

**A INELEGIBILIDADE REFLEXA NAS RELAÇÕES
HOMOAFETIVAS: uma análise do *leading case* “Recurso Especial
Eleitoral nº 24654/PA” à luz da teoria da eficácia horizontal dos
direitos fundamentais**

RESUMO

Isadora Cristina Cardoso de Vasconcelos

Com base na aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre sujeitos de direitos privados, este artigo analisou a decisão judicial que aplicou a inelegibilidade reflexa, com base na Constituição Federal, ao caso de relação estável homossexual notória ocorrida em 2004 entre a então prefeita da cidade Viseu, no Pará, e sua parceira, futura candidata à prefeitura da referida cidade. A referida decisão judicial foi inédita por vencer preconceitos e provar que, mesmo que a passos lentos, a Justiça é garantidora da igualdade de direitos.

Palavras-chave

Inelegibilidade. Uniões Homoafetivas. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Based on the application of the theory of horizontal effectiveness of the fundamental rights between subjects of private rights, this article analyzed the judicial decision that applied the ineligibility reflex, based on the Federal Constitution, to the case of the stable homosexual relationship notorious occurred in 2004 between the then Viseu city mayor, Pará, and her partner, future candidate for mayor of that city. That judicial ruling was unprecedented for overcome prejudices and to prove that, even at slow steps, the court is responsible for guarantee equal rights.

Keywords

Inelegibility. Homoffective Unions. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A família, em outrora, tinha por finalidade precípua e sacra a perpetuação da espécie. Entretanto, atualmente a situação não é essa. A primazia é pela afetividade, pela liberdade de escolha, enfim, pela busca da felicidade. Por isso, a estruturação familiar modificou-se tanto e subdividiu-se em vários tipos.

A estruturação familiar mudou, todavia, a mentalidade das pessoas ainda não. O Direito também não foge a esta linha, pois apesar da evolução social, ele ainda resiste a adequar-se às mudanças por pensamentos obsoletos e tacanhos de pessoas alheias à contemporaneidade.

Contudo, tendo como pálio constitucional a dignidade da pessoa humana, o Direito não pode ficar alheio às alterações no seio social. Para tanto, diversas decisões judiciais reconhecendo as uniões homoafetivas – entre pessoas do mesmo sexo – estão surgindo, inclusive, das cortes judiciais mais importantes do país como, por exemplo, o Superior Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral.

Neste sentido, o presente artigo tem como escopo analisar um julgado inédito do Tribunal Superior Eleitoral que aplicou a inelegibilidade reflexa às uniões homoafetivas. A problemática principal deste estudo é avaliar as principais bases doutrinárias e legais que levaram ao supracitado Tribunal a aplicar tal inelegibilidade.

A realização deste trabalho justifica-se em razão da relevância do tema e da importância da assimilação pelos profissionais do Direito e da sociedade em geral de que toda a evolução social deve ser acompanhada e amplamente discutida, senão, estarão todos fadados ao obscurantismo e à involução.

1. O *LEADING CASE* “RECURSO ESPECIAL Nº 24654/PA”

1.1. *Leading Case*

A priori, se faz mister explicitar o que significa o termo “*leading case*”. Esta expressão, em inglês, consiste em um caso emblemático, um precedente que se abre com força obrigatória para casos futuros. Segundo Guido Fernando Silva Soares o *leading case* é “uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam” (SOARES, p. 40, 1999).

O Colendo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) denomina os *leadings cases* de “Julgados Históricos”, nos quais tal Tribunal “ (...) tem atuado decisivamente em diversos momentos da história político-eleitoral brasileira, cumprindo seu papel constitucional na construção da democracia” (BRASIL, 2012). Tais Julgados possuem grande repercussão jurídico-social.

1.2. O Recurso Especial nº 24654 – Visou/PA

O *leading case* em comento iniciou-se quando o deputado federal Anivaldo Vale, filiado ao PSDB-PA, protocolou uma consulta ao Tribunal Superior Eleitoral, em 2004, com a finalidade de saber se um parceiro ou parceira homossexual poderia ser elegível. Tal consulta advém da denominada função consultiva da Justiça Eleitoral.

