

# **O SEMBLANTE IMPONENTE DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DOS INTERESSES DOS HOMOSSEXUAIS**

## **EL PODER JUDICIAL ROSTRO DE IMPONER A DEFENSA DE LOS INTERESES HOMOSEXUALES**

**Amanda Caputo**

Mestranda em Direito Difusos e Coletivos no Centro  
Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. Lorena

**E-mail: caputoamanda@hotmail.com**

**Resumo:** A presente narrativa tem como objetivo suscitar a evolução do campo judiciário no Estado Democrático de Direito que, acompanhando as tendências sociológicas atuais, se contrapõe à dormência do Poder Legislativo que suprime os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa. Ao passo que tal Judiciário reconheceu o direito da pessoa humana em se relacionar com outro de mesmo sexo, admitindo tal união como entidade familiar e a regulamentou. Aponta-se para a disposição e a referência aos remédios constitucionais utilizados e a contraposição destes entre ativismo judicial e/ou mutação constitucional.

**Palavras-chave:** União Homoafetiva, ADPF 132,178, ADI 4277, Mutação Constitucional, Ativismo Judicial, Família.

**Resumen** Este relato tiene como objetivo aumentar la evolución del ámbito judicial en el Estado democrático de derecho, que a raíz de las tendencias sociológicas actuales, se opone a que el entumecimiento de la Legislatura que suprime los derechos y garantías relacionados con el individuo. Si bien tales Judiciários reconocieron el derecho de los seres humanos para relacionarse con otro del mismo sexo, admitiendo una unión como una familia y la entidad regulada. Con referencia a la provisión y el uso de los recursos constitucionales y el contraste entre estos activismos judiciales y / o cambio constitucional.

**Palabras clave :** Unión homosexual ADPF 132.178, ADI 4277, Mutación constitucional, el activismo judicial, Familia

### **Introdução**

O trabalho apresentado, tem como proposta o despertar da consciência de seus leitores no que tange à evolução do Poder Judiciário brasileiro, que acompanha as novas tendências sociológicas e morais, tendo este como paliativo para driblar o dormente Poder Legislativo desatualizado, que não consegue evoluir como tal, para suprir as gritantes exigências sociais. Especificamente abordaremos o direito concedidos a casais de mesmo sexo, de oficializarem sua união, e ter esta regulamentada, no tocante ao regime de sucessão e afins.

A preocupação com a regulação das uniões homoafetivas integra a agenda do pensamento jurídico mundial. Gradualmente a homoafetividade vem ganhando visibilidade social e jurídica.

Observamos o ponto de partida, com as evidentes e maçantes decisões em jurisdição brasileira, dos tribunais e magistrados que já reconheciam as relações homoafetivas . Toda sorte de direitos já vinham sendo concedidos aos parceiros homossexuais, como partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, direito real de habitação, direito à declaração conjunta de Imposto de Renda, alimentos, adoção conjunta de crianças, entre outros. Sendo como marco final, a Suprema Corte brasileira veio a chancelar o que já acontecia nos tribunais inferiores, equipando as uniões estáveis entre homossexuais e heterossexuais. Ora, o conceito de família fora reinventado e o tradicional modelo fora desvinculado.

Ainda veremos a efetividade da assunção da entidade familiar homossexual, que pode se dar através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132 e 178, bem como da ADI 4277. O julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o nosso Direito de Família.

A lacuna preenchida pelo judiciário, será explanada e se a decisão do STF de equiparar as uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, que vem causando impacto e repercutindo nos mais diversos setores da sociedade, constitui exemplo de Ativismo Judicial, como querem aqueles mais refratários às mudanças de interpretação, ou de Mutação Constitucional, fenômeno veiculador de uma nova interpretação, por força de evolução na situação social fática.

## **1 Carta Magna de 1988- Família**

A Constituição federal promulgada em 1988 resguardou a proteção destinada à família, dando ênfase à unidade família, ampliando o rol de tutelados e inclindo a união estável como forma de se contrair matrimônio.

