

O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS:

uma análise descritiva quanto a
possibilidade de adoção de emenda
constitucional em substituição ao ativismo
judicial

Cristiane Reis Basílio⁹²

Filipe Lôbo Gomes⁹³

RESUMO

O presente artigo apresenta um tema relevante para evolução da sociedade, tem como objetivo abordar o ativismo judicial na Decisão APDF 132 e ADI 4277, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável em relações homoafetivas. Transcorrer-se-á o conceito de ativismo judicial, suas origens e a posição ativista do Poder Legislativo, em face da omissão desse tipo de entidade familiar. Desse modo, entendeu-se ao final pela necessidade de regulamentação legal a respeito de um direito já presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 2011, o que, contudo, encontra barreiras pautadas no conservadorismo da bancada religiosa do Congresso Nacional.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial; Emenda Constitucional; Reconhecimento das relações homoafetivas.

Sumário: 1 Introdução. 2. Ativismo Judicial e suas Origens. 3. Ativismo Judicial nos julgamentos da ADPF 132 e da ADI 4.277.

⁹² Mestra em Direito pelo Centro Universitário CESMAC, Especialista em Educação Inclusiva, Advogada e Servidora Pública.

⁹³ Doutor em Direito pela UFPE, Professor em Direito na Universidade de Magistratura de Alagoas e do Centro Universitário

3.1 Necessidade da Emenda Constitucional para inclusão da União Estável homoafetiva. 4. Conclusões. 5. Referências.

ABSTRACT

This article presents a relevant topic for the evolution of society, aiming to address judicial activism in Decision APDF 132 and ADI 4277, where the Federal Supreme Court recognized stable unions in same-sex relationships. The concept of judicial activism, its origins and the activist position of the Legislative Branch, in the face of the omission of this type of family entity, will be discussed. Thus, in the end, it was understood that there was a need for legal regulation regarding a right already present in the Brazilian legal system since 2011, which, however, faces barriers based on the conservatism of the religious bench of the National Congress.

Keywords: Judicial Activism; Constitutional amendment; Recognition of same-sex relationships.

Introdução

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal exerceu o chamado ativismo judicial ao reconhecer por analogia, a possibilidade de união estável homoafetiva – entre pessoas do mesmo sexo – mediante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277. Tal entendimento, partiu, portanto,

CESMAC, Pesquisador líder do grupo de pesquisa do Núcleo de Estudos de Regulação da Nova Gestão Pública, Sócio fundador do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas – IDAA, Procurador Geral do TJ-Alagoas.

da lacuna existente *vide* artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988, que apesar de democrática e laica, não atendia extensivamente a este fenômeno presente no âmbito do Direito de Família Contemporâneo.

Em síntese, o ativismo judicial pode ser compreendido como uma espécie de fenômeno jurídico, protagonizado pela esfera judiciária, que é capaz de preencher lacunas legislativas inerentes a novas roupagens que afetam o conservadorismo do Estado Democrático de Direito (ABBOUD; MENDES, 2019). Para isso, o ativismo, quando exercido pela Suprema Corte, age em defesa das garantias constitucionais estabelecidas na Carta Magna, bem como na concretização dos direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico moderno.

Para isso, o objetivo geral desse artigo, é analisar o exercício do ativismo judicial para a concretização do reconhecimento das relações homoafetivas. Nesse sentido, foi estabelecido como pergunta de pesquisa: para não ter o exercício do ativismo judicial nas relações homoafetivas é preciso uma Emenda Constitucional?

Nessa linha, esse artigo inicia seu percurso realizando uma revisão de literatura sobre o conceito de ativismo judicial e suas origens. Em seguida, foi analisada a aplicabilidade do ativismo judicial brasileiro com enfoque no julgamento da ADPF 132 e

da ADI 4.277, realizando por fim, na última seção, as lacunas existentes sobre o reconhecimento das relações homoafetivas no ordenamento brasileiro, bem como a verificação de apontamentos necessários para a adoção de Emenda Constitucional, que versasse sobre o reconhecimento das relações homoafetivas.

Partindo do viés metodológico, essa pesquisa é de natureza aplicada, tendo-se utilizado o método dedutivo de investigação. Assim, foi realizada uma busca exploratória em literatura referente ao âmbito de Direito Constitucional, Direito Civil e de Família, presentes em doutrinas, teses, dissertações e artigos científicos, pesquisados nos sites da Capes Periódicos, Google Acadêmico e Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD).

Ainda assim, realizou-se uma análise descritiva com base nas jurisprudências constituídas pelo julgamento protagonizado pelo STF na leitura da ADPF 132 e da ADI 4.277, que tratam sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva.

