

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ATIVISMO JUDICIAL OU MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?

Túlio Régis dos Santos Costa¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar que as uniões homoafetivas merecem o reconhecimento legal pelo Estado, levando-se em consideração os princípios constitucionais inseridos na Carta Magna, quais sejam: da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, que demonstram tal possibilidade e resumem que as garantias são para todos e não cumpri-las fere o texto constitucional. Apresenta o novo conceito de família trazido pela doutrina e compara com o modelo antigo. O artigo também emprega as diversas espécies de entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal, que são: casamento, união estável e família monoparental. Em seu mérito traz a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do reconhecimento da união estável homoafetiva como uma entidade familiar. Acerca disso houve ativismo judicial ou o STF apenas mudou o entendimento do texto constitucional? A resposta se encontra no decorrer deste artigo científico.

PALAVRAS-CHAVE: Família. União Estável Homoafetiva. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate that unions homoafetivas deserve legal recognition by the State, taking into account the constitutional principles embedded in the Constitution, namely: the human dignity, equality and freedom, which demonstrate such a possibility and summarize what the guarantees are for everyone and not fulfill them violates the constitutional text. Presents the new family concept brought by the doctrine and compares with the old model. The article also employs various species of family entities expressly provided for in the Federal Constitution, which are: marriage, stable and single-parent family. In his merit brings the decision of the Supreme Court concerning the recognition of the union as an entity homoafetiva stable family. About that there was judicial activism or the Supreme

¹ Advogado e aluno do XIV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Contato: tulioregis189@gmail.com.

Court just changed the understanding of the constitutional text? The answer lies in the course of this research paper.

KEY-WORDS: Family. Stable Union. Homoafetiva. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – RJ (ADPF 132) em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 – DF (ADI 4277) teve por objetivo pleitear o reconhecimento da união estável homoafetiva, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não ampara e nem veda expressamente essa forma de constituir família, seja pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, (CRFB/88) seja pelo Código Civil de 2002 (CC/2002).

Muitos países já reconhecem as uniões entre pessoas do mesmo sexo, tendo já legislação sobre o assunto, como é o caso da Dinamarca, Holanda, Noruega, Suécia, Islândia, Hungria, Groelândia e dentre outros. Por outro lado, há países que criminalizam a orientação sexual, muitas vezes punida com pena de morte. É o caso dos países Islâmicos e Muçulmanos. E também há o caso de países intermediários, como o Brasil, que não criminalizam orientações sexuais, no qual não há uma legislação protetora aos homossexuais, apenas admite jurisprudência para solucionar controvérsias.

Em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu, por unanimidade a união homoafetiva como entidade familiar, aplicando o mesmo instituto dado às uniões estáveis entre homem e mulher. Agora resta a dúvida, essa decisão do STF foi um puro ativismo judicial, ou apenas uma mudança de entendimento através da mutação constitucional?

O viés desse estudo, além de analisar as referidas ações, é também verificar os meios utilizados pelo Supremo para chegar a essa decisão, a doutrina e o disposto na própria Constituição.

O STF deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do CC/2002. Sendo assim, é válido ressaltar os meios de interpretação utilizada, os princípios constitucionais, trazer o antigo e o atual conceito doutrinário de família, dar explicação dos institutos ativismo judicial e mutação constitucional.

O presente artigo tratará na área de direito constitucional mais especificamente sobre a decisão dada na ADI 4277 e na ADPF 132 se consubstanciou em ativismo judicial ou mutação constitucional? Tal pesquisa é de suma importância, pois trata-se de um tema polêmico e que foi alvo de muita discussão jurisprudencial. E para responder tal questão utiliza-se a análise dos institutos da mutação e do ativismo juntamente com o método de interpretação utilizado pelo Supremo.

1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios que, de forma bem sucinta, serão explanados servem como diretrizes na solução de problemas enfrentados diante da interpretação. Tais princípios ajudam ainda na escolha interpretativa e a justificar o ponto de vista.

No entendimento de Sérgio Sérulo da Cunha², princípios da interpretação constitucional são aqueles utilizados na interpretação da própria Constituição, ou seja, são princípios da unidade da Constituição, princípio da máxima efetividade e dentre outros.

Já nos ensinamentos de Pontes de Miranda a respeito dos princípios jurídicos destaca-se:

Os princípios jurídicos são vagos e mutáveis; com eles não poderíamos constituir nenhuma ciência: correspondem a época; são condições sociais que os inspiram; e outras circunstâncias que vêm apagá-los ou invertê-los³.

O termo princípio significa primeiro, “*aquilo que é colocado em primeiro lugar*”⁴, o lugar donde se parte.

Humberto Ávila utiliza da definição de Karl Larenz para explicar o que vem a ser princípio:

Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.⁵

² CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.5.

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Rio de Janeiro, Borsoi, Vol. 2, pp. 220-221.

⁴ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 5.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. ampl. e atual. Malheiros Editores, 2009, p. 35-36.

Na sistemática de Robert Alexy:

Os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.⁶

Para Dworkin o princípio tem seu peso que é determinado no caso concreto, é aplicado de forma gradual. Os princípios não são absolutos em relação à decisão do juiz, apenas contêm fundamentos, e possuem uma dimensão de peso. “Os princípios, de certa forma, garantiriam a unidade do ordenamento jurídico, comprometida pelas deficiências das regras”⁷. Este advém da atividade interpretativo-reconstrutiva do juiz. “Dworkin sustenta que o juiz, no âmbito da aplicação do direito, utiliza princípios para efetuar uma reconstrução dos valores da sociedade na qual está inserido”.

A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana dispõe o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

É o princípio primordial baseado no Estado Democrático de Direito, universal em que se desdobram os outros princípios.

Constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana⁸. A pessoa é o objeto de proteção do Estado. A pessoa deve ter sua dignidade preservada, e o Estado “deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território”.⁹

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet se tem por dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

⁶ Idem, p.37.

⁷ SAVAREDDA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia – uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 73.

⁸ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012, art. 1º, III.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁰

O princípio da liberdade se diz que toda pessoa tem a livre opção de se relacionar com quem quiser, seja de sexo oposto ou do mesmo sexo. Todos são livres para constituir uma união homossexual e todos têm o direito de ter essa união homossexual reconhecida pelo estado.

O princípio da igualdade e respeito à diferença é outro basilar trazido pela CRFB/88 em seu art. 5º caput “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 (...)”, ou seja, a lei não deve traçar privilégios para uns e para outros não, mas sim promover a equidade entre todos. Da mesma forma, dispõe o art. 3º, IV do mesmo texto constitucional ao dispor que “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”.

Segundo Dias: “É necessária à igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos”.¹¹ Significa que a lei é aplicada para todos em par de igualdades, mas no próprio texto da lei traz a discriminação, pois se todos são iguais perante a lei (art. 5º CF) então por que a lei não trouxe igualdade nas relações homossexuais como nas relações heterossexuais?

A relação de igualdade deve ser aplicada tanto para uns tanto para outros, pois o que os une é o afeto e o amor.

Nos ensinamentos de Bandeira de Mello, “se são iguais, não há como diferenciá-los, sem desatender à cláusula da isonomia”,¹² ou seja, não tem como desequiparar ninguém quando elas não forem desiguais. O princípio da igualdade é o maior princípio que garante a efetividade dos direitos individuais.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição. Malheiros Editores, 2006, p. 10.

O princípio da afetividade diz respeito à constituição da família formada pelo afeto existente entre os indivíduos. “Em suma, a *affectio* é a *ratio* única de todas as entidades familiares e também das relações de filiação”.¹³ O afeto deriva da convivência familiar. A família adotou um novo perfil que compreende a relação de afeto entre seus integrantes. Afeto é o que explica as diversas formas de família de hoje. Este princípio é “norteador do direito das famílias”.¹⁴ A afetividade é o elemento do novo paradigma.

O princípio da interpretação conforme a constituição é utilizado como técnica de decisão, fazendo com que uma norma jurídica possa ser interpretada de acordo com a Constituição, eliminando as possibilidades de incompatibilidades com a própria Constituição. É utilizado também para suprir lacunas.

Auxilia o intérprete que estiver diante de normas infraconstitucionais, capaz de serem aplicadas diversas formas de interpretações, para que na escolha preserve o ordenamento jurídico resultando na constitucionalidade da norma. O que se depreende desse princípio é utilizar uma interpretação compatível com a Constituição, dando uma possível solução a casos concretos quando normas infraconstitucionais permitem diversas possibilidades de serem analisadas.