Esta função é peculiar, haja vista que o Poder Judiciário não é órgão de consulta, somente afirmando pronunciamento sobre fatos concretos levantados pela parte interessada.

Todavia, os temas ligados às eleições são de interesse nacional, logo, relacionados de pleno à Justiça Eleitoral. Desta forma, se previnem os litígios que possam, de alguma forma, prejudicar o pleito eleitoral.

Como foi dito anteriormente, a Justiça Eleitoral detém a atribuição para responder às consultas que lhe são dirigidas, logo, se abrange tanto o Tribunal Superior Eleitoral quanto os Tribunais Regionais Eleitorais, em conformidade com os artigos 23 e 30 do Código Eleitoral:

“[Art. 23](#) - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

[...]

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou Jórgão nacional de partido político (BRASIL, p. 158, 2012).

[Art. 30](#). Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais:

[...]

VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político;” (BRASIL, p. 160, 2012).

Seguindo nesta linha, de acordo com José Jairo Gomes, são “dois, portanto, os requisitos legais: legitimidade do consulente e ausência de conexão com situações concretas. A resposta à consulta deve ser fundamentada” (GOMES, p. 62, 2011).

Vale ressaltar que as respostas às consultas feitas ao Tribunal Superior Eleitoral não possuem um caráter vinculante, elas apenas guiam a ação dos órgãos da Justiça Eleitoral, tanto no plano judicial quanto no administrativo.

Neste sentido, em sessão administrativa, em relação ao caso em questão, a Corte do TSE se reuniu em abril de 2004 para se pronunciar sobre a consulta do supracitado deputado. A consulta estava dentro dos requisitos legais acima citados, pois o consulente possuía tanto legitimidade, bem como o caso da consulta tinha caráter inédito. O Tribunal Superior Eleitoral decidiu pelo desconhecimento da consulta do supracitado deputado.

O interesse de Anivaldo Vale, na verdade, tratava a respeito das bases eleitorais de seu partido em Viseu, uma pequena cidade interiorana no Estado do Pará, com cerca de 56 mil habitantes e 32 mil eleitores. O PSDB pretendia lançar a candidatura à prefeitura da deputada estadual Eulina Rabelo, companheira da então prefeita à época Astride Cunha. Esta não podia reeleger-se, haja vista que já estava no seu segundo mandato.

O relacionamento de Eulina e Astride era de conhecimento público da cidade. Elas constituíram um núcleo familiar e criavam os filhos provenientes de relações anteriores. Ambas formavam um grande nicho de poder político, pois além de Astride presidir a Prefeitura, Eulina Rabelo era a única representante do município na

Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Todavia, apesar de tal poder, o relacionamento em comento era rechaçado por valores morais e religiosos vigentes.

O caso foi apreciado pelo Juízo Eleitoral cabível e este indeferiu o registro da candidatura de Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes ao cargo de prefeito de Viseu. Ela foi considerada inelegível porque mantinha uma união estável com a prefeita à época, a Sra. Astride Cunha. O juiz eleitoral, para tanto, considerou a inelegibilidade com base no Art. 14, § 7º da Carta Magna de 1988:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição (BRASIL, p.28, 2011).

Contudo, o Tribunal Regional Eleitoral reformou a sentença:

1. Considera-se união estável, para a proteção do Estado, aquela que decorre de união entre homem e mulher como entidade familiar, a teor do que dispõe a Lei Civil em vigor.

2. Inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional. A regra de inelegibilidade inserida no art. 14, § 7º da Constituição Federal não atinge, nem mesmo de maneira reflexa, as relações homoafetivas, por não se enquadrar no conceito de relação estável, e, diante do silêncio eloqüente contido no seu artigo 226, § 3º.

3. A omissão do ordenamento jurídico que regulamente as relações homoafetivas e conseqüentemente as inelegibilidades decorrentes de tais relações, não autoriza a aplicação por analogia das proibições decorrentes dos limites advindos das relações de parentesco para o exercício de mandato eletivo, previstas na Constituição Federal e na Lei n.º 64/90.

4. Considerando o Princípio da Legalidade, não incumbe ao intérprete ampliar o elenco de inelegibilidades, o que conduziria a se imiscuir na vontade do legislador. De igual modo, há de ser observado o Princípio da Isonomia Material, não podendo ser restringidos direitos, sob pena de, a despeito da omissão legal, incorrer em inadmissível e inconcebível discriminação (fls. 833-834). (BRASIL, 2004).