1 Ativismo judicial e suas origens

1.1 A teoria da separação dos poderes e a sua aplicação

Desenvolvida por Montesquieu, a teoria da separação dos poderes prevê uma autonomia para os três poderes como uma forma de se buscar o estado democrático de

direito, sendo assim, um pressuposto de validade que envolve órgãos estrategicamente organizados em prol de um tratamento justo e igualitário para toda a sociedade. Surge então, com essa autonomia um ideal que cada poder pode de se autorregular, pressupondo nesta via, que os atos dos agentes envolvidos estejam em consonância com os demais poderes, criando assim uma evidente divisão de competências entre cada esfera, e por consequência a interdependência que garante uma gestão compartilhada e homogênea (CÔRREA et al., 2012).

Ao iniciar seu trabalho, Montesquieu (2007) definiu e dividiu três modelos de governo, sendo eles: Republicano, Monárquico e Despótico, em torno das principais diferenças de forma de governo, a mais sensível reside na questão do senso comum, no governo da república, todo o povo, ou parte dele, exerce o controle do estado.

Segundo Oliveira et al, (2016), no Brasil, a Constituição Federativa da República de 1988 define que o sistema jurídico e governamental do país é dividido em três poderes independentes e harmônicos entre si, são eles: Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse regime adotado pela Magna Carta é tido como cláusula pétrea, impossibilitando assim, qualquer mudança nesse formato de sistema, devendo ainda, ser dada uma importância especial a esse

instituto, pois ele é parte fundamental para o livre funcionamento do regime democrático de direito.

Assim, os poderes são constituídos, cada um com sua função específica conforme o que o legislador definiu, todavia, mesmo atuando de forma independente, os três poderes funcionam de maneira harmonizada e bem sintonizados, tendo em vista a necessidade de haver a manutenção sobre a forma que a administração pública será conduzida.

Como afirmado por Montesquieu (2007) em seu livro, o Espírito das Leis, a separação dos poderes surgiu de uma necessidade de o poder político não suportar mais estar nas mãos de um poder absolutista ou de um grupo específico, pois isso iria levar a uma espécie de tirania. Dessa maneira, a sistemática constitucional brasileira, impulsionada pelos ideais de Montesquieu, atua de forma dividida em três poderes independentes, que podem atuar em determinadas circunstâncias intervindo no outro, a fim de reprimir possíveis abusos.

Nesse ponto, repousa o ideal de Montesquieu, que o poder deverá ser independente, todavia harmônico, nunca passível de abusos. Assim, é interessante dizer que essa intervenção de um poder em relação ao outro deve ser de maneira motivada, não podendo agir de forma arbitrária e descompensada, sendo, portanto, coordenada. Nesse sentido, não há que se

falar em invasão de competência de um poder no outro (NOVELINO; FELLET, 2018).

Nesse lastro, nos últimos anos, mesmo diante da separação dos poderes e os limites de intervenção, um novo fenômeno vem causando impactos entre os poderes Legislativo e Judiciário, haja vista, a necessidade de julgamento em temas de repercussão geral, que acabam se tornando tese firmada a nível da Corte Superior, sendo o tal conhecido como o ativismo judicial do Poder Judiciário, que notavelmente, preenche as lacunas deixadas pelo legislador omissivo sobre determinado tema, como será conceituado no item a seguir.

1.2 Ativismo judicial como fenômeno de alteração normativa

Antes de entender o julgamento da ADPF 132/ADI 4277 que repercutiu no Brasil como ação impulsionadora do fenômeno do ativismo judicial, deve-se primeiramente contextualizar o conceito de ativismo judicial e suas origens. Assim, tem-se que esse fenômeno surgiu em 1803, nos Estados Unidos, com o tema do empossamento de William Marbury como Juiz de paz, no entanto, a primeira vez que se pronunciou o termo ativismo judicial foi em 1947, nos Estados Unidos em uma publicação na Revista Fortune, vol. XXXV, pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger, o artigo relatava que a maioria

os juízes eram nomeados pelo ex-presidente Roosevelt, também traçou os perfis dos juízes que existiam na Corte: juízes ativistas em prol das classes mais pobres que eram Justices Murphy, Black, Douglas e Rutledge (CAMPOS, 2014).

Para o jornalista americano, o fenômeno ativista surge quando o juiz se coloca na função de interpretar a constituição no sentido de garantir direitos que a própria já garante, como os direitos sociais ou econômicos (GREEN, 2009).

Ainda assim, de acordo com o professor Barroso (2009), o ativismo judicial pode ser conceituado segundo a mencionada abordagem histórica:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...)

Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (p. 09).

Portanto, o ativismo judicial é uma aplicação direta da Constituição em situações que não estão expressas no texto constitucional e independe de manifestação do legislador ordinário (BARROSO, 2016).

Segundo Ramos (2015), em seus fundamentos, existe uma caracterização de contraposição ao pós-positivismo e precisamente aos neoconstitucionalistas, que contestam o ativismo judicial, haja vista a conferência do magistrado em interpretar e esclarecer a natureza do texto constitucional. Assim, pode-se entender que o ativismo judicial é a concretização dos valores constitucionais que estão omissos no texto da Carta Magna. Logo, o surgimento do neoconstitucionalismo é caracterizado pela necessidade de reformular o constitucionalismo (TASSINARI, 2013).

