

# O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Marianna Chaves<sup>1</sup>

Sumário: Introdução: O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF. 1. O ativismo judicial: breves notas. 2. A injustificável inércia do Legislativo sobre o tema 2.1 A judicialização 2.2. O ativismo judicial no caso 3. Considerações finais. 4. Referências.



## INTRODUÇÃO

O julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 em 05 de Maio de 2011 configurou uma verdadeira ruptura de paradigmas e um avanço para o Direito das Famílias brasileiro.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa; Pós-Graduada em Filiação, Adoção e Proteção de Menores pela Universidade de Lisboa; Pós-Graduada em Direito da Bioética e da Medicina pela Associação Portuguesa da Direito Intelectual e Universidade de Lisboa; Diretora do Núcleo de Relações Internacionais do IBDFAM – PB (Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção Paraíba); Membro da *International Society of Family Law*, da *American BAR Association* e da *International BAR Association*; Autora da obra “*Homoafetividade e Direito - Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade*” (Editora Juruá) e de diversos artigos jurídicos publicados em obras coletivas e revistas especializadas no Brasil e no exterior; Vice-Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo da OAB-PB; Consultora Jurídica em Beck, Paiva & Poppe Advogados.

A nossa Corte Constitucional entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher. Neste julgamento buscou-se a jurisdição constitucional por meio da interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF 132-RJ pela ADI 4.277-DF, com finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DA VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO

SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inc. X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação

não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção

do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que

passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da

Todos os 10 Ministros votantes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais<sup>3</sup>, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.<sup>4</sup>

Mas a decisão, que tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, não foi recebida com tranquilidade em todo o meio jurídico. Uma questão que causou enorme celeuma, em

---

Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias não expressamente listados na Constituição emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências

da união estável heteroafetiva.

(STF, ADI 4.177, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011).

<sup>3</sup> Que buscavam uma interpretação do dispositivo concernente à união estável por considerarem, entre outros, como direitos fundamentais violados, o direito à isonomia, o direito à liberdade, desdobrado na autonomia da vontade, o princípio da segurança jurídica, para além do princípio da dignidade da pessoa humana. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 231.

<sup>4</sup> Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito*, cit., p. 244.

especial entre os constitucionalistas: a idéia de que o ativismo judicial do STF estaria a afrontar o princípio da separação de poderes, fundamentado no entendimento de que o Judiciário estaria usurpando o papel do Legislativo, juízo que foi rebatido por alguns dos Ministros em seus votos.

O objetivo do presente estudo é tecer breves comentários sobre o suposto ativismo judicial no julgamento em causa. Fala-se em suposto porque existem correntes divergentes sobre a existência ou não do ativismo no caso em tela. Mas, parte-se do pressuposto de que houve ativismo. Poderia o mesmo poder ser justificado com base na inércia do legislