razão de ser uma minoria social.

Afinal de contas, se em um estado democrático de direito valesse a vontade da maioria de forma absoluta, poderia a maioria determinar o genocídio de uma minoria vista como indesejável? Poderia uma maioria aprovar uma legislação determinando que minorias sejam atiradas de prédios? Poderia uma legislação como o “pecado de sodomia”, prevista nas Ordenações do Reino, com pena de morte na fogueira ser aprovada hoje? Por óbvio que não.

A democracia deve ser substancial, a maioria não pode impor à minoria a marginalização.

Importante destacar ainda que o Brasil é signatário dos Princípios de Yogyakarta, dentre os quais merecem ser citados o um, dois e três.

1. DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

Os Estados Deverão:

d) Integrar às políticas de Estado e ao processo decisório uma abordagem pluralista que reconheça e afirme a interrelacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e identidade de gênero.

2. DIREITO À IGUALDADE E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.

Os Estados Deverão:

- c) Adotar legislação adequada e outras medidas para proibir e eliminar a discriminação nas esferas pública e privada por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;

3. DIREITO AO RECONHECIMENTO PERANTE A LEI

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados Deverão:

- b) **Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família**, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

e) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nos Estados que reconheçam o casamento ou parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo, qualquer prerrogativa, privilégio, obrigação ou benefício disponível para pessoas casadas ou parceiros/as registrados/as de sexo diferente esteja igualmente disponível para pessoas casadas ou parceiros/as registrados/as do mesmo sexo;

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos a jurisprudência tem entendido que orientação sexual e identidade de gênero são as chamadas classificações suspeitas, ou seja, leis e políticas estatais que discriminem por tais razões serão presumidas como *inconvenientes*, salvo se o Estado apresentar forte fundamentação a partir de critérios objetivos e razoáveis que legitimem tal discriminação, para concretizar algum legítimo fim estatal. Foi esse o entendimento nos casos *Atalla Riffo e Filhas v. Chile*, de 2012, *Flor Fleire v. Equador* em 2016 e *Duque v. Colombia* em 2016.

Por isso, Paulo Iotti defende em doutrina que o *princípio* subjacente a esta decisão é o de que estereótipos não podem justificar discriminações jurídicas em geral - ou, *no mínimo*, deve-se entender que a Corte proibiu que a orientação sexual e a identidade de gênero da pessoa sejam usadas como “razões legítimas” para proibir o exercício de direitos como o casamento, adoção, etc. Por isso, defende que não se pode negar o casamento homoafetivo em geral apenas por preconceitos (estereótipos) homotransfóbicos ou dogmas religiosos.³²

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, por sua vez, tem em seus objetivos de desenvolvimento sustentável 5 (igualdade de gênero), 10 (redução das desigualdades) e 16 (paz, justiça e instituições eficazes) metas a serem atingidas no que diz respeito à igualdade e não discriminação, merecendo destaque aqui a 16.b:

³² IOTTI, Paulo. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 16, item 3.5, p. 825-832.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

3. 16.b Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável.

A necessidade de interpretação antidiscriminatória no Direito é fundamental e resoluções como a proposta ajudam na construção de uma sociedade mais justa e equânime.

Não é por acaso que o CNJ determinou a obrigatoriedade da adoção do protocolo de julgamento sob perspectiva de gênero³³ (de forma também alinhada aos objetivos de desenvolvimento sustentável) e que o legislador determinou qual deve ser a interpretação do julgador nos crimes de racismo.

Por tudo exposto, essa comissão entende que o PL 5167/2009 é inconstitucional conforme acima apresentado e posiciona-se pela rejeição com seu consequente arquivamento.

É o Parecer.

Brasília, 26 de setembro de 2023.

Amanda Souto Baliza

Relatora

OAB-GO 36.578

Presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Nacional

Sílvia Virginia Silva de Souza

OAB-SP 372.470

Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos

³³ Resolução 492/2023 CNJ: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

FELIPE DOS SANTOS
LOPES:98074717291

Felipe dos Santos Lopes
OAB-AC 4.718

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Acre

MARCUS VINICIUS
SILVA DE
VASCONCELOS:05
579946406

Assinado de forma digital por
MARCUS VINICIUS SILVA DE
VASCONCELOS:05579946406
Dados: 2023.09.27 14:01:02 -03'00'

Marcus Vinícius Silva de Vasconcelos
OAB-AL 13.721

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Alagoas

Documento assinado digitalmente
gov.br ERNANES DA SILVA PALMEIRA
Data: 27/09/2023 12:33:01-0300
Verifique em <https://validar.itf.gov.br>