2 – A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A família não foi um dos pontos importantes tratados nas duas primeiras Constituições brasileiras. A constituição de 1824 não fazia referência alguma ao tema, enquanto a Constituição de 1891 referenciava como família apenas o casamento civil e não tratava de mais nada.

O Código Civil de 1916 reconhecia como família aquela constituída unicamente pelo casamento, diferentemente do atual Código que se preocupou em se adequar às diversas formas de constituir família. Tais inovações tiveram que de adaptar à CRFB/88, pois seu anteprojeto é anterior a 1988.

¹³ BAHIA, Claudio José Amaral – *Desdobramentos Jurídicos do Direito Fundamental à Família: A União Homoafetiva como Entidade Familiar Constitucionalmente Reconhecida e Protegida* – disponível em www.direitohomoafetivo.com.br.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

Na Constituição de 1934 não houve um conceito concreto de família, apenas se preocupou em estabelecer como esta se constituía, ou seja, pelo casamento indissolúvel e civil. Já na Constituição de 1937 houve mudanças, mas em relação aos filhos. A família reconhecida juridicamente era a constituída pelo casamento civil. Não foi diferente a Constituição de 1946 que da mesma forma das constituições anteriores tratou como família a constituição pelo casamento civil.

De acordo com as Constituições de 1967 e 1969 a tradição familiar foi mantida, segundo estas constituições a única família que merecia a proteção do Estado era a formada pelo casamento civil, que era considerada a família legítima.

Nos dias de hoje pode-se conceituar a família como “um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas”.¹⁵ A família de hoje, diferentemente daquela instituída apenas pelo casamento é, em suma, aquela formada pelo amor e pelo afeto.

Das diversas formas de família tem-se como exemplo a família padrão: a matrimonializada que é aquela constituída pelo casamento considerado uma instituição totalmente regularizada. Em relação a família homoafetiva pode destacar que vivencia-se em um Estado Democrático de Direito em que se goza de direitos e garantias constitucionais onde incluem todos em par de igualdades todos protegidos pelo “manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual”.¹⁶

Quanto à família monoparental “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”,¹⁷ pois há um vínculo familiar. É o caso de pais separados, viúvos, etc.

Por fim a união estável consiste num modelo de constituir família e uma das maiores inovações trazidas pela CRFB/88. A união entre um homem e uma mulher mesmo que não fosse pelo casamento era reconhecida como entidade familiar. é aquela que tem por

¹⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

¹⁶ Idem, p. 188.

¹⁷ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012, art. 226, § 4º.

objetivo “manter a vida em comum”¹⁸ “envolvida pela convivência, pela participação de esforços, a vida em comum, a recíproca entrega de um para o outro, ou seja, a exclusividade não oficializada nas relações entre o homem e a mulher”.¹⁹ Diane do exposto, o que caracteriza como união estável é a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. A diferença crucial entre união estável e casamento está na sua forma de constituição, enquanto o casamento é um ato solene, a união estável é algo informal.

A primeira decisão que conferiu o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar foi em 2001 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Cível nº 598362655, onde teve o parceiro o direito de herança. Decisões como esta surtiram efeitos em todo país. Veja a ementa do Desembargador José Trindade dos Santos:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (TJRS – AC 598362655, 8ª C. Cív., rel. Des. José S. Trindade, 01.03.2000).

Precedentes como este abriram portas para diversos casais homossexuais que pretendiam ter sua união formalizada, tendo sido vedado qualquer forma de discriminação. Isso contribuiu para resolver questões previdenciárias, de herança, plano de saúde e dentre outros.

3 – O ATIVISMO JUDICIAL

3.1 – Princípio da Separação dos Poderes

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 161.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 909.

A CRFB/88 disciplina no art. 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Primeiramente falando em poder tem-se a ideia de imposição de regras e falar em poder estatal ou poder político não é diferente. É a imposição de regras e limites para o bem comum. O poder político possui três características: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, que se desdobra em funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.²⁰

A função legislativa é incumbida da edição das leis e dos atos normativos, enquanto a função executiva tem o dever de executar essas leis editadas pelo legislativo, bem como exercer a função de governo e administrativa. Por fim, a função jurisdicional é encarregada de solucionar conflitos de interesses aplicando o direito.