O Ministério Público Eleitoral e o Sr. Izaias José Silva (representado pelo seu advogado Dr. Nelson Francisco Marzullo Maia), ambos recorrentes, interpuseram Recurso Especial. O Sr. Luiz Alfredo Amin Fernandes (com o seu patrono Dr. Manassés Alves da Rocha) e o Sr. Dilermando Júnior Fernandes Lhamas (representado pelo seu patrono Dr. Inocêncio Mártires Coelho Júnior), também recorrentes, opuseram Embargos Declaratórios, sendo que o Tribunal Regional Eleitoral rejeitou tais embargos. *A posteriori*, os últimos recorrentes citados também interpuseram recurso especial de forma separada.

Os recorrentes alegaram, em suma, a problemática da lacuna legislativa em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Aduziram que tais uniões não poderiam afastar a proibição constitucional do Art. 14, § 7º da Carta Magna de 1988. O Ministério Público Eleitoral opinou pelo provimento do Recurso.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo provimento do recurso, com base na interpretação teleológica do dispositivo constitucional que trata da inelegibilidade. O Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, deu provimento aos recursos interpostos. No mesmo sentido, os Ministros Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Luiz Carlos Madeira, Caputo Barros e Carlos Velloso votaram pela inelegibilidade reflexa. Logo, o Tribunal Superior Eleitoral votou, por unanimidade, pela aplicabilidade do Art. 14, § 7º da Constituição Federal ao caso em comento.

O TSE e a Procuradoria-Geral Eleitoral, por unanimidade, optaram pela inelegibilidade reflexa nas uniões homoafetivas, tendo como base principal a evolução dos tipos de família, logo, o Direito não pode ficar alheio a tal evolução, precisando estar apto para e receptivo para os casos que porventura vierem a lhe ser apresentados.

Isto posto, se faz mister considerações mais aprofundadas sobre a inelegibilidade de forma geral, para um melhor entendimento do *leading case* em discussão.

1.2.1. INELEGIBILIDADE

O termo “inelegibilidade” é um dos pontos centrais deste estudo. Tal termo, segundo os ensinamentos de José Jairo Gomes é:

[...] o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo. Em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo. Tal impedimento é provocado pela ocorrência de determinados fatos previstos na Constituição ou em lei complementar. Sua incidência embaraça a elegibilidade, esta entendida como o direito subjetivo público de disputar cargo eletivo (GOMES, p. 145, 2011).

Neste sentido, a inelegibilidade é a impossibilidade de um cidadão eleger-se em um pleito eleitoral para ocupar algum cargo político. A inelegibilidade possui alguns critérios para classificação, sendo os mesmos: abrangência, extensão, espaço, tempo, natureza, duração, modo de incidência, origem e a inelegibilidade-sanção.

Pelo critério da abrangência, a inelegibilidade poderá ser absoluta, sendo esta consistindo no impedimento para o exercício de qualquer cargo político, pouco importando da circunscrição que ocorra a eleição. A inelegibilidade poderá ser, também, relativa, na medida em que se veda somente a elegibilidade em determinados cargos.

Quanto à extensão, em um sentido mais amplo, a inelegibilidade se abrange às “condições de elegibilidade”. Já em sentido mais restrito, não há extensão. Em relação ao critério espacial, denominado também de territorial, as inelegibilidades podem ser nacionais, estaduais e municipais.

Pelo tempo como critério, existe a inelegibilidade superveniente, sendo esta a ocorrida entre o registro da candidatura e o pleito eleitoral. Quando ao critério de natureza, a inelegibilidade pode ser constitucional e infraconstitucional.

Em relação à duração, são temporárias as inelegibilidades fundadas em condições temporárias. Já as inelegibilidades permanentes consistem na existência de estado duradouro.

Quanto ao modo de incidência, existe a inelegibilidade direta e a reflexa. A direta tem causa que diretamente desencadeia no impedimento da elegibilidade. A reflexa culmina em impedimento de terceiros, a citar, por exemplo, os parentes e o cônjuge.

