

## Curso virtual de DDHH – Caso 2

### Derecho a la igualdad

#### Aspectos procesales\* y solución de fondo

#### Brasil - Realizado por: Mônia Hennig Leal

##### Aspectos procesales

### 1. Tipo de acción

A cláusula de igualdad contida na Constituição brasileira, na qual se faz referência à igualdadade material como princípio constitucional, vedando-se qualquer forma de discriminação – aí incluída a orientação sexual – torna questionável a disposição prevista na Ley Y.

Nesse sentido, a via processual adecuada para anulação da lei seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn, prevista no art. 102 da CFRB, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (controle concentrado de constitucionalidade), ação que busca uma declaração de inconstitucionalidade da lei em face de violação de dispositivo ou princípio previsto na Constituição, com a conseqüente retirada da lei do ordenamento jurídico (eficácia *erga omnes*). A legitimidade ativa para propositura da referida ação está, contudo, adstrita aos legitimados previstos no art. 103 da CFRB, não sendo possível, no caso, a interposição da ação por particulares ou por cidadãos comuns.

Assim, a proteção em face da violação do direito teria que ser buscada, pelos interessados, pela via processual do Mandado de Segurança. Neste caso, contudo, a ação não poderia ter como objeto principal a invalidação ou a declaração de inconstitucionalidade da lei (em abstrato), pois o foco da ação é a obtenção de uma sentença de natureza mandamental, dirigida à autoridade coatora que praticou o ato considerado ilegal ou violador de direito fundamental. Assim, a ação deveria

\* Germán Alejandro Patiño Peña y Daniel Felipe Enríquez Cubides, estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), apoyaron a la autora en una primera búsqueda sobre los aspectos procesales para resolver este caso con fundamento en la legislación brasileña.

voltar-se contra decisão ou ato de autoridade que negou o pedido de adoção com fundamento na lei considerada inconstitucional, buscando-se uma ordem judicial para a sua revisão e/ou anulação.

## **2. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso**

Ainda que se trate de uma ação de natureza constitucional, a competência para julgamento do Mandado de Segurança é ordinária, residindo o critério determinante no juízo competente para julgar a autoridade coatora, responsável direta pela ordem ou decisão que violou o direito (ato concreto).

## **3. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso**

Sujeito Z do Estado X, que busca revisão do ato proferido por autoridade pública com fundamento na lei Y, tida como inconstitucional, por violar o direito fundamental à igualdade.

## **4. La legitimación del demandante**

Segundo dispõe o art. 1 da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009, pode impetrar Mandado de Segurança “qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la”. X é uma pessoa natural, titular do direito violado por ato praticado por autoridade pública, sendo, portanto, legitimado para propor a ação.

No polo passivo, na condição de autoridade coatora, deverá figurar a autoridade responsável pela ordem ou decisão violadora do direito. Segundo o artigo 1 da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009, pode ser interposto Mandado de Segurança contra “ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.” Isto significa que a ação pode ser exercida contra autoridades do Estado brasileiro. Também seria cabível, portanto, contra atos de autoridades que exercem a função pública referente aos trâmites de adoção.

## **5. El objeto de tutela o amparo constitucional**

O direito à igualdade, consagrado no art. 5 da Constituição, se configura como um direito que deve ser protegido pelo Estado, que deve garantir a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza, razão pela qual, em face de uma presumida violação desse direito, caberia o referido Mandado de Segurança. Neste caso, contudo, a ação não poderia ter como objeto principal a invalidação ou a declaração de inconstitucionalidade da lei (em abstrato), devendo a ação ter por objeto a obtenção de uma sentença de natureza mandamental, dirigida à autoridade coatora que

praticou o ato considerado ilegal ou violador de direito fundamental (ato concreto). Assim, a ação deveria voltar-se contra decisão ou ato de autoridade que negou o pedido de adoção com fundamento na lei considerada inconstitucional, buscando-se uma ordem judicial para a sua revisão e/ou anulação (sendo que, neste caso, a declaração de inconstitucionalidade é apenas implícita, o fundamento para a anulação/revisão do ato, e não o objeto principal de análise da ação).

## 6. El agotamiento de la vía jurídica ordinaria

A ação do Mandado de Segurança, segundo dispõe o art. 5 da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009, não pode ser proposta em face de:

- i. Atos administrativos contra os quais ainda caiba recurso administrativo com efeito suspensivo.
- ii. Decisões judiciais contra as quais caiba recurso de apelação com efeito suspensivo.
- iii. Decisões judiciais transitadas em julgado.