No Brasil, além da separação das funções dos poderes há a separação dos poderes, pois se tais funções fossem exercidas por um órgão seria denominada concentração de poderes, o que não existe.

A divisão de poderes possui dois elementos, segundo José Afonso da Silva: a especialização funcional e a independência orgânica. Significa a especialização funcional no tocante que cada órgão é peculiar no exercício de sua função. Já a independência orgânica significa a necessidade de cada órgão ser independente um do outro, sem subordinação.

Ainda nos ensinamentos de José Afonso da Silva²¹ independência dos poderes significa que a vontade de um órgão não depende dos outros; que no exercício de suas funções não há necessidade de um órgão consultar o outro, ou mesmo obter autorização, cada poder é livre para se auto organizar.

Porém, nada é absoluto. Nem a independência, nem a harmonia e nem a divisão das funções. Às vezes é necessária a interferência em busca do bem de todos, para estabelecer o sistema de freios e contrapesos²². Entre os poderes há a colaboração e controle recíproco.²³

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. Malheiros Editores, 2011, p. 107.

²¹ Idem, p. 110.

²² O sistema de freios e contrapesos compreende como um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um poder controle os demais e por eles seja controlado. – Disponível em www.revistajusvigilantibus.com.br.

²³ Idem, p. 111.

3.2 – Conceito e críticas ao ativismo judicial

O termo ativismo judicial foi introduzido nos Estados Unidos da América - EUA, com o objetivo de denominar a atuação da Suprema Corte norte-americana, com sua jurisprudência progressista em sede de direitos fundamentais. O ativismo, nos EUA, ganhou um aspecto negativo, como exercício impróprio do poder judiciário, pois as transformações ocorridas não eram por meio de um decreto do Presidente ou ao do Congresso.²⁴

Já nos dizeres de Carlos Alberto Navarro Perez²⁵ ativismo assim se concretiza:

Revela-se o ativismo judicial em condutas ativas do Poder Judiciário, ideologicamente vinculadas a um modo proativo de interpretar a Constituição (...). A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas pública.²⁶

Passa-se a analisar a mais relevante decisão ativa do STF, qual seja: o Mandado de Injunção 712 impetrado para que se regularize o direito de greve aos funcionários públicos, um direito consagrado pela própria Constituição Federal: “art. 37, VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Ocorre que até o presente momento o legislativo não regulamentou o direito de greve aplicado aos servidores públicos, e por isso o STF entrou em ação, interpretando a Constituição diante da inércia do legislativo.

O STF por unanimidade determinou a aplicação da Lei nº 7.783/89 (Lei de greve do setor privado) aos servidores públicos com efeitos erga omnes, no que couber. Ele não legislou, apenas supriu um vácuo deixado pelo legislativo e como ensina Juliana Azevedo

²⁴ CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil, p. 7, disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672/o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>> acesso em 30 de novembro de 2011.

²⁵ Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. Mestrando em Direito do Estado pela USP. Juiz Federal Substituto em São Paulo.

²⁶ Revista de Direito Constitucional e Internacional / Ano 20, vol. 78. Jan. – mar. / 2012. – Editora Revista dos Tribunais, por Carlos Alberto Navarro Perez.

“adotou uma teoria concretista considerada ativista”.²⁷ O STF passa a ter uma conduta mais ativa e fiscalizadora, dá-se efetividade ao exercício dos direitos constitucionais.

Enfim, inúmeras críticas são apresentadas ao ativismo, uma vez que esse amplia custos das políticas públicas e dos próprios direitos; põe de lado a imparcialidade dos juízes, favorecendo pequenos grupos de interesses; que o direito não é política; afronta o modelo de separação de poderes.

4 – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Entende-se por mutação constitucional “as mudanças informais da constituição”.²⁸ Diferentemente da reforma constitucional²⁹, não está prevista na Constituição Federal, não havendo limites para a alteração informal. Modificação da norma constitucional, sem alteração do texto.

Na concepção de J.J. Gomes Canotilho transições constitucionais (denominação utilizada por ele ao falar de mutação constitucional) é “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.³⁰

O Judiciário ao interpretar a Constituição pode atribuir ao texto novos sentidos, mudando a substância sem, modificar a forma. É conhecida também como processo difuso de modificação da Constituição.