Ernanes Palmeira
OAB-AP 3.994

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Amapá

IVES BITTENCOURT
MENEZES:0575253
7541

Digitally signed by IVES BITTENCOURT
MENEZES:05752537541
DN: cn=Ives, ou=CF-Brasil, ou=AC SOLUTI
Multipla v5, ou=26182271000107,
ou=Presencial, ou=Certificado PF A3,
c=IVES BITTENCOURT
MENEZES:05752537541
Date: 2023.09.27 14:43:04 -03'00'

Ives Bittencourt Menezes
OAB-BA 50.139

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Bahia

Elisa Ivna Pinheiro Costa
OAB-CE 38.623

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Ceará

Assinado digitalmente por:
CINTIA CECILIO
Data: 27/09/2023 - 09:43:14h

VALID IDENTITY AS A SERVICE

Cíntia Cecílio Amaral
OAB-DF 41.814

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Distrito Federal



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Idamar Borges

OAB-DF 24.014

Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB Distrito Federal

Gabriel Borba

OAB-DF 70.630

Procurador de Direitos Humanos da OAB Distrito Federal

VIVIANE
LAIBER
ALMEIDA

Assinado de forma digital por VIVIANE LAIBER ALMEIDA
Dados: 2023.09.27 08:45:30 -03'00'

Viviane Laiber Almeida

OAB-ES 15.192

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Espírito Santo

Débora Andrade Camargo da Silva

OAB-GO 47.273

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Goiás

RAKLEY VINICIUS
BUENO
FERNANDES

Assinado de forma digital por RAKLEY VINICIUS BUENO FERNANDES
Dados: 2023.09.27 10:18:07 -03'00'

Rakley Vinicius Bueno Fernandes

OAB-MA 23.425

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Maranhão

Documento assinado digitalmente

gov.br

SUYANE DE ARAUJO GIANANTE

Data: 27/09/2023 15:12:52-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Suyane de Araújo Giansante

OAB-MT 29.785

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Mato Grosso



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Washington Pacheco Souza Fabri Filho

OAB-MG 158.854

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Minas Gerais



Documento assinado digitalmente

JOAO JORGE NETO

Data: 27/09/2023 00:03:26-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

João Jorge Neto

OAB-PA 16.451

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Pará

Ginaldo de Almeida Figueiredo Júnior

OAB-PB 23.984

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Paraíba



Gisele Szmidt

OAB-PR 74.812

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Paraná

Sérgio da Silva Pessoa

OAB-PE 38.433

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Pernambuco



Jessica Teixeira de Jesus

OAB-PI 18.900

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Piauí



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Documento assinado digitalmente
gov.br HENRIQUE RABELLO DE CARVALHO
Data: 27/09/2023 11:19:35-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Henrique Rabello de Carvalho
OAB-RJ 150.448
Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Rio de Janeiro

Natália Mabel Santos de Oliveira
OAB-RN 10.242
Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Rio Grande do Norte

DIANA PATRÍCIA CORREIA DE ALENCAR
PATRICIA CORREIA DE ALENCAR
CORREIA DE ALENCAR

Assinado digitalmente por DIANA PATRÍCIA CORREIA DE ALENCAR
ID: CN=BR, O=C=OAB, OU=OAB, OU=1509862000187, OU=Presencial, OU=Assinatura Tipo A3, OU=ADVOGADO, CN=DIANA PATRÍCIA CORREIA DE ALENCAR
Razão: Eu sou o autor deste documento
Localização: Data: 2023.09.27 08:48:37-0300'
Foxit PDF Reader Versão: 12.1.2

Diana Patrícia Correia de Alencar
OAB-RR 1.818
Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Roraima

Documento assinado digitalmente
gov.br BIANCA CAROLINA HILGERT
Data: 27/09/2023 15:57:41-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Bianca Carolina Hilgert
OAB-RS 63.513
Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Rio Grande do Sul

ROGERIO TELES DA SILVA
TELES DA SILVA
SILVA

Assinado de forma digital por ROGERIO TELES DA SILVA
Dados: 2023.09.27 10:32:21 -04'00'

Rogério Teles da Silva
OAB-RO 9.374
Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Rondônia

MARGARETH DA SILVA
HERNANDES

Assinado de forma digital por MARGARETH DA SILVA
SILVA HERNANDES
Dados: 2023.09.27 12:46:00 -03'00'

Margareth da Silva Hernandes
OAB-SC 21.268
Presidente da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero da OAB Santa Catarina



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Heloísa Helena Cidrin Gama Alves

OAB-SP 113.801

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB São Paulo

Johnatan Douglas Andrade de Jesus

OAB-SE 14.479

Presidente da Comissão de Direito LGBTQIAP+ da OAB Sergipe

Documento assinado digitalmente

gov.br

LANDRI ALVES CARVALHO NETO

Data: 27/09/2023 09:36:08-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Landri Alves Carvalho Neto

OAB-TO 9.522b

Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB Tocantins