No presente caso, não há indicação de ocorrência das exceções previstas no dispositivo acima, sendo cabível, portanto, a ação.

## 7. La forma y el plazo para la admisibilidad de la acción

A ação deve ser interposta no prazo de 120 dias, a contar da ciência do ato causador da violação do direito “líquido e certo” (art. 23 da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009).

### **Solución de fondo**

#### **I. Conformação do problema jurídico**

Nesse caso, o problema abrange a ideia de mutação constitucional, quer dizer, hipótese de reinterpretação de dispositivos previstos na Constituição em conformidade com as novas dimensões da realidade social, sem, contudo, incorrer na alteração do texto positivado. O dispositivo em questão é o art. 226, §3º<sup>1</sup>, da Constituição de 1988, o qual estabelece a família como

<sup>1</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

base da sociedade e como destinatária de especial proteção estatal, reconhecendo como entidade familiar, textualmente, contudo, apenas a união estável entre **homens** e **mulheres**. A questão jurídica envolve, portanto, com base no direito de igualdade e de não-discriminação, se o conceito de família e os demais direitos aplicáveis aos casais heterossexuais – dentre eles a adoção – aplicam-se também aos homossexuais.

## II. Marco Jurídico de proteção de igualdade/não discriminação

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5º, *caput*, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”<sup>2</sup> Além disso, igualmente a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) protege o direito de igualdade<sup>3</sup> e de não discriminação.<sup>4</sup>

A questão das uniões homoafetivas e sua possibilidade de reconhecimento como entidade familiar, em face da literalidade do texto constitucional do art. 226, §3º da Constituição foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que afastou a concepção restritiva do referido dispositivo por ocasião do julgamento conjunto da [Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132](#) (ADPF 132) e da [Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.277](#) (ADIn 4.277), ocasião em que a Corte entendeu pela proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo – tanto no âmbito homem-mulher como no plano da orientação sexual (com fundamento no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988), ressaltando, ainda, o pluralismo e a não-discriminações como objetivos fundamentais da República e como valores sócio-político-culturais da vida em comum (identificados, portanto, com uma noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e a

§ 3º 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.

2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

3 [Artigo 24. Igualdade perante a lei](#)

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

4 [Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos](#)

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

5 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**. (grifo nosso)

liberdade para se dispor da própria sexualidade como estando inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo (numa perspectiva mais alinhada com a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais).

O STF destacou, ainda, o fato de o preconceito ir diretamente de encontro ao objetivo constitucional de promover o bem de todos, traçando correlações com o princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à busca da felicidade, da autonomia da vontade das pessoas naturais e do direito à intimidade e à privacidade.

No tocante à conformação de família, reforça a mais alta Corte do país a utilização desta expressão em seu sentido coloquial, no sentido de um núcleo doméstico, pouco importando os demais elementos e sua estruturação – se formal ou informal, se heteroafetiva ou homoafetiva. Em outras palavras, o STF constrói entendimento no sentido de que a Constituição Federal não faz uso de nenhum significado ortodoxo ou de técnica jurídica ao substantivo “família”, mas sim que a enaltece como categoria sócio-cultural e o como princípio espiritual.

Por fim, é apontado, na referida decisão, o fato de constar, no texto constitucional, a expressão “homem e mulher” como estando mais orientada a uma proteção desta última, no sentido de se estabelecerem relações jurídicas horizontais entre os gêneros, buscando-se afastar, assim, resquícios do paternalismo ainda presentes na tradição brasileira. Posicionou-se o STF, portanto, no sentido de dar “interpretação conforme à Constituição” ao artigo 1.723<sup>6</sup> do Código Civil brasileiro, dele excluindo-se qualquer sentido que impeça a união entre pessoas do mesmo sexo.

A partir do julgamento da [ADPE 132](#) e da [ADIn 4.277](#), por sua vez, deu-se, no âmbito do [Recurso Extraordinário n. 846.102](#) (ou seja, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade), julgado em 05 de março de 2015, a discussão concreta acerca da possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo. No referido RE (no qual o Ministério Público do Paraná buscava restringir a adoção de uma criança menor de 12 anos por um casal homoafetivo) arguiu-se a questão de as uniões afetivas já serem reconhecidas como entidade familiar baseada no vínculo afetivo e considerou-se que condicionar a idade e o sexo do adotando, nos casos de famílias homoafetivas, seria transformar a prática em “ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento” (STF, 2015). Para tanto, a Ministra Carmen Lúcia também buscou fundamentos no voto do Relator da [ADPE 132](#), o Ministro Ayres Britto, que havia mencionado a importância de as crianças crescerem em um ambiente familiar, e não nas ruas e em orfanatos.