Conclui-se que as mutações constitucionais não poderão modificar o texto constitucional, apenas poderão modificar o sentido, o significado e o alcance das normas.

4.1 – Caso Plessy vs. Ferguson e Caso Brown vs. Board of Education

²⁷ NASCIMENTO, Juliana Azevedo do. *Ativismo Judicial e a Efetividade das Normas Constitucionais*. Artigo Científico de Pós-Graduação em Direito. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2010.

²⁸ Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. – Ano 26, nº 75 (set. 1999). – Porto Alegre: AJURIS, 1999. – (dez. 2011), por Adriano Sant’ Ana Pedra – professor da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo – EMES.

²⁹ “Processo formal de modificação das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62).

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livr. Almedina, 1993, p. 231, Apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo. Saraiva Editores, 1997, p. 57.

O caso *Plessy vs. Ferguson*, julgado em 1896, pela Suprema Corte dos Estados Unidos institucionalizou a doutrina “*equal but separate*” (“iguais, mas separados”).³¹ Trata-se de um senhor (negro) “Homer Plessy” que adquiriu um bilhete de trem, primeira classe, para viajar. Estando no vagão, a polícia foi acionada, uma vez que o vagão ao qual Plessy se encontrava era privativo para brancos. Plessy se recusou a sair, sendo então, preso e condenado por violação à lei estadual que separava vagões para negros e brancos.

Ao chegar esse caso ao Tribunal, a Suprema Corte confirmou a condenação de Plessy, sob o fundamento de que violara a lei estadual, e que tal lei seria compatível com o princípio da igualdade, dando ensejo à doutrina mencionada (“*equal but separate*”).

A decisão no caso *Brown* julgado em 1954, pela Suprema Corte dos Estados Unidos foi considerado o julgamento do século, pois trouxe interpretação diversa a do caso *Plessy vs. Ferguson*.

Trata-se de uma ação ajuizada pelo pai da estudante Linda Brown, de apenas 8 anos, pois a mesma teve sua matrícula indeferida em uma escola pública para brancos, por ser negra. O indeferimento consubstanciou na decisão do caso *Plessy vs. Ferguson*, baseando-se na doutrina “*separate but equal*”.

A decisão da Suprema Corte entendeu que a doutrina mencionada feria a XIV Emenda da Constituição Americana³², uma vez que a separação entre brancos e negros na escola não permitiam aos negros as mesmas oportunidades dos brancos, causando inferioridade aos mesmos, o que poderia afetar a motivação para o aprendizado.

5 – A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ADPF 132 foi proposta ao STF pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho, na data do dia 25 de fevereiro de 2008, tendo como relator o Ministro Carlos Ayres Britto. Esta arguição teve o intuito de apontar direitos fundamentais violados,

³¹ BINENBOJM, Gustavo. *O Racismo e a Leitura Moral da Constituição*. Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 21.04.2003, acessado em 18.10.2012.

³² Consiste a XIV Emenda que “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual protecção das leis”. (Votada pelo Congresso em 13/7/1866. Ratificada em 9/7/1868).

como o direito à igualdade, a liberdade, e o principal, a dignidade da pessoa humana, e requisitar equiparação do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro com a Constituição para a isonomia jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis.

O pleito principal da ADPF 132 foi a aplicação do artigo 1723 do CC/2002 às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, as denominadas uniões homoafetivas, que por analogia ao referido artigo dê-se interpretação conforme a Constituição. Subsidiariamente requereu-se o recebimento da ADPF como Ação Direta de Inconstitucionalidade, caso o STF entender descabível.

No ano seguinte a Procuradoria-Geral da República apresentou a ADPF 178 com o mesmo intuito da ADPF 132, ou seja, o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Foi então recebida pelo Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do STF, como Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277.

Ante o exposto, houve perda parcial de objeto da ADPF 132, que por sua vez também foi recebida como ADI, tendo julgamento conjunto com a ADI nº 4277-DF pelos fundamentos de ambas, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do CC/2002.

O STF conheceu tanto a ADPF 132 como a ADI 4277 por unanimidade. Reconheceu também por unanimidade a união estável entre pessoas do mesmo sexo, estendendo seus efeitos vinculantes a toda sociedade (efeito erga omnes); aplicando à mesma o regime da união estável entre homem e mulher regulamentada no art. 1.723 do CC/2002.