A inelegibilidade, quanto à origem, pode ser inata. Esta se consubstancia quando o impedimento de elegibilidade existe independentemente do cometimento de ato por parte do cidadão ou de terceiros em seu benefício. Por fim, a inelegibilidade-

sanção assim é denominada haja vista que a mesma é decorrente da prática de determinadas condutas vedadas por lei. Vale ressaltar que é de oito anos o período da inelegibilidade-sanção.

Feitas estas considerações, no *leading case* em questão, o TSE aplicou a inelegibilidade constitucional reflexa presente no Art. 14, § 7º, tendo como base a evolução da família no decorrer dos tempos.

Por mais que o casamento homossexual não esteja expressamente contemplado no nosso ordenamento jurídico, o fato é que essas uniões são plenamente comuns no seio social. Neste sentido, é de extrema importância um estudo mais aprofundado do conceito de família, dando um destaque especial à Família Homoafetiva. Desta forma, se objetiva uma melhor apreensão do porquê do Tribunal Superior Eleitoral ter optado pela inelegibilidade reflexa neste caso.

2. DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO HOMOAFETIVO: DIREITOS CORRELATOS

2.1. Uma análise da família

Neste sentido, para melhor entendimento do caso em comento, se faz mister o aprofundamento nas raízes do estudo da família sob diversos prismas, em virtude da complexidade do tema. A família é o núcleo base de toda e qualquer sociedade, tendo sua importância ressaltada dentro da Constituição Federal de 1988:

[Art. 226.](#) A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, p. 136, 2011).

Seu conceito de acordo com a Sociologia, segundo Anthony Giddens, é:

Um grupo de indivíduos ligados entre si por laços de sangue, matrimônio ou adoção, que formam uma unidade econômica, cujos membros adultos são responsáveis pela formação dos filhos. Todas as sociedades conhecidas envolvem algum tipo de sistema familiar, ainda que a natureza das relações familiares seja amplamente variável. Embora, nas sociedades modernas, a principal forma familiar seja a família nuclear, também encontramos, com frequência, uma variedade de relações familiares ampliadas. (GIDDENS, p. 85, 2005).

Este conceito é moderno, na medida em que abrange a variedade de famílias que foram se formando no decorrer do tempo, contudo, a situação nem sempre foi assim. As sociedades mundiais viram a evolução social ocorrer no que tange à família,

logo, novos padrões familiares foram surgindo, fato que era inimaginável para as gerações antecessoras.

Dessa forma, é importante analisar a família desde as suas origens. Estas possuem duas percepções: 1 – os seres humanos possuem o instinto natural de procriar a espécie; 2 – os seres humanos são avessos à solidão. Portanto, as pessoas tendem a viver em pares. Tal fato é inexorável em qualquer subdivisão do mundo animal.

Logo, a vida aos pares é algo plenamente natural, porém, “(...) a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito” (DIAS, p. 27, 2011).

Além do fator natural/biológico, a família é uma construção cultural. Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira, se enveredando pela ideologia de Jacques Lacan, a família “(...) dispõe de uma estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente” (PEREIRA, p. 13, 2003).

E como uma construção cultural, a família é passível de variações. Dessa forma, podemos destacar dentre tais variações: a família nuclear (tradicional), ampliadas ou extensas e, por fim, as consideradas alternativas.

A família nuclear, também denominada de tradicional, é considerada por Anthony Giddens, “(...) dois adultos vivendo juntos num núcleo doméstico com suas crianças” (GIDDENS, p. 152, 2005).

A família ampliada, parental ou extensa é uma rede mais abrangente do núcleo familiar, comportando parentes diretos e, inclusive, os colaterais consanguíneos, logo, tios, sobrinhos, avós, por exemplo, se enquadram nesse tipo familiar.

A família alternativa vai muito além dos tipos acima apresentados. Tal família possui subdivisões: as monoparentais, as comunitárias, a eudemonista e as homossexuais. As monoparentais são chefiadas por um dos genitores, sendo que atualmente é notório que a mulher exerce tal função de chefia. Já nas famílias comunitárias a responsabilidade dos genitores é transferida para os membros adultos da

família. A estrutura familiar eudemonista prima pela felicidade dos seus membros, enfatizando os laços afetivos e amorosos.