Vale referir que, embora o [Recurso Extraordinário n. 846.102](#) tenha, por seus efeitos, resolvido a questão somente na ação paradigma, o entendimento pela possibilidade de adoção por

<sup>6</sup> Art. 1.723. 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.

homossexuais é comum no Brasil, sobretudo após o julgamento da [ADPF 132](#) e da [ADIn 4.277](#), em 2011. Apenas em alguns casos extremos – como o que foi verificado no caso do [RE.846.102](#) - é que se verificam eventuais restrições a esse tipo de adoção, como, por exemplo, exigir que a criança tenha doze anos de idade para poder melhor discernir a situação e manifestar sua concordância ou não nos casos de adoção por famílias homoafetivas<sup>7</sup>.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao impor os requisitos legais para a adoção, não lança qualquer hipótese de vedação a casais do mesmo sexo, centrando-se todo o debate, portanto, na questão constitucional de conformação da entidade familiar, conforme exposto acima. Por fim, há de se ressaltar que, em momento algum de sua fundamentação, o Supremo Tribunal Federal recorreu à Convenção Americana de Direitos Humanos (ou a qualquer decisão da Corte IDH sobre o tema).

Nesse sentido, a [CADH](#) preconiza o tratamento igual e não discriminatório em seu [artigo 1.1](#) (dever de não-discriminação) e no [artigo 24](#) (direito de igual proteção perante a lei), sendo relevante também fazer-se menção à [Opinião Consultiva n° 24](#) da Corte IDH, na qual o órgão responsável pela interpretação da [Convenção Americana reforça](#) entendimento de que a orientação sexual é direito protegido pelo Pato de São José, de modo que todos os direitos aplicados a casais heterossexuais devem também ser aplicados aos casais homoafetivos - aí incluída a adoção.

### III. Constatação e justificação de um possível trato diferenciado

Por meio do [Recurso Extraordinário n. 846.102](#), anteriormente mencionado, o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu, pela primeira vez, pela possibilidade de adoção por casais homoafetivos. No referido caso, um casal homoafetivo procurou o Poder Judiciário para adotar uma criança em 2006, tendo tido deferido o seu pedido. O Ministério Público do Estado do Paraná, contudo, manifestou-se pela impossibilidade de deferimento, alegando que a adoção, no caso de casais homoafetivos, deveria limitar-se a crianças com mais de doze anos, para que estas pudessem manifestar sua vontade, dados os possíveis constrangimentos a que estaria submetida (prática de *bullying* na escola, dificuldades psicológicas em face da ausência de figuras definidas no papel de mãe e de pai, dentre outros).

Normativamente, contudo, é preciso considerar-se que a adoção de crianças por famílias homoafetivas, sob a égide dos princípios da igualdade e da não-discriminação, não sofre nenhuma

<sup>7</sup> Importante destacar que tal medida se constitui em entendimento e construção do próprio Ministério Público do Estado do Paraná, não se tratando de matéria propriamente legislada, eis que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não faz qualquer distinção ou restrição à sexualidade dos adotantes, estabelecendo apenas que após os doze anos o menor pode manifestar sua vontade.



espécie de restrição *a priori* no ordenamento jurídico brasileiro, seja por parte do texto constitucional brasileiro, seja pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

O único aspecto que poderia ensejar eventual restrição ao direito de adoção (ou seja, de igualdade e de não-discriminação por gênero e orientação sexual) seria pois, justamente, a hipótese em que o interesse do menor fosse ameaçado, em virtude de situação inerente à realidade fática da família adotante. Tais condições, todavia, vale frisar, são totalmente alheias à orientação sexual dos adotantes, tratando-se apenas de aspectos exigidos pela legislação enquanto requisito para a adoção (idade mínima, diferença de idade, etc.). De modo geral, em não havendo afronta ao melhor interesse do menor, não haveria que se falar, desde a perspectiva da ordem jurídico-constitucional e da jurisprudência brasileiras, em restrições ao direito de um casal homoafetivo adotar.