Com isso o STF reconheceu a união homoafetiva como um modelo familiar, reprimindo qualquer tipo de discriminação.

O julgamento das ADI 4277 e ADPF 132 demonstra a mudança de pensamento em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. “A ciência jurídica deve acompanhar a evolução cultural e social, propondo caminhos legais para a tutela dos direitos”³³.

O voto proferido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto consubstanciou no direito à igualdade, uma vez que enfatizou que a felicidade de pessoas de preferência

33 Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. – Ano 26, nº 75 (set. 1999). – Porto Alegre: AJURIS, 1999. – (dez. 2011), p. 420, por Fernanda dos Santos Macedo, especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS, mestranda em direito pela PUCRS.

homossexual só pode realizar de maneira homossexualmente, da mesma forma que pessoas de preferência heterossexuais.

Apesar da Constituição limitar a união estável entre homem e mulher, o Ministro Relator interpretou-a com base na coerência, pois se assim não o fizesse forçaria a própria Constituição incorrer “em discurso indisfarçadamente preconceituoso ou homofóbico”, ressaltou.

Sendo assim, entendeu o Ministro Relator que o artigo 1.723 do CC/2002 deve ser interpretado conforme a Constituição, excluindo qualquer forma que prejudique o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O Ministro Fux tratou em seu voto que cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda do direito das minorias em face da ação da maioria, uma vez que ambas as formas de uniões estáveis incluem no conceito constitucional de família, não podendo apenas a união estável entre casais heterossexuais ser considerada uma entidade familiar.

O terceiro voto foi o da Ministra Carmem Lúcia que iniciou seus fundamentos afirmando que todas as formas de preconceito merecem repúdio, seja por parte das pessoas e “mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito”. O voto da Ministra, baseado na repulsa de toda forma de preconceito, destacou que o Supremo é um Tribunal que tem a função de “defender e garantir os direitos constitucionais”.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o quarto a votar, que entendeu não ser possível incluir a união homoafetiva em nenhuma das espécies de família descritas no rol do art. 226 da CRFB/88, e sim como uma nova modalidade de entidade familiar. Lembrou ainda o Ministro que tais uniões constituem “uma realidade fática”, não sendo vedada pelo ordenamento jurídico, devendo o Direito conhecê-las. Porém, o instituto que mais se aproxima de tais relações é a união estável entre o homem e a mulher, que por uma interpretação sistemática da Constituição Federal, deveria ser aplicada as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Quinto Ministro a votar, Joaquim Barbosa, ressaltou que o amparo para essas uniões não se encontram apenas descritas no art. 226, § 3º da CRFB/88, mas em todo texto constitucional que garante os direitos fundamentais. Para ele, o Direito não acompanhou as mudanças sociais em esfera global, e que o ordenamento jurídico brasileiro nem cita e nem

proíbe o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, muito pelo contrário, busca mitigar toda forma de preconceito e estabelecer a justiça social entre todos. O Ministro votou pela procedência dos pedidos.

O sexto voto favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas foi o do Ministro Gilmar Mendes que, segundo ele, “a ideia de opção sexual está contemplada na ideia de exercício de liberdade e do direito de cada indivíduo de autodesenvolver sua personalidade”. Para ele o Supremo é uma “*Corte Constitucional*” que protege e garante os direitos fundamentais e também das minorias, não podendo calar--se diante da lacuna deixada pelo legislativo, uma vez que a Constituição não negativisa a existência da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Sétima a votar, a Ministra Ellen Gracie votou a favor da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ela fez menção ao conceito de família apontando que esta exige “a durabilidade da relação, a não clandestinidade e a continuidade, além da ausência de impedimento”. Utilizando-se das palavras do premiê espanhol Luis Zapatero, a Ministra esclareceu que “não estamos legislando para pessoas distantes e desconhecidas, estamos alargando as oportunidades de felicidade para nossos vizinhos, nossos colegas de trabalho, nossos amigos e nossa família”. Ressaltou ainda Ellen Gracie que “uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”.

O oitavo voto foi o do Ministro Marco Aurélio que destacou que “o Direito – puro e simples – sem a moral, pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como o caso das leis de Nuremberg”. Em suma o Ministro pontuou que não há óbices na Constituição para o reconhecimento da união estável entre pessoa do mesmo sexo como uma entidade familiar, pois basta apenas a constituição de vida comum regida pelo afeto.