No paradigma neoconstitucionalista

, para utilizar-se da expressão de Sarmiento (2013), a lei cede espaço e importância para a Constituição, que passa a integrar o centro do sistema jurídico, e irradiar força normativa aos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), cuja vinculação constitui verdadeira condição de possibilidade à democracia (RAUPP, 2016, p.73).

Partindo dos conceitos já abordados do que seja ativismo judicial, tem-se como citar aspectos positivos e negativos do ativismo. O aspecto positivo é que o Poder Judiciário está assistindo à sociedade em demandas que não foram supridas pelo Legislativo. Quanto ao negativo, seria ao comodismo que o Poder Legislativo vem demonstrando diante das demandas da sociedade.

Nota-se, muitas vezes, um certo aproveitamento da situação do Legislativo sobre o Judiciário, com a ideia que as lacunas legislativas sempre são supridas pelo Judiciário. Assim, quando o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF) ao suprir as lacunas do Poder Legislativo, resulta na interferência das ações do Poder Executivo, gerando grandes críticas

em relação ao princípio da tripartição dos poderes.

Outro ponto que há crítica no ativismo judicial, são as condições de produzir uma decisão satisfatória, pois em muitas situações faltam conhecimentos técnicos e empíricos que o Poder Judiciário precisa para decidir um caso concreto.

Há ainda a limitação dos debates democráticos, já que a linguagem jurídica não abrange toda população. Em contrapartida, Barroso (2012) cita as audiências públicas e *amicus curiae* que abrandam o problema dessa limitação. Assim, mesmo acontece com diversas críticas do ativismo judicial, já que há evidência de lacunas no próprio Judiciário, em seu agir e concretizar direitos positivados constitucionalmente que deveriam ser matéria de legislação pelo poder competente.

2 O estigma sofrido pela população LGBTQIA+ pela luta de direitos básicos

No item anterior, foi visto a importância da separação dos poderes e a repercussão do fenômeno do ativismo judicial, que denota uma série de circunstâncias passíveis de legislação, que na verdade encontram-se omissas, se tratando principalmente da população LGBTQIA+. Assim, é ressaltado por Pimentel (2017) que “gênero” está ligado à categoria de pessoas,

voltado para um contexto conceitual, histórico e dinâmico, que possui diversos significados, sendo a terminologia bastante debatida em movimentos sociais, que buscam a desconstrução de estereótipos e a afirmação de novos comportamentos e identidades.

Assim, também explica Saffioti (2011, p. 89), que “o gênero está longe de ser um conceito neutro”, pelo contrário, ele “carrega uma dose apreciável de ideologia”, ou seja, uma ideologia patriarcal, que mascara uma estrutura de poder desigual entre homens e mulheres.

Mas afinal, quando foi que se falou pela primeira vez sobre a ideologia de gênero? Conforme Silva (2018), a ideologia de gênero constitui-se como um prelúdio do apocalipse na visão da Igreja Católica, sobre a definição de que ela se coloca como falsas ideias, derivadas do marxismo, e que fomentam a libertinagem através da aniquilação da família natural, que é colocada por alguns conservadores como a constância da união homoafetivas.

No âmbito internacional, até o ano de 1991, a homossexualidade era considerada como uma perturbação mental, que constava na lista da Classificação Internacional de Doenças (CID), sendo está tratada através de procedimentos invasivos em clínicas psiquiátricas. A concepção quanto a homossexualidade como doença psiquiátrica,

era tratar e curar aqueles que não se identificavam como heterossexuais.

Após 3 (três) anos de movimentos internacionais contra a discriminação LGBTQIA+, a Organização das Nações Unidas (ONU), considerou que as leis australianas violavam severamente os direitos ligados a essa população, e que, portanto, atentavam contra os Direitos Humanos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) delineada no ano de 1948 (GORISCH, 2014).

Mesmo tendo sido retirado do CID a classificação da homossexualidade como doença psiquiátrica, a ONU através do seu Comitê Internacional de Direitos Civis e Políticos, somente considerou publicamente e dirimiu o seu apoio aos direitos LGBTQIA+ no ano de 2011, através da Resolução denominada de *Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero*, apresentada pelo Brasil e África do Sul.

Segundo Pereira (2014) em seu artigo intitulado *An attempt for the protection of sexual diversity in Brazilian law*—Uma tentativa de proteção da diversidade sexual na legislação brasileira—apontou que as clínicas no século XX tinham como finalidade submeter os homossexuais a um tratamento para torná-los heterossexuais. Já no Brasil, o autor observou que o primeiro Tribunal de Justiça ao reconhecer a união homoafetiva foi o do Rio Grande do Sul em

1999, 11 (onze) anos após a redemocratização do Brasil.

Em virtude dos fatos mencionados, pode-se perceber a constante mudança de pensamentos e enaltecendo cada vez mais a questão de gênero. Partindo dessa premissa, a importância do debate de gênero no legislativo, visa desconstruir os costumes do poder patriarcal e dos grupos conservadores, para que a sociedade venha a acolher a população LGBTQIA+, restringindo qualquer tipo de preconceito ou discriminação contra esses indivíduos e seus direitos.

O ordenamento jurídico pátrio, traz em seu bojo um dos princípios basilares da Constituição Federal do Brasil, inscrito em seu artigo 1º, inciso III, que trata da dignidade da pessoa humana. Segundo Gerassi e Brasil (2014), “é a partir dele, deriva uma gama de direitos individuais, sociais e coletivos, e também deveres da função estatal para sua garantia dos direitos das minorias, assim entendidos como categorias em situação de vulnerabilidade social”.

Vislumbra a Constituição Federal (1988) sobre os direitos fundamentais a liberdade e a igualdade, vedando qualquer tipo de discriminação, previsto no artigo 3º da CF, inciso IV “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ainda assim, Carta Magna expressa no “caput” do artigo 5º os direitos fundamentais em que: “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”.

Para Gorisch (2014), o Brasil ainda continua omissos quanto ao reconhecimento dos direitos LGBTQIA+, tendo em vista a observação do desrespeito aos Tratados e Acordos internacionais, e ainda pela dominação legislativa de uma bancada conservadora e religiosa, que impedem o desfecho positivo de Projetos de Lei que denotem direitos de cidadania para essa população, que é muito mais evidente no ativismo judicial que inclusive já regulamentou as uniões homoafetivas no julgamento da ADI 4.277.

Significativamente, é possível observar que o Judiciário se colocou desde a redemocratização do Brasil em 1988, como palco pela luta afirmativa da população LGBTQIA+, positivando seus Direitos Humanos, através do deferimento de julgados, que na verdade deveriam ter sido legislados pelo Congresso Nacional e suas casas.

Eis outro campo complexo que tem apresentado avanços e recuos no que diz respeito à promoção

da cidadania LGBT. O Judiciário brasileiro tem, em certa medida, reconhecido determinadas demandas da população LGBT, como o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e a adoção conjunta por casais homoafetivos, por exemplo. Esse Poder da República, em grande parte, tem sido responsável pelo alargamento dos direitos LGBT no Brasil, uma vez que o Legislativo brasileiro tem fechado suas portas para a garantia de novos direitos e conquistas sociais desse público. Nos referimos aos direitos civis, pois quando a matéria é violência letal e o Direito penal, o quadro do Judiciário brasileiro se mostra ainda bastante conservador (FEITOSA, 2016, p. 315).

Conforme Siqueira e Machado (2018), uma das formas que podem ser compreendidas como ações afirmativas destinadas ao combate da discriminação contra as minorias, pode ser evidenciada por meio da introdução de Políticas Públicas, que são capazes de proteger a cidadania, dignidade da pessoa humana, variados

acessos aos direitos básicos como emprego e educação, entre outros.

Na prática dos Projetos em tramitação, é possível observar que a ideologia de gênero na educação, por exemplo, pode ser verificada através de tentativas iniciadas no ano de 2014, que tinham ainda como finalidade, combater a discriminação e o preconceito nas escolas brasileiras.

Em 2016 o ex-deputado Jean Wyllys elaborou o Projeto de Lei n.º 6005, que tinha como proposta instituir o Programa Escola Livre, destinada tanto à rede pública como à privada. Desse modo, logo em seu primeiro artigo, o projeto enumerava uma série de princípios direcionadores, entre eles: a liberdade de aprender e ensinar sem qualquer tipo de censura ou repressão, a educação contra o preconceito e estigmatização da cor, nacionalidade, orientação sexual, identidade ou expressão de gênero, etc (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Diante disso, o atual cenário demonstra que mesmo tendo o Brasil evoluído acerca de aceitações e compreensões quanto a homoafetividade e aos direitos da população LGBTQIA+, essa discussão ainda persiste com a falta de efetivação de Políticas Públicas no âmbito legislativo, que se encontra omissa desde a redemocratização brasileira constante na Constituição Federal de 1988, não contendo nesta via, projetos voltados para a inclusão de

Emenda Constitucional que tratem de tais direitos, como no caso da União Estável entre homossexuais que apenas progrediu devido ao ativismo judicial do STF.

Assim, tem-se que histórica decisão ADPF 132 e ADI 4277, é o resultado da redemocratização da sociedade, com a Constituição Federal de 1988, e com o norte do neoconstitucionalismo, que o Poder Judiciário tem a finalidade de vencer as omissões dos demais poderes, derrubando os preconceitos de uma sociedade presa aos costumes do passado colonial. Contudo, não somente um ativismo judicial basta para solucionar tais lacunas da sociedade, mas a ação eficaz do Poder Legislativo em suas bancadas atuais.