Por fim, a família homossexual ou, em um termo mais moderno e adequado, homoafetiva, é aquela que possui relação conjugal entre dois indivíduos do mesmo sexo, podendo ter filhos adotados ou próprios. Nesta linha, convém analisar mais profundamente este tipo de família, haja vista que ela é aplicável ao caso em comento, bem como também em relação à visão social – preconceituosa – que se tem sobre a mesma.

2.2. Família Homoafetiva: um destaque

A família homoafetiva é um tipo advindo das modernas estruturas familiares existentes no meio social. Todavia, ela é rechaçada em tal meio em virtude da homossexualidade sempre ter sido tratada como uma anormalidade, uma doença, fato este que foi totalmente refutado pela ciência. Contudo, se necessário um apanhado histórico da questão homossexual.

Desde os primórdios da humanidade existe a homossexualidade. Há relatos desde a Grécia sobre a sua existência, sendo considerada, inclusive, dentro de um padrão de normalidade comportamental. Este padrão não é o observado atualmente, pois a homossexualidade é tratada ainda com ares de anormalidade ou como doença.

E se utilizando do bojo da doença, se optou pela legitimação da homossexualidade, por esta não se adequar aos padrões morais e sociais considerados “normais”, deveria ser relegada à marginalidade, às denominações de patologias que devem ser evitadas pelos seres humanos. Isto posto, seria comum dizer também que ser mulher, negro, indígena, ser de alguma tribo social diferente poderia ser de fato encarado como uma doença. Entretanto, não existe legitimação científica nenhuma de que ser homossexual é uma patologia, portanto, absolutamente nada justifica o preconceito contra os homossexuais.

Em 1973, a Associação Psiquiátrica Americana (APA) afastou o homossexualismo da listagem de transtornos mentais. No ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina (CFM) não o considera mais na condição de perversão ou desvio

sexual. Na década de 1990, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV) retirou-lhe a condição de distúrbio mental.

Quando o homossexualismo foi caracterizado como doença, constou na Classificação Internacional das Doenças (CID) até a 9ª revisão de 1975-1993, entretanto, na 10ª revisão do CID, em 1993, retirou-se o termo “homossexualismo” como uma patologia humana. Optou-se pelo termo “homossexualidade”, sendo esta aceita pelo movimento de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis (LGBTT). A Organização Mundial de Saúde (OMS) adotou a denominação “homossexualidade” ao invés de “homossexualismo”. Este fato ocorreu porque o sufixo “ismo” remete à anomalia e o sufixo “dade” configura um modo de ser.

Neste sentido, os transtornos que acometem os homossexuais são muito mais de uma linha social do que propriamente patológica ou genética. Portanto, o que ocorre de fato é que é um grande tabu conversar sobre sexualidade e, ainda mais sobre homossexualidade. Isto se deve à vergonha, ao receio inserido no seio social no que concerne aos temas envolvendo o sexo.

Neste sentido, se faz mister frisar alguns pontos sobre a formação da “*psique*” humana em relação ao assunto, pois as estruturações psicológicas são passadas aos indivíduos no decorrer de seu processo de desenvolvimento, fato este que irá refletir no seu comportamento. A família, nesta linha, se torna fundamental como a base que perpassa os valores na sociedade.

Em termos psíquicos, cada membro da família possui uma função dentro da estruturação psíquica, sem que haja de fato uma ligação biológica, sendo esta afirmação de grande importância do Direito, pois há privilégio de outros tipos de família, bem como a primazia do afeto como principal vínculo entre os membros familiares.

Em *Totem e Tabu*, de Sigmund Freud, foi apresentado que os grupos sociais têm ideias enraizadas as quais tais grupos submetem-se, a maioria das vezes desconhecendo o porquê das mesmas. O *Totem* era “(...) a base de todas as obrigações sociais e restrições morais das tribos” (PEREIRA, p. 17, 2003). Já o *Tabu* era em si “(...) entre os primitivos as interdições e proibições” (PEREIRA, p. 18, 2003).

Essas proibições referem-se principalmente contra a liberdade de prazer e contra a liberdade de movimento e comunicação [...]. Os tabus sobre animais, que consistem fundamentalmente em proibições de mata-los e comê-los, constituem o núcleo do totemismo. (FREUD, p. 36, 1974).