O nono voto, do Ministro Celso de Mello, deu procedência às ações constitucionais, no sentido de reconhecer as uniões homoafetivas, com idêntico efeito vinculante, às uniões heteroafetivas em seus direitos e deveres. Segundo o Ministro o Supremo estaria “viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática”.

Enfatizou ainda a omissão do legislativo, que contribui para as opiniões majoritárias, prejudicando as minoritárias. Afirmou, por fim, que “ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República”.

O último voto foi o do Ministro Cezar Peluso, Presidente do STF à época, que votou pela procedência das ações. Relembrou o Ministro que o caso se trata de uma lacuna deixada pelo legislativo e que para preenchê-la deveria utilizar analogicamente o instituto da união estável, por “similitude das duas entidades familiares”. Explicou ainda que “o art. 226 da CF deve ser visto como um rol exemplificativo e não taxativo, permitindo a inclusão de outras formas de família”.

Para encerrar o Ministro Cezar Peluso convocou o Congresso Nacional para regulamentar a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido de se posicionar, pois atuou no processo quando era da Advocacia-Geral da União.

Compulsando da r. decisão é possível afirmar que o STF fez uso do instituto da mutação constitucional e não do ativismo judicial, uma vez que interpretando o art. 1723 do CC/2002 e 226 da CRFB/88 apenas atribui um novo sentido à norma, permanecendo o texto intacto sem nenhuma emenda ou alteração.

Trata-se de uma decisão acertada pelo STF, uma vez que cumpriu seu papel de guardião da Constituição da República e garantidor dos direitos fundamentais fazendo valer direitos de uma minoria que não tem voz ativa no meio político, um verdadeiro caráter contra-majoritário não levando em conta apenas o que a maioria pleiteia.

Seria sem fundamentação alguma negar direito de gente só por ser diferente, seria o mesmo de fazer com que essas pessoas vivessem escondidas e com medo e em inferioridade só por amar diferente, por que há várias formas de amar, e cada ser humano ama quem, quando, e da forma que se sentir feliz.

Será que amar é algo assim tão errado?

CONCLUSÃO

Certamente um dos julgamentos históricos do Supremo Tribunal Federal é o do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, aplicando o instituto da união estável entre homem e mulher, por ser o que mais se aproxima. Uma tarefa difícil de fazer cumprir é a efetivação de direitos fundamentais. Pior ainda é fazer valer os direitos das minorias.

O caminho percorrido pela pesquisa partiu dos princípios constitucionais que fazem relação com o caso concreto, podendo destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade e respeito à diferença inerentes ao indivíduo; e o princípio da interpretação conforme a Constituição, ligado aos métodos utilizados pelo Supremo para atribuir à norma uma interpretação.

Passo seguinte tratou-se da evolução do conceito de família, pois o conceito trazido pela doutrina clássica de ser família a constituída pelo casamento, não abarcou os novos princípios. Daí surge um novo conceito atribuído à família: a constituída pelo amor e pelo afeto defendido pela doutrina moderna.

Analisando o mérito da pesquisa observou-se que o ativismo judicial é uma conduta ativa do judiciário de interpretar a Constituição, diante da omissão dos outros poderes, levando em consideração a quem defende o ativismo. Entendimento contrário define ativismo judicial como uma interferência na atuação dos outros poderes, afetando o princípio da separação dos poderes.

Às vezes se faz necessários atos de ativismo judicial, pois o legislativo não faz cumprir direitos fundamentais, seja por convicção religiosa, filosófica ou moral que é a maioria, deixando projetos perdidos em fundo de gaveta ou mesmo sendo arquivados.³⁴

Note-se que o Judiciário vem cumprindo seu papel, garantindo os princípios, direitos e garantias constitucionais e respeitando a dignidade de todos.