Além disso, entende-se que a expressão “entidade familiar” deve definir a nova classe de família emergente, que foge dos modelos tradicionais patriarcal e firme, composto por genitores e sua prole.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea a se desvencilharem, definitivamente da concepção tradicional de família, que tem seu quadro evolutivo atrelado ao avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo admissível que esteja presa a valores

pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. Subsunção de sociedade fática e novos preceitos legais.

Portanto, tanto a união estável como a família monoparental perderam o caráter da ilegitimidade e agora são protegidas legalmente.

O artigo 226, em seus parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal preceitua que não há disposição expressa à necessidade das pessoas terem sexos diferentes para se casar, porém constata-se que no Código Civil de 2002, embora não haja definição clara de casamento, é notório que é ato a ser consumado entre um homem e uma mulher, pois a todo instante faz referência e diferenciação entre as espécies e sexos.

Já no que tange à União Estável atualmente regulamentada, a legislação pertinente dispõe de forma expressa no parágrafo §3º do artigo supra citado a exigência de sexos distintos, além do preenchimento de requisitos, sendo estes, a convivência dos companheiros como se casados fossem de forma duradoura, contínua, pública com assistência moral e material recíproca

Ao que pese a União Estável e Casamento entre pessoas do mesmo sexo, no direito brasileiro, a ausência gritante de regulamentação, anterior à ADPF 132 e 178 e à ADI 4277, forçou a jurisprudência brasileira para a tentativa de preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos às relações entre essas pessoas como uma legítima entidade familiar. Era reconhecida à união estável pela própria carta magna de 1988.

A norma do art. 226 da Constituição é de inclusão, diferentemente das normas de exclusão das Constituições pré-1988, abrigando generosamente todas as formas de convivência existentes na sociedade. As explicitações do casamento, da união estável e da família monoparental não excluem as demais que se constituem como comunhão de vida afetiva, de modo público e contínuo. Não há vedação expressa quanto ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível ideologicamente com o Estado Democrático. Tratar essas relações como meras sociedades de fato, como se as pessoas fossem sócias de uma sociedade de fins lucrativos, é violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição. Se esses cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o

progresso do País, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais.

### **1.1 O Novo Conceito de Família**

Antes da mudança recente em nosso cenário jurídico, a família era entendida rigorosamente e engessadamente, como a união, por meio do casamento, de homem e mulher, com o objetivo de constituir uma prole e exercer pátrio poder e zelo para com os filhos.

Com a revolução industrial e a população dos grandes centros urbanos, há a explosão do êxodo rural. As famílias antes numerosas, agora vivendo nas cidades, em pequenos espaços, começaram a diminuir de tamanho.

O modelo de família constituído por homem e mulher, casados civil e religiosamente, eleitos reciprocamente como parceiros eternos e exclusivos a partir de um ideário de amor romântico, que coabitam numa mesma unidade doméstica e que se reproduzem biologicamente com vistas à perpetuação da espécie, ao engrandecimento da pátria e à promoção da felicidade pessoal dos pais não esgota o entendimento do que seja uma família.

A família é conceituada em sentido amplo como a comunidade de pessoas que se unem pelo vínculo do casamento, da união estável e do parentesco natural, que decorre da consanguinidade ou civil, que decorre de outras origens em que não há identidade biológica.

Um conceito restrito de família é a comunidade formada pelos pais, cônjuges ou companheiros e a sua prole ou por qualquer deles com a sua prole ou descendentes.

Desse conceito, extrai-se como espécies de família a matrimonializada, que decorre do casamento; convivencial decorre da união estável e monoparental: surge pela presença de qualquer dos pais com seus filhos.

Mas a doutrina pós moderna conceitua família como o grupo de pessoas que se unem pelo afeto, afinidade e solidariedade, com o objetivo de comunhão de vida e projetos comuns.