O *Tabu* esteve e está em voga nos questões da discussão da sexualidade. As pessoas, como fora dito, tem vergonha, receio de se falar sobre ela. É preferível deixar tal assunto de lado a propriamente adentrar nele, o que é um pecado quando se trata de família, pois esta advém de relações de vontade e desejo, culminando, obviamente, na sexualidade. Graças à evolução social, esses valores psíquicos e morais foram se modificando, bem como a estruturação familiar também se adéqua à referida evolução e transmite tais valores.

O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias. Ela é mesmo plural. O gênero de família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (art. 226, CF). Essas e outras formas vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade. (PEREIRA, p. 32, 2003).

Logo, há uma pluralidade de famílias, sendo uma delas a homoafetivo, o destaque deste estudo.

Neste sentido, qual o porquê da homossexualidade causar tanto incômodo às pessoas? Por que tanto preconceito? O psicanalista Jurandir Freire respondeu tais questionamentos:

Minha proposta é deixarmos de identificar socialmente pessoas por suas preferências sexuais [...]. Porque nos interessamos tanto pela preferência sexual das pessoas a ponto de julgarmos muito importante identificá-las sociomoralmente por este predicado? Que disse que este mau hábito cultural tem de ser eterno? É isto que, a meu ver, importa. Quando e de que maneira poderemos ensinar, convencer, persuadir as novas gerações de que classificar sociomoralmente pessoas por suas inclinações sexuais é uma estupidez que teve, historicamente, péssimas consequências éticas. Muitos sofreram por isto; muitos mataram e morreram por esta crença inconsequente e humanamente pernicioso. (FREIRE, p. 3, 1995).

São pensamentos como estes que vão contra a estigmatização da homossexualidade. E em uma análise jurídica, a lei brasileira ainda não se explicitou sobre a homossexualidade. O que ocorre, de fato, são jurisprudências esparsas e uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu as uniões estáveis homoafetivas. Tal decisão do Pretório Excelso muda, consideravelmente, a rotina dos

casais homoafetivos, sobretudo no que tange à incorporação de novos direitos civis, reconhecendo tais casais como entidades familiares.

Tais direitos tangem a comunhão parcial de bens, a pensão alimentícia em caso de separação judicial, as pensões do INSS, aos dependentes ou em planos de saúde familiares, às políticas públicas de maior relevância para os homossexuais.

Isto posto, se faz mister frisar que, mesmo a lentos passos, a jurisprudência brasileira já se manifesta com significativas evoluções no que tange ao direito homoafetivo. Este assunto é polêmico e o operador do Direito depara-se com diversas dificuldades na discussão do mesmo, bem como até em encontrar material científico sobre tal assunto, sobre a égide jurídica, haja vista que a Psicologia, a Psicanálise, a Sociologia e a Filosofia já estão a largos passos do Direito em tal discussão.

Entretanto, apesar de tais dificuldades, é dever dos profissionais do Direito adentrarem-se na referida discussão, afinal de contas, a homossexualidade é corrente na sociedade e o Direito, sendo produto social, deve acompanhá-la. Logo, a legitimação das uniões homoafetivas é um passo fundamental, pois é um grupo que não pode ter seus direitos vedados de se unir, constituir uma família reconhecida juridicamente e, obviamente, socialmente, como qualquer outra estrutura familiar.

3. A TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para a análise da decisão judicial do caso envolvido neste estudo, se faz mister falar da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e, obviamente, alguns apontamentos sobre os Direitos Fundamentais, sendo que estes possuem diversos posicionamentos doutrinários, dentre os quais alguns serão citados.

O professor José Carlos Vieira de Andrade, citado por Rodrigo Nakahira, leciona que os direitos fundamentais são “(...) direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares e constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica” (ANDRADE apud NAKAHIRA,

2007, p. 15). Já os direitos fundamentais são, segundo José Joaquim Gomes Canotilho citado por Moraes:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)” (CANOTILHO apud MORAES, p. 30, 2010).

Portanto, os direitos fundamentais são, em linhas gerais, direitos e garantias individuais e coletivas dos indivíduos que garantem condições adequadas de vida a eles, limitando o poder do Estado em termos de lesão a tais direitos, além de impor que o Estado aja em prol dos cidadãos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentro de seu Título II, trouxe os direitos e garantias fundamentais como gênero subdividindo-se os mesmos em cinco capítulos (espécies): direitos individuais e coletivos, direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Por tais direitos estarem previstos no tecido constitucional, possuem a chamada Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais, em virtude de que a Constituição ser a lei hierarquicamente superior a todas as outras leis do nosso país. Daniel Sarmento a respeito disso ensina:

(...) significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direitos com novas lentes, que terão cores de dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional (SARMENTO, p. 124, 2006).

Tais direitos são garantidos a todos, portanto, tendo também eficácia horizontal, ou seja, estes direitos tem extensão dentro das relações privadas como, por exemplo, no mercado, na sociedade civil, na empresa, na família e etc. Vale citar também que pelo fator da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, há a eficácia vertical dos direitos fundamentais, sendo esta divergente da eficácia horizontal, em virtude de que a primeira atinge somente os poderes públicos, já a segunda atinge os particulares. Desta forma, sem sombra de dúvidas, os direitos fundamentais abrangem todo e qualquer âmbito do seio social.

Portanto, considera-se que os direitos fundamentais atingem a todos, tanto nas relações privadas quanto nos atos emanados dos entes do poder público. No caso da decisão judicial inédita publicada neste estudo, foi caracterizada a inelegibilidade reflexa nas uniões homoafetivas, tendo como base principal a evolução dos tipos de família. Em tal decisão é latente o quanto foram considerados os Direitos Fundamentais adquiridos no transcorrer do tempo pelo Movimento GLBTT, fato que será mais aprofundado a seguir.

4. A ANÁLISE DO *LEADING CASE* “RECURSO ESPECIAL Nº 24654/PA” À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral em relação à aplicabilidade da inelegibilidade reflexa ao casal em comento foi considerada inédita por dar condição “cônjuge” à parceira da supracitada prefeita. Tal decisão considerou as uniões homoafetivas tendo como elemento basilar a evolução dos tipos de família, sendo isto um fato não muito comum dentro de decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

Anteriormente neste estudo foi mencionado que todas as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser baseadas no texto constitucional, respeitando principalmente os direitos fundamentais concernentes a todos os indivíduos. José Joaquim Gomes Canotilho ensina a respeito:

Aos tribunais cabe a tarefa clássica da ‘defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (CRP, artigo 205º/2). Os tribunais, porém, não estão apenas ‘ao serviço da defesa dos direitos fundamentais’; eles próprios, como *órgãos do poder público*, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais efectiva-se ou concretiza-se: (1) através do *processo* aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da *determinação e direcção das decisões judiciais* pelos direitos fundamentais materiais. (CANOTILHO, p. 586, 1993).

A decisão do TSE não fugiu a esta regra. Por mais que o caso fosse polêmico, o Colendo Tribunal, representando o Estado-Juiz e tendo, portanto, o dever da eficácia vertical dos direitos fundamentais, não se absteve do mesmo e utilizou fundamentação constitucional embasada em tais direitos que todo e qualquer ser humano possuem em

suas relações privadas ou nas mesmas com o Estado. A fundamentação da decisão em comento foi a seguinte:

EMENTA

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento.

VOTO

EXMO. SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):

O TRE examinou a prova e concluiu pela caracterização de união de fato entre a Recorrida e a prefeita reeleita de Viseu/PA.

A questão cinge-se em se saber se essa união entre pessoas do mesmo sexo dá ensejo à inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

[...]

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral.

[...]

É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos.

Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil Alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Ante o exposto, dou provimento aos Recurso. (Grifo nosso). (BRASIL, 2004).

Para a solução dada ao caso acima descrito, se pode aludir primeiramente o princípio da dignidade humana contido no Art. 1º, III, da Constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, p. 13, 2011).

Em tal princípio, a dignidade é considerada um valor moral e espiritual intrínseco aos seres humanos, nas quais estes podem se autodeterminar em suas vidas de forma consciente e responsável e que, segundo Moraes “(...) traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar” (MORAES, p.22, 2010). Vale ressaltar que tal princípio é considerado o norte para o sistema dos direitos fundamentais, pois todos os outros direitos decorrem dele.