Diante disto, no próximo tópico, surge a problemática que ligará o ativismo judicial, seus limites e a omissão do Poder Legislativo, quanto ao estigma sofrido pela população LGBTQIA+, que engloba em seu grupo os direitos homossexuais, evidenciando nesta via, os percalços sofridos por eles quanto a positivação de direitos básicos como a união estável, que é macrotema desta pesquisa.

3 Ativismo judicial nos julgamentos da ADPF 132 e da ADI 4277

A sociedade, ao longo dos anos, trouxe constantes mudanças e uma delas foram os diversos tipos de entidade familiar.

O modelo originário de entidade familiar era composto do matrimônio, a vida sexual e a procriação, depois a realidade contemporânea passou a ter a entidade familiar com valores de afetividade, amor e carinho.

Na Antiguidade, a família tinha a figura do pai que representava o chefe da entidade familiar, cuidador do sustento e proteção familiar, já a mulher, educava seus filhos e as tarefas domésticas, era a única formação familiar legítima.

Com os avanços sociais e as lutas constantes em defesa da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, as entidades familiares passam a ter novos formatos, como união estável, relações extramatrimoniais, família monoparental, mosaica e homossexual.

Atualmente, existem vários tipos de entidades familiares. No entanto, apenas três tipos estão expressas na Constituição Federal: união estável entre homem e mulher, casamento e família monoparental. Assim, a entidade familiar homoafetiva não encontra-se expressa no texto constitucional mediante o manejo de Emenda, estando apenas resoluto, em um julgamento de repercussão geral, protagonizado pelo ativismo judicial do STF.

Nota-se que a Carta Magna em seu artigo 226, § 3º reconheceu a união estável entre homem e mulher, sendo também uma entidade familiar mediante a ampliação de

entendimento jurisprudencial presente no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental do Estado do Rio de Janeiro (ADPF nº 132/RJ) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277).

Consta primeiramente, que a ADPF 132, fora proposta pela Procuradoria Federal da República, com foco em reconhecer as relações homoafetivas, que preenchessem os requisitos do art. 1.723 do CC/02. Na presente ação, a Procuradoria Federal da República alegou a ofensa aos princípios da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e ao direito de liberdade.

Em 05 de maio de 2011, a ADPF 132 e a ADI 4.277 foram julgadas e providas, reconhecendo as relações homoafetivas, dando como classificação de mais uma entidade familiar, uma vez que o texto constitucional não englobou tal modelo.

Assim, foram abordados dois argumentos para o exercício do ativismo judicial: o primeiro se baseia na atitude omissa do Poder Legislativo quanto às relações homoafetivas, e o segundo argumento pautou-se na ausência da regulamentação jurídica, o que fere nesta via, os direitos fundamentais de milhares de relações homoafetivas.

Logo, o Poder Judiciário teve um papel crucial, que agiu naquela ocasião como um verdadeiro guardião da Carta Magna, tendo em vista o dever de garantir o

cumprimento das garantias fundamentais, protagonizado pelo STF no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277.

A omissão do texto constitucional para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, amparou-se precisamente no artigo 226, § e também no dispositivo do Código Civil. Desse modo, verificou-se ainda, que o STF observou o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), interpretando a norma segundo os fins sociais e os valores baseados na igualdade e dignidade da pessoa humana.

In casu, a Carta Magna foi omissa quanto à união estável entre homossexuais, e o silêncio legal prosseguiu a interpretação do Ministro Relator Ayres Britto, reconhecendo essa união como entidade familiar. Logo, para o Relator Carlos Ayres Britto, sua interpretação em conformidade à Constituição e ao artigo 1.723 do Código Civil, deu-se nos seguintes termos:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como

“entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 46).

Assim, objetivando a concretização dos valores expressos nos princípios constitucionais e a garantia dos direitos fundamentais, tem-se as uniões homoafetivas como um quarto tipo de entidade familiar. Como essa entidade familiar não está descrita no texto constitucional, ela se configura uma lacuna normativa.

Diante das observações apontadas, vislumbra-se que o ativismo judicial foi essencial para garantir o direito da união homoafetiva e conseqüentemente também a sua conversão em casamento. Contudo, enquanto não criar uma lei ordinária para modificar os artigos do Código Civil e da Constituição Federal, que em seu texto somente fala em união estável entre homem e mulher, haverá sempre o exercício do ativismo judicial, que se amparou na positivação dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e a família, todos elencados na constituição brasileira.

Partindo da concepção de dignidade humana, o filósofo Aristóteles fez uma brilhante indagação ao mencionar a existência do tratamento para os iguais de forma igual e os desiguais, na proporção de

sua desigualdade. Nesse entendimento, seria a igualdade substancial.

Ademais, ressalta-se que a orientação sexual é um exercício de liberdade, a qual deve ser respeitado sem qualquer discriminação, verificando-se a obediência ao princípio constitucional da liberdade de expressão.

Diante dos princípios citados, verifica-se um desinteresse para positivizar o direito ao reconhecimento da união homoafetiva, existindo em mais de duas décadas a omissão por parte do Poder Legislativo.