A tendência da composição da família moderna é, sem dúvida, baseada na afetividade, que surge pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos, independente de sexo ou gênero.

Ainda neste sentido, assevera José Oliveira (2002, p. 233):

A afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros — a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social — é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.

A afetividade é, portanto, um dos requisitos ímpares, nascitura de uma família, seja ela composta tradicionalmente por um homem e uma mulher, ou por dois indivíduos de mesmo sexo, além da prole, adotada ou fruto destes.

## **1.2 Princípios e Garantias Fundamentais- Entidade Familiar**

Os princípios, estas garantias e preceitos fundamentais considerados em nossa carta magna, se fazem presente nas relações familiares, sendo estes: igualdade; isonomia; legalidade; afetividade e, primordialmente, a dignidade da pessoa humana que, por ser um valor nuclear, confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição Federal em seu art. 5º, *caput* estabelece o princípio da igualdade, bem como intrinsecamente a indiscriminação: neste sentido, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O princípio de isonomia desenha o tratamento igualitário para com todos os indivíduos de todas as opções e escolhas sexuais, sejam eles heterossexuais ou homossexuais. Portanto todos os seres humanos têm o direito de se unir com quem desejarem, sem questionamento do sexo, e tem por si esta relação tutelada e protegida pela jurisdição.

Como reflexo deste princípio, todos as minorias com opções sexuais distintas possuem então o mesmo direito em relação à união estável daquela dos casais tradicionais (homem-mulher), desde que cumpram e preencham requisitos legais, por exemplo, da convivência, mútua assistência, notoriedade da relação, relação relativamente duradoura e estável. Mediante este princípio, os homossexuais, denominados “minorias” dentro dos direitos difusos e coletivos, devem ter preconizada a EQUIDADE, ou seja, tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desiguam do resto da sociedade.

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, assegura ao particular o direito de afastar as restrições que lhe sejam impostas por outra via que não seja a lei.

A Constituição Federal traz como pilar, o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade de fato é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício e efetividade dos direitos fundamentais.

## **2 Os Princípios Constitucionais Norteadores da Evolução**

Sabe-se que todo ordamento jurídico, presente no campo do Direito, deve emergir da Constituição, esta base, pilar sustentação para todas as vertentes a serem emanadas. De fato, mestrea todos os princípios, impõe eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais (Art. 5º§ 1º da CF). Paulo Bonavides (1999, p. 237), preceitua que os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional.

Para a melhor compreensão e aplicação do Direito pátrio à questão exposta neste trabalho, necessário se faz extrair da vigente Constituição os princípios molde dos direitos fundamentais, sendo alguns imprescindíveis à fundamentação da abrangência da união homoafetiva como entidade familiar.

Nesta dimensão, Luís Roberto Barroso (2009, p. 12) aduz:

Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito. Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da *igualdade*, a virtude soberana, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da *liberdade*, que se colhe nos princípios da livre iniciativa (cujas dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional. Acrescente-se, ainda, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral. E, por fim, o princípio da *segurança jurídica*, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos.

Por suposto, a união entre pessoas do mesmo sexo deve ter o respeito e a tutela do Estado, uma vez que engessar a união estável convencional entre homem e mulher e excluir outras opções, contraria nitidamente preceitos constitucionais fundamentais como os princípios da liberdade, da intimidade e da igualdade.

## **2.1 Principio da Liberdade**

O principio da Liberdade, este máximo, consubstancia-se em uma visão da concessão e respeito, privacidade e intimidade, somando-se à ideia de poder realizar, sem intervenção de qualquer meio estatal, o livre arbítrio individual, exercendo-a como melhor convier, ou seja, a pessoa é livre para decidir e agir, de maneira a escolher livremente o seu cotidiano e funções, de forma pessoal, sendo que sua orientação sexual não pode servir de obstáculo para que esta liberdade lhe seja privada.