O princípio supracitado é de fundamental importância na medida em que se alude ao respeito pelo ser humano em qualquer condição. Logo, o respeito aos homossexuais deve ser um mínimo invulnerável que todos os institutos jurídicos vigentes no Brasil devem assegurar.

A *posteriori*, se deve aludir o dever do Estado da não discriminação e igualdade, às várias formas de família (arts. 3º, IV, e 226 da Constituição Federal de 1988).

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, p. 14, 2011).

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (BRASIL, p. 136, 2011).

Significa que todos os cidadãos devem ser tratados de forma igual pela lei, de forma a vedar qualquer tipo de discriminação, bem como é dever do Estado proteger a família, pouco importando o seu tipo.

Portanto, neste caso, a união homoafetiva foi corretamente reconhecida quando se aludiu à exegese “relação estável homossexual”, alargando o conceito de entidade familiar. Por mais que a decisão tenha impedido a elegibilidade da parceira da prefeita de Viseu à época, é inegável mais um avanço em prol do respeito à família qualquer seja o seu tipo, bem como às uniões homoafetivas de forma a se buscar uma equidade de tratamento jurídico equiparado às uniões reconhecidas expressamente pelo ordenamento legal.

Em virtude de todo o exposto, é fundamental reconhecer o quanto tal decisão judicial é inédita e importante para nortear casos similares que por ventura vierem a surgir, já que a condição de homossexualidade é um fato extremamente antigo e corrente na sociedade, e não se pode negar às pessoas em tal condição os seus direitos, dentre os quais o desejo de constituir uma família, pois todos são iguais em deveres e direitos e Justiça tem por dever garantir a efetividade dos mesmos.

Os elementos de liberdade e igualdade estabelecidos sob o pálio da dignidade da pessoa humana devem ser assegurados a todos, que têm o direito de firmar sua felicidade e bem estar como melhor se adequem em sua vida, desde que não fira os direitos de outras pessoas. No caso em tela, o estabelecimento dos direitos dos homossexuais é o reconhecimento de um avanço para toda uma sociedade pluralista, no caminho de uma real e efetiva democracia justa e igualitária.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que foi corretamente aplicada, pelo Tribunal Superior Eleitoral, a inelegibilidade reflexa às uniões homoafetivas, tendo em vista o alargamento do conceito familiar, bem como o norteamento pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no qual toda a pessoa deve ser respeitada, pouco importando a sua condição.

Se faz mister a libertação de pensamentos preconceituosos que os seres humanos recebem em seu processo de desenvolvimento, muitas das vezes sem nem saber o porquê deles. E o principal: saber que tais pensamentos geram dor e sofrimento para pessoas que querem somente o direito de escolher livremente os seus parceiros (ou parceiras), ou seja, o direito de buscar a sua felicidade.

O Direito não pode ficar alheio à essa realidade e muito menos permanecer sob a orientação de pensamentos obscurantistas e tacanhos, haja vista que a homossexualidade é fato corrente no seio social. É inadmissível que em plena idade contemporânea ainda se tenha que uma população de número considerável tenha que viver de um ou outro precedente judicial, como é o caso dos homossexuais.

E nesse sentido, é mais do que necessário que se criem normas expressas nas leis regulamentando os direitos devidos aos homossexuais, a fim de que se garanta uma sociedade verdadeiramente plural e democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Eleitoral, de 15 de julho de 1965**. Organização do texto: José Nepomuceno Silva. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Organização do texto: Equipe RT. Vade Mecum Universitário RT. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Julgados Históricos**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos>>. Acesso em: 02 mai. 2012.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 24654/PA com decisão publicada em 01 de outubro de 2004**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em 02 mai. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREIRE, Jurandir. Entrevista. **Jornal do Psicólogo**, n. 51. Belo Horizonte: Conselho Regional de Psicologia, 1995.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu. *In.*: **Obras Psicológicas completas**. Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NAKAHIRA, Rodrigo. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado) – Setor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5623>. Acesso em 02 abr. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2^a ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução do direito dos EUA**. 1^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.