Logo após o histórico julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, o Conselho Nacional de Justiça, em 2013, emitiu a Resolução n. 175, permitindo no ordenamento jurídico o casamento e as uniões homoafetivas (CNJ, 2013). Nesse norte, a Resolução n.175, proíbe que os cartórios registrais recusem a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de União Estável em casamento de pessoas homossexuais.

Apesar disto, é sabido que existiram ações de oposição às decisões do STF e que a Resolução n. 175 do CNJ, teve como uma das oposições o projeto de decreto legislativo, PDS nº 106/2013, que na época foi tratado pelo Senador Magno Malta, que fazia parte da Frente Parlamentar Evangélica (FPE), tendo ele nesta via, o objetivo de suspender os efeitos da referida resolução.

Diante disso, mesmo havendo essa tentativa desastrosa de impedir a positivação dos direitos voltados para a população LGBTQIA+, esse Projeto de oposição PDS 106/2013, consultado publicamente pelo Senado, não obteve aceitação, sendo arquivado no ano de 2018 (SENADO FEDERAL, 2018).

Os opositores aos efeitos da Resolução nº 175, a exemplo, Magno Malta, defenderam que o texto constitucional foi omissivo, argumentam que não está expressamente previsto, logo que, não haveria legalização para tal consentimento protagonizado pelo ativismo judicial (RODAS, 2018). Além desse argumento, as correntes opositoras alegaram que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é pecado, e que não estaria de acordo com o princípio da liberdade religiosa do Estado, e que ainda, relacionamentos homossexuais são contrários à natureza das coisas, sendo impossíveis de atos de procriação.

Hermeneuticamente, a Suprema Corte utilizou uma interpretação de acordo com os moldes constitucionais, aclarando seu entendimento conforme o artigo 1.723, do Código Civil, negando expressamente no julgado, qualquer tipo de forma de preconceito em relação à homossexualidade.

Diante da decisão do STF, fica evidente que o papel do judiciário foi dar respostas às mudanças da sociedade, aplicando assim as garantias constitucionais

a um certo grupo social, no caso descrito, as pessoas homossexuais.

Nota-se que a sociedade brasileira, possui preconceitos, sendo evidente o descaso com o dispositivo das relações homoafetivas que até o presente não existe edição de leis e nem a Emenda Constitucional sobre o assunto, como ocorre em diferentes países, há exemplo da Suécia, que em 1994, regularizou o casamento homoafetivo através de legislação (LISBOA, 2004).

Prosseguindo a luta para o reconhecimento dessa união, em 2011, teve em defesa de um Projeto de Lei (PSL) 612/2011, de autoria da Marta Suplicy, que na época era Deputada Federal, não houve nem pauta para ser votado, resultando o arquivamento, uma rejeição aos cidadãos homossexuais (SENADO FEDERAL, 2011). Com isso, as garantias que os homossexuais possuem sobre união estável são apenas decisões judiciais.

Portanto, é necessário que as lutas no Poder Judiciário se convertam em lutas também presentes no Poder Legislativo, para que ocorra um avanço efetivo, capaz de dar respostas aos anseios da sociedade, havendo desse modo, a prática de um estado em prol da cidadania.

Diante da constante transformação social, novos valores surgem na sociedade

pós-moderna em todos os setores, inclusive na esfera familiar, que com o passar do tempo, adquire nova roupagem diante das mudanças de atitudes de seus componentes, razão pela qual o direito deve ser dinâmico e acompanhar, para que se torne o instrumento capaz de transformar e assegurar ao indivíduo e a sociedade como um todo (SOUZA; BARBUGLIO, 2016, p. 302).

Nesse sentido, enquanto possuir uma bancada no Congresso Legislativo com características conservadoras e preconceituosas em relações homoafetivas, quando necessário se precisará do Poder Judiciário para intervir em defesa das garantias dos direitos à igualdade e a punição a qualquer discriminação, cabendo, contudo, uma releitura sobre a necessidade de novas propostas que sejam de fato aprovadas.

4 A necessidade de emenda constitucional para inclusão da união estável homoafetiva

A sociedade brasileira vem modificando os padrões da entidade familiar, e conseqüentemente as normas jurídicas devem acompanhar essa evolução, gerando

demandas judiciais que pacifiquem temas como: divórcio, pensão alimentícia, pensão por morte, guarda ou tutela menor de idade, por exemplo.

Como notado em todo este artigo, a união homoafetiva, somente foi pacificada juridicamente a partir do ativismo judicial protagonizado pelo STF, nos julgamentos da ADPF 132 e ADI 4.277, no ano de 2011. Contudo, mesmo diante desta evolução presente no sistema jurídico brasileiro, a possibilidade de discussão e pleito por uma métrica mais efetiva é nítida, haja vista a necessidade da proposta de uma Emenda Constitucional que possa regulamentar tal entendimento.