Para Maria Berenice Dias (2007, p. 61), a orientação sexual do indivíduo, conquanto adotada na esfera de sua privacidade, não admite restrições. Qualquer restrição estaria indo contra a máxima da liberdade, a que faz jus a todo ser humano. Assim, a opção sexual do indivíduo contempla, a partir de uma ampla visão de ser, a ideia de autodesenvolvimento do agir, ou seja, desse exercício de Liberdade. A falta de um modelo que abrigue essa opção, que permita sua institucionalização, acaba contribuindo para as restrições e aumento do quadro discriminatório como afirmou, em sustentação oral de seu voto, em face do julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, o Ministro Gilmar Mendes .

Logo, por ser um direito de natureza absolutamente subjetiva do indivíduo, cada um deve ter a LIBERDADE para escolher sua opção sexual, bem como ao companheiro/companheira a quem deseja se unir e constituir uma família, livre de preconceitos sociais ou jurídicos.

## **2.2 Principio da Igualdade**

O princípio da igualdade, de fato extensor e popularizado através dos tempos, carrega em si uma grande complexidade, tanto em sua forma política, jurídica, e até em seu meio de efetivação, o que podemos notar de fato, no assunto aqui abordado.

Assegura a Constituição Federal em seu Art. 3º, inciso IV, que é dever do Estado promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com o exposto supra, conclui-se facilmente que as uniões homoafetivas devem ser interpretadas, pela sociedade e pelo Estado, da mesma forma das uniões heterossexuais, no que tange à tutela jurídica e social.

Deve-se ficar claro que a igualdade de tratamento deve ser premissa para a convivência com as minorias, ou seja, aos adeptos da homossexualidade.

Ser minoria não deve ter como escopo a omissão social e jurídica, mais sim, ser desviado do padrão de normalidade: deve trazer a esses indivíduos o direito de viver uma vida igualitária aos demais, com plenitude de direitos e realizações pessoais, perseguindo seus direitos e obtendo a tutela jurídica necessária.

No julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2011b, p. 10-11) em seu voto, diz que:

O sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional (inciso IV do Art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos', (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco), portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo.

Portanto, o Estado deve acima de tudo promover o bem de todos, bem como garantir o reconhecimento das uniões homoafetivas com o fito de não violar a essência da igualdade, seja ela formal ou material.

### **2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Previsto no Art. 1º, III da CF/88, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que assentiu que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana é alicerce de todos os direitos humanos e fundamentais, extraído-se o sentido efetivo desses direitos, para tutelar a liberdade, a igualdade e para promover a justiça.

Na contramão da intolerância da discriminação e da incapacidade de aceitar a minoria, o diferente do padrão, enfim, em sua plenitude, não se deve permitir a exclusão do indivíduo, como ser humano, da tutela jurisdicional pelo simples fato de quebrar paradigmas e fugir do convencional padrão estereotipado.

Não reconhecer os efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo significa, expressamente, violar a dignidade da pessoa humana.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 21) defende:

A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana. Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos. Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A idéia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de reconhecimento'. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.

Diante do explanado, é plenamente perceptível que o Estado não pode afastar o direito do indivíduo de escolher como e onde vai colocar seus afetos, nem ao menos compelir e usar meios coercitivos para inibir sua efetiva realização pessoal individual.

#### **2.4 Princípio da Segurança Jurídica**

O Estado deve acompanhar a nova realidade fática, com a avalanche de transformações sociais, com a adequação do ordenamento jurídico a estas, contendo sempre a estabilidade e segurança jurídica necessárias para a efetividade dos direitos destas novas minorias

Temos o princípio da segurança jurídica a ser de natureza repressivo, regulando as decisões e interpretações normativas judicializadas, que devem de fato garantir a hegemonia e a proteção da confiança nestas, ou seja, prevendo condutas.

Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário, que tem por fim precípua assegurar o primado da Constituição e das leis (BARROSO, 2010, p. 21).