Assim, a fixação de um limite de idade mínimo para que a criança possa ser adotada por um casal homoafetivo poderia ser considerada uma restrição excessiva e desproporcional do direito de igualdade dos homossexuais, além de ser desproporcional em relação à proteção do interesse do menor em ser adotado e ter uma família, consubstanciando-se em intervenção excessiva do legislador no sentido de sua proteção, por tomar por base um critério geral de discriminação, mais do que eventuais circunstâncias fáticas, a serem levadas em consideração no caso particular.

Vale ressaltar, ainda, que, em momento algum da decisão, é feita referência a documentos internacionais ou a estudos acerca da necessidade de uma figura materna e paterna para o pleno desenvolvimento dos menores, como no caso do Estado X, atendo-se a discussão tão-somente à questão da necessária interpretação literal de dispositivo constitucional questionado. Com isso, buscou o Ministério Público do Paraná fundamentar que seria a intenção do constituinte originário estabelecer tal diferenciação (sendo esta, portanto, uma restrição ao direito fundamental de igualdade expressamente autorizada pela Constituição).

A Constituição brasileira, no entanto, não estabelece objetivamente nenhum requisito para a adoção, enaltecendo apenas a importância da permanência de menores no âmbito familiar, para seu pleno desenvolvimento. As eventuais restrições aparecem no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), normativa infraconstitucional na qual é descrito o procedimento de adoção e seus requisitos, os quais, vale novamente destacar, sempre buscam o melhor interesse do menor, questão esta em que, em situações de eventual ponderação de direitos nos casos de adoção, possui prevalência sempre.

Ocorre que, aqui, estabelece-se um conflito, inclusive, no que concerne ao “melhor interesse” do menor: se é “melhor” privar as crianças menores de doze anos de conviverem com casais homossexuais sem sua manifestação e consentimento ou privá-las de um lar.

Assim, ainda que eventuais argumentos contrários devam ser considerados, não se teria configurado, neste caso, um peso suficiente que justifique a discriminação em relação ao direito de adoção por casais homoafetivos, seja na perspectiva do direito constitucional, seja na perspectiva do Sistema Interamericano.

Conforme já referido e fixado pela própria legislação brasileira (ECA), nas hipóteses de colisão de direitos em casos de adoção, o melhor interesse da criança sempre deverá prevalecer.

E, preenchidos os requisitos legais e de idoneidade (uma criança negra certamente não poderia ser adotada por um casal que publicamente expressa opiniões racistas, por exemplo), presume-se que a adoção corresponde ao melhor interesse da criança, pois é no seio de uma família que poderá desenvolver-se de forma mais plena do que em orfanatos, ou mesmo nas ruas.

Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal, como visto, tem afastado hipóteses de discriminação em virtude da opção sexual dos adotantes, sobretudo após considerar constitucionais a união estável e o casamento homoafetivos, compreendidos como base de um núcleo familiar.

#### IV. Decisão

Portanto, ante o caso hipotético do Estado X, é possível afirmar que o STF afastaria o argumento de que é mais benéfico aos menores possuírem uma figura masculina e uma feminina, vindo a adoção a ser permitida, desde que preenchidos os requisitos legais (excluída daí, por discriminatória, qualquer exigência em relação à orientação sexual dos adotantes). Outrossim, não há qualquer menção à CADHs tanto no julgamento da ADPF 132 quanto da ADIn 4.277 e no Recurso Extraordinário n. 846.102, que, todavia, em nada mudaria a decisão pátria – a qual entende-se estar em harmonia com as diretrizes dos direitos humanos e da normativa interamericana.

8 Convém registrar, no tocante à inter-relação entre o Sistema Interamericano e a ordem constitucional brasileira, que o Pacto de San José é **anterior** à Emenda Constitucional 45/2004, que prevê a exigência de um procedimento formal de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a fim de que possam ter o *status* de Emenda à Constituição. Neste caso, segundo jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF, RE. 466.343, 2008, os Tratados que versam sobre direitos humanos **anteriores** à referida Emenda não necessitam de incorporação formal, possuindo, contudo, hierarquia **supralegal**. Assim, ainda que a legislação infraconstitucional brasileira violasse a CADH, esta deveria ser respeitada e observada, sendo o dispositivo legal violador do direito humano de igualdade e de não-discriminação considerado **inconvencional**.



## Bibliografia

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil anotada (jurisprudência). [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente "un activismo" o "el" activismo? **Estudios Constitucionales**. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, n. 2, p. 429-453, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.