De maneira geral, em estudos esparsos, é possível observar discussões sobre o entendimento de alguns operadores do direito, que não abrem mão da necessidade desse adendo legislativo. Para fulano, por exemplo, o direito possui ferramentas suficientes para que se faça tal inclusão em matéria constitucional, o que todavia, é barrado pela bancada política, que fundamenta a não aceitação desse novo tipo de entidade familiar, por entender que essa construção, fere pressupostos sociais e religiosos (CARVALHO, 2011).

Além de projetos de lei, foram criadas propostas de emendas, a PEC 66/2003 e a PEC 70/2003 para regularizar a união homoafetiva, com inércia tanto dos projetos de leis como das PECS, com mais de 10 (dez)

anos do julgamento do STF, ADI 4277 e ADPF 132, verifica-se a inércia do Estado, e principalmente dos representantes: Presidente da República, Senado Federal e o Congresso Nacional. Logo, percebe-se que há muito preconceito pela maioria dos parlamentares, são poucos que lutam em favor das pessoas homossexuais.

No Congresso Nacional, há uma fortíssima resistência (militante) de setores religiosos fundamentalistas que impede a aprovação desses projetos – o que, de fato, atrapalha seu trâmite normal. [...] Também crescem as reações articuladas e intolerantes contra qualquer menção à promoção de direitos dessa população (RODRIGUES, 2011, p. 32-33).

Desse modo, por mais que existam jurisprudências plausíveis em defesa do reconhecimento das relações homoafetivas, somente a Carta Magna poderia favorecer uma estabilidade jurídica, permitindo que esse tipo de entidade familiar não seja tratado diferente dos demais.

Apesar da Emenda Constitucional passar por um complexo procedimento, não poderá está, sofrer com a desmotivação para o seu adendo no ordenamento jurídico brasileiro, eis que ao Estado, cabe a efetivação

e consagração de direitos fundamentais estendidos a todos os cidadãos, independentemente de sua opção sexual.

(...)
a construção cultural da sexualidade influenciada pela mudança social demanda uma postura diferenciada dos juristas, os quais devem definir a definição do domínio específico do conteúdo legal a ser regulamentado e seus instrumentos, considerando a ideologia que permeia todas as relações de poder, para que ao final, não se tome o direito como modelo ou código, mas se analise a subsunção dos novos paradigmas ao sistema jurídico (...)
O conceito de família, bem como a sexualidade, é mutável, observado assim consoante ao dinamismo social, às mudanças notórias decorrentes dos fenômenos sociais, tendo uma evolução constante, mesmo que paulatina, sendo que, neste meio encontra-se o direito que não d

eve se silenciar, tendo a obrigação de dar respostas as discussões encontradas, caso da celeuma contida nas uniões homoafetivas (CHACUR; RODRIGUES, 2009, p. 56).

Diante do exposto, as pessoas homossexuais não podem ser penalizadas pelo motivo da opção sexual, deve-se aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado elaborar políticas públicas, voltadas para o combate de qualquer discriminação sofrida pela população LGBTQIA+.

Assim, para que se tenha um cenário efetivo em termos de segurança jurídica voltadas para as pessoas homossexuais que desejam ter os seus direitos fundamentais resguardados, o Estado deve dispor, no texto constitucional e nas leis infraconstitucionais, do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, assim como outras determinações apontadas em outros estudos.

Nesse sentido, almeja-se que, com o passar do tempo, os ideais religiosos, políticos e culturais das bancadas do Congresso Nacional se moldem às mudanças da sociedade para que a união entre pessoas de mesmo sexo não tenha qualquer tipo de discriminação, resultando assim, na efetiva aprovação de uma Emenda Constitucional

para o acréscimo da união estável de pessoas do mesmo sexo.

Conclusões

Conforme verificado neste artigo, pretendeu-se mediante uma abordagem qualitativa, analisar aspectos relacionados ao fenômeno do ativismo judicial, protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu de forma unânime no ano de 2011, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homoafetivas.

Dessa maneira, percebeu-se, que as discussões acerca da sexualidade e da positivação de direitos fundamentais básicos, têm-se intensificado nos dias atuais, haja vista a necessidade de expansão normativa, que ainda é tema de debate e resistência nas Casas Legislativas brasileiras, tendo em contrapartida, a atuação massiva do Poder Judiciário, que, contudo, interpela a presunção e noção de autonomia da teoria da separação dos poderes.

No Brasil, é sabido, que os movimentos sociais de direitos humanos LGBTQIA+ apresentam um histórico de conquistas considerável, mas encontra no Congresso Nacional seus principais entraves, principalmente em razão da bancada de parlamentares conservadores, religiosos e ideológicos que impedem a aprovação de leis de promoção da cidadania LGBTQIA+,

restando apenas algumas conquistas no âmbito do Poder Judiciário, que é tido como o fenômeno do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a mencionada omissão do Poder Legislativo, configura-se como um verdadeiro retrocesso histórico-jurídico dos direitos fundamentais dessa população no Brasil. Idealmente, os avanços normativos na construção de uma sociedade mais igualitária deveriam decorrer de lei deliberada pelos representantes do povo, e não de decisão judicial conformadora do Direito.