É fato que a união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade inegável e inconstestável, e o seu não reconhecimento acarretaria instabilidade e insegurança.

Tal realidade fática atual evidencia que, para proteger a segurança jurídica, tanto dos partícipes das uniões homoafetivas, como de terceiros, é essencial a definição do regime jurídico a que se submetem estas parcerias.

Em detrimento da omissão legislativa quanto à delimitação do regime jurídico da entidade familiar homossexual, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconhecendo a união civil entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, inovou em favor da igualdade e da cidadania. Em uma decisão unânime, estabeleceu que os casais vivendo em união homoafetiva têm os mesmos direitos que aqueles em união estável heterossexual.

### **3 Equiparação da União Homoafetiva à União Estável pelo STF- Conversão em Casamento**

O Supremo Tribunal Federal declarou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, ações que discutiram a possibilidade do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo, que foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro.

Com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, foi conferida interpretação, conforme a Constituição Federal, para excluir qualquer significado do artigo 1723 do Código Civil, que dispõe:

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, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Tal decisão unânime, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a à união estável heterossexual, foi causadora de ebulição político-religiosa na sociedade.

O relator, Carlos Ayres Britto ( 2011b, p. 45-46), em voto proferido em tema da ADI 4277 e ADPF 132, fundamentou:

[...] não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros, visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do

direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham.

A omissão advinda do poder legislativo não pode ter o condão de limitar direitos ou impor impecilios a tal grupo, ou seja, não se pode limitar o acesso destes à justiça, pois tal ato seria inegavelmente inconstitucional.

Maria Helena Diniz (2004, p. 5), referindo-se à lacuna elencada, ensina que o Direito não é lacunoso, mas há lacuna, ou seja, como o ordenamento jurídico é aberto, as lacunas não são do direito, mas da lei, que é omissa em alguns casos, de tal maneira que não resta opção aos partícipes desse tipo de relação senão buscar a justiça para terem seus direitos garantidos.

Oportuna o Ministro Ricardo Lewandowski (2011c, p. 13):

Tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo, não significa substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

Com as decisões ora elencadas, a interpretação da Constituição fora alargada, e utilizando-se do instrumento metodológico da integração, de maneira a respeitar a sua unidade e harmonizar-se integralmente com as suas determinações, estriba-se, ainda, na melhor análise constitucional da aplicação dos textos que versam sobre as uniões estáveis desde que preenchidos os requisitos legais.

A nova Hermeneutica for a utilizada como meio para buscar a inclusão das classes minoritárias na proteção estatal. Pedro Welter (2003, p. 54) aduz

As normas e os princípios constitucionais devem ser interpretados dentro de um contexto histórico, não podendo ignorar as transformações da sociedade, notadamente da relação entre pessoas do mesmo sexo, até porque a análise constitucional não é formada apenas pelo juiz, mas também pelos cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade.

Ainda, há de se frizar que há profundo silêncio legislativo quanto à união de pessoas do mesmo sexo, ou seja, lembramos de um ponto já explicitado que se não há vedação constitucional, não há de ser proibido, se a lei não proíbe, quem proibirá? Correntes majoritárias atestam e defendem que a ausência de referência não significa de qualquer modo o silêncio eloquente da Constituição, o fato do texto ter omitido qualquer alusão à

união entre pessoas do mesmo sexo não implica necessariamente que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

Para caracterização em si da união estável, é totalmente dispensável a diversidade de sexo.

Não já impecilho legal que vá em sentido contrario de que duas pessoas do mesmo sexo, preenchendo os requisitos estabelecidos em lei, vivam em união estável, formem sua família e, se for de sua vontade, convertam essa união em casamento, como qualquer casal padrão.

#### **4 Mutação Constitucional x Ativismo Judicial**

A decisão do STF, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, foi sem d vidas um progresso inegável   tutela dos direitos das minorias, porém como um todo foi polemizada e indagada no sentido de que a questão não foi resolvida pelo Legislativo Federal por meio de uma lei ou emenda   Constitui o, mas, sim, pelo Judiciário. Pergunta-se, pois, se caracteriza ativismo judicial ou muta o constitucional.

##### **4.1 Ativismo Judicial**

Sinonimo de judicializa o da política, pode ser resumido, no pensamento de Ronald Dworkin (2002, p. 215-220), na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restri oes formais e objetivas, e levando em conta que a aplica o das leis   variável, no tempo e em cada caso concreto.

Cita-se, a seguir, Luís Roberto Barroso (2010, p. 3), que entende o Ativismo Judicial como:

Uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de agir do juiz ao interpretar a Constitui o, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situa oes de retra o do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participa o mais ampla e intensa do Judiciário na concretiza o dos valores e fins constitucionais

Os não adeptos radicais do Ativismo Judicial, defendem que esse tipo de interpreta o extensa e aberta da Carta Magna   impetuosa e contraria principios e clausulas pétreas, a exemplo da delega o e separa o dos poderes ou da especializa o das fun oes, podendo causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constitui o, trazendo absoluta insegurança juridical e caos.

Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 56) lança seu comentário contrário ao também chamado Neoconstitucionalismo, nestes termos:

Essa interpretação não estaria de acordo com o neoconstitucionalismo. Não se argumenta contra o ativismo judicial porque ele é um modo de exteriorização pela via hermenêutica da valorização dos princípios constitucionais. A segurança jurídica não pode ser considerada um dogma absoluto à luz da interpretação mais extensiva da Constituição. [...] O Poder Judiciário é legitimado para interpretá-la de forma mais digna e justa, previsão feita na própria Constituição e quem estabeleceu isso foi o poder constituinte que emana do povo, ou seja, o povo legitimou o Poder Judiciário a ser o guardião da Constituição.

O que não é explicitado por esta corrente contrária é a posição que deve ser tomada pelo Judiciário ao ser provocado a julgar tais questões, em que o Legislativo permaneça omissivo. Deixar de julgar seria a solução? Como resguardar os direitos das minorias por suposto?

O Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil traz em seu texto legal a resposta para tais indagações pois, quando provocado, não pode o Judiciário se omitir de julgar, alegando ser a lei omissiva, devendo o juiz, investido de suas prerrogativas, recorrer a mecanismos que lhe permitam julgar o caso concreto, inclusive utilizar-se da interpretação constitucional.

Não pode tal posicionamento do judiciário, que é embasado em legislação, ser considerado ativismo judicial, uma vez que dita interpretação não cria direitos, mas apenas os estende a uma dada relação jurídica.

#### **4.2 Mutação Constitucional**

As leis maiores estabelecidas através da Carta Magna, ou Constituição Federal, não se perfazem como eternas no tempo e espaço. As mesmas sofrem alterações, em virtudes de suas emendas e são mutáveis com as necessidades sociais e o decorrer do tempo.

A exemplo da transformadora e mutável sociedade atual, temos o exemplo da união estável homoafetiva. Portanto há diversas situações novas que não encontram amparo legislativo e se colocam na linha tênue e delicada da judicialização e resolução por parte apenas dos beneméritos julgadores.

Aduz J. J. Canotilho (2003, p. 1234-1235):

Em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo); em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de decisão (legislativa, governamental ou jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.

Tais lacunas, muitas vezes, são preenchidas pela via da mutação constitucional, mecanismo de reforma informal, que, nas palavras do constitucionalista Luís Roberto Barroso (2010, p. 124), permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação de seu texto.

Devemos nos atentar para que os preceitos constitucionais em suma sejam interpretados de forma a acompanhar a evolução social e adequar-se ao contexto existente.

No que se refere às uniões homoafetivas, na época da elaboração da Constituição não se vislumbrava a necessidade de reconhecimento expresso desse tipo de relacionamento, porquanto a realidade era outra. No entanto, a sociedade evoluiu a tal ponto que as relações homossexuais, antes anônimas, reprimidas e perseguidas, emergiram, buscando o direito de sair da marginalidade.