Sendo assim, o STF não poderia se escusar de decidir a questão da união homoafetiva, pois não havendo o legislativo regulado tal situação. Incumbe-se ao Judiciário

³⁴ Voto Min. Celso de Mello, p. 46 disponível em <http://direitohomoafetivo.com.br/> acesso em 8 de novembro de 2012.

decidir, como disposto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro art. 4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Enquanto isso, a mutação constitucional foi definida como mudanças informais da constituição, ou seja, não há alteração do texto, apenas é atribuído outro sentido à norma. Analisando o caso concreto percebem-se dois casos norte-americanos que se enquadram no instituto da mutação constitucional: o caso *Plessy vs. Ferguson* (um dos precedentes mais absurdos que instituiu a doutrina “*equal but separate*” – iguais, mas separados) onde o negro era igual ao branco, mas não podia andar no mesmo vagão que o branco, era tudo separado.

Outro caso citado foi o *Brow vs. Board of Education* (o julgamento do século) que deu interpretação à doutrina “*equal but separate*” como inconstitucional por ferir a XIV Emenda da Constituição Americana.

O cerne da questão consiste em saber se houve um mero ativismo judicial por parte do Supremo, ou seja, se poderia o STF ter ampliado o conceito de família, ou se houve apenas uma mudança de entendimento com relação ao conceito deste.

A posição favorável de que é possível sim ser reconhecida a união homoafetiva como uma entidade familiar, pois parte da tese de que não há vedação legal que impede a união entre pessoas do mesmo sexo. Todo impedimento parte do preconceito.

Entendimento contrário afirma não ter legitimidade para tanto o Supremo de reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, tendo em vista não haver amparo legal, e ser uma tarefa do legislativo.

Pois bem, interpretar a Constituição não é ativismo judicial, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar não rompe com o dispositivo constitucional. O direito reconhecido agora se encontra no ordenamento jurídico com fulcro nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade. Analisando as ações em si e dos votos dos ministros depreende-se que houve mudança no entendimento do conceito de família a par de reconhecer por unanimidade a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Sendo assim, é passível de entendimento de que essa decisão do STF significou um avanço em sua Jurisprudência, considerando um novo modelo de entidade familiar, ou

seja, não modificou o texto constitucional, apenas mudou seu entendimento através da mutação constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. ampl. e atual. Malheiros Editores, 2009.

ABREU, Diego; MARIZ, Renata. *Correio Brasiliense*. Brasília, sexta-feira, 6 de maio de 2011, p. 7.

ADI 4277/DF (Rel. Min. Ayres Britto), julgada em 05/05/2011.

ADPF 132/RJ (Rel. Min. Ayres Britto), julgada em 05/05/2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: (antigo casamento de fato, concubinato e união estável)*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo. Saraiva Editores, 1997.

CHAVES, Marianna. *O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672/o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi4277eseusreflexos-na-seara-do-casamento-civil>> acesso em 30 de novembro de 2011.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DOUGLAS, William. *STF quis reescrever Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>> Acesso em: 09 de dezembro de 2011.

FALCONI, Francisco. *Marcha da maconha e uniões homoafetivas: ativismo judicial ou justiça ativa?* Disponível em: <<http://franciscofaloni.wordpress.com/2011/07/01/marcha-da-maconha-e-unioes-homoafetivas-ativismo-judicial-ou-justica-ativa>> Acesso em: 09 de dezembro de 2011.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Edições Jus Podivm, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo: uma espécie de família*. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativista ou Altivo? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. 2008.

MAZZOLA, Érica Ramos Venosa. *União Homoafetiva: os limites da interpretação constitucional e o papel do Supremo Tribunal Federal na atual fase de desenvolvimento do Estado democrático de Direito*. Monografia apresentada à Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição. Malheiros Editores, 2006.

MENDES, GILMAR FERREIRA. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. Editora Saraiva, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NASCIMENTO, Juliana Azevedo do. *Ativismo Judicial e a Efetividade das Normas Constitucionais*. 2010. Artigo Científico de Pós-Graduação em Direito. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

POTIGUAR, Alex Lobato. *Igualdade e Liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2009.

Revista da AJURIS/ Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. – Ano 26, n. 75 (set. 1999). – Porto Alegre: AJURIS, 1999

Revista de Direito Constitucional e Internacional / Ano 20, vol. 78. Jan. – mar. / 2012. – Editora Revista dos Tribunais.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 24ª Ed. v. 6 1999.

SAVAREDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia – uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Rev. Atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SODRÉ, Habacuque Wellington. *A Atuação dos Movimentos Sociais em Face do Ativismo Judicial Brasileiro: Solução ou Problema?* - Revista da AJURIS, ano 28, nº 121, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.