É notório, que a prática ativista exercida pelo Poder Judiciário nas relações homoafetivas tem sido inerente para o cumprimento dos direitos da dignidade humana, da liberdade de expressão e da igualdade a partir da omissão legislativa.

Por conseguinte, espera-se que, com a evolução da sociedade e os padrões conservadores de ideologias religiosas, políticas, culturais acabem, e que as relações homoafetivas não sofram nenhum tipo de discriminação no que tange a positivação de direitos e garantias fundamentais.

Referências

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos tribunais**, v. 1008, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e*

Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, p. 12-13, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, ed. 4., jan./fev, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **STF - ADPF: 132 RJ**. Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/10/2011. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimentode-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em 17 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Diário de Justiça nº 198, Divulgação 13/10/2011, Publicação 14/10/2011, DF, Brasil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 15 jul. 2023.

BRASIL. **Tribunal Pleno - ADPF 132 e ADI 4.277**. 2011. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 17 jul. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6005/2016**. Institui o programa “Escola livre” em todo o território nacional. 2016. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2094685>>. Acesso em: 25. Mar. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO, Solange Araújo Paiva de. **União Estável Homoafetiva**. Monografia. 2011. Curso de Especialização em Direito de Família, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2011.

CHACUR, Rachel Lopes Queiroz; RODRIGUES, Danilo Ferreira. A construção cultural da sexualidade influenciada pela mutação social e o reconhecimento da entidade familiar. In: **Colloquium Humanarum**, v. 01, n. 02, 2009.

CNJ. **Resolução nº 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. 2011. Disponível em:<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 19. Fev. 2023.

CORRÊA, Shirley Santos et al. A divisão de poderes: de Montesquieu aos nossos dias. **Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-SERGIPE**, v. 1, n. 1, p. 191-200, 2012.

FEITOSA, Cleyton. As diversas faces da homofobia: diagnóstico dos desafios da promoção de direitos humanos LGBT. **Revista Periódicus**, v. 1, n. 5, p. 300-320, 2016.

GERASSI, Carolina Souza Dias; BRASIL, Patrícia Cristina. **Direito Constitucional à Autodeterminação de Gênero**

(Constitutional Right to Self-Determination of Gender. *Publica Direito*, 2014. Disponível em : <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3D56dbe315d23b256&ved=2ahUKEwicoL_W0upAhV1GbkGHayjDHwQFjACegQIAhAB&usg=AOvVaw1jsGuwaxcdzq-SKYgQF3jX>. Acesso em: 10. Abr. 2023.

GORISCH, Patricia. **O reconhecimento dos direitos humanos LGBT**: de Stonewall à ONU. Curitiba: Appris, 2014.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 58, n. 5, mai, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. **Separação dos poderes, aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário**. Ed. 1. Maio 2018.

OLIVEIRA, Edmundo Alves et al. As Bases para a Governança entre os Três Poderes: Os Limites e a Interação entre os Três Poderes da República. **Revista de Direito do IAP**, v. 1, n. 1, p. 119-134, 2016.

PEREIRA, Marcos Vinicius Torres. *An attempt for the protection of sexual diversity in Brazilian law*. **Panorama of Brazilian Law**, v. 2, n. 2, 2014.

PIMENTEL, Silvia. **Gênero e direito**. Enciclopédia da USP. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/web/rbete/122/edicao-1/genero-e-direito>>. Acesso em: 10. Abr. 2023.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial**: Característica e singularidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RODAS, Sergio. Proibir casamento gay afrontaria decisão do STF, avaliam especialistas. *Revista Consultor Jurídico*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-28/proibir-casamento-gay-afrontaria-decisao-stf-dizem-especialistas2>>. Acesso em: 19. Fev. 2023.

RODRIGUES, Julian. **Direitos humanos e diversidade sexual**: uma agenda em construção. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011

SAFFIOTI, Heleieth I. B., **“Gênero, Patriarcado, Violência”**, São Paulo: Editora Phium Editora para a Fundação Perseu Abramo, 2011.

SENADO FEDERAL. **PLS 106/2013**. Projeto de Lei. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112745>>. Acesso em: 30. Mar. 2023.

SILVA, Ivanderson pereira da. Em busca dos significados para expressão “ideologia de gênero”. **Educação em Revista**, Belo Horizonte, v. 34, 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MACHADO, Robson Aparecido. **A proteção dos Direitos Humanos LGBT e os Princípios Consagrados contra a discriminação atentatória**. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Editora Unijui, ano. 6, n. 11, 2018.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira;
BARBUGLIO, Daiene. A admissibilidade
das provas ilícitas no direito de família
frente ao princípio da
ponderação. **Cadernos de Direito**, v. 16, n.
30, p. 283-299, 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e
ativismo judicial**: limites da atuação do
judiciário. Porto Alegre: Livraria do
Advogado Editora, 2013.