A solução mais adequada para tal empasse foi a de lançar mão da mutação, tendo em vista que as expressões constitucionais devem ser interpretadas de forma a buscar a inclusão das minorias, e não com a finalidade de excluir indivíduo da jurisdição, ainda mais quando tal exclusão tem como pressuposto a discriminação, inaceitável nos tempos atuais.

## **Conclusão**

Tendo em vista a avassaladora e sagaz evolução social e moral em que passa a sociedade, não há como o Estado Democrático de Direito cochilar no que tange ao seu poder de regulamentar, sendo isso um compromisso dos seus três poderes. Considere-se, pois, que a sociedade anda na contramão do preconceito e clama pela efetivação de seus direitos e garantias fundamentais.

Não se pode privar a pessoa humana de sua dignidade e de fazer gozo de seus direitos constitucionais, por sua escolha ou opção sexual. O direito das minorias deve ser priorizado, TUTELADO e respeitado.

Além disso, os brasileiros não podem aguardar o despertar do Poder Legislativo para que tenham seus direitos resguardados. Havendo um vácuo normativo, os juízes devem procurar conduzir a realidade fática social, mesmo que provisoriamente, ou seja, enquanto o Legislativo não conceder tratamento adequado.

Considera-se, pois, que não ha ativismo jurisdicional, nem confusão de competência, e sim, o Judiciário, quando provocado, toma as rédeas e dá o respaldo necessário à população, carente de leis e desprivilegiada por fazer parte do grupo minoritário.

Frisa-se por ultimo que nada foi feito aquém do que preceitua a carta magna, tendo em vista que esta é absolutamente contra a atividade discriminatória.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Luís Roberto. Diferentes mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Portal Luís Roberto Barroso & Associados Escritório de Advocacia*, Rio de Janeiro, [ano 5], 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/noticias>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRAGA, Simone; CARVALHO Raissa. A constitucionalidade das uniões homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, Brasília, n.7, 7. ed., p. 18-21, 2008. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). Decreto-lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942. *VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-3. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados, Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 de maio de 2011a. *Acórdãos*: consulta à jurisprudência. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&proc\\_esso=132](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&proc_esso=132)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Íntegra do Voto do Relator Ministro Ayres Britto, 49 f. Requerente: Procuradoria Geral da

República. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados, Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 de maio de 2011b. *Acórdãos*: consulta à jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Íntegra do Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, 15 f. Requerente: Procuradoria Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados, Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 de maio de 2011c. *Acórdãos*: consulta à jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Íntegra do Voto da Ministra Cármen Lúcia, 10 f. Requerente: Procuradoria Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados, Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 de maio de 2011d. *Acórdãos*: consulta à jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Casamento sem escala. *Portal Direito Homoafetivo*, Porto Alegre, 30 out. 2011. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo : Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição. *Portal IBDFAM*, Minas Gerais, 30 set. 2003. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

HOLANDA, Caroline Sátiro. A natureza jurídica da união homoafetiva. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 2010, p.1-20.

Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Caroline%20Sa%20de%20Holanda.pdf>> . Acesso em: 11 jun. 2016.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Interpretar a constituição não é ativismo judicial. *Portal Direito Homoafetivo*, Portal Alegre, [2010]. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

NASCIMENTO, José Erielson Almeida do; QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga de. As uniões homoafetivas e a sua repercussão no direito das famílias. *Revista da Fesp Faculdades*, João Pessoa, ano 5, n. 9, v.1, 10. ed., p. 63-74, jun. 2011. Disponível em: <<http://fespfaculdades.com.br/pdf/revistas/10.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

OLIVEIRA, José Sebastião de Oliveira. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. ed. Revista dos Tribunais, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da União Estável*. 1. ed. Porto Alegre : Síntese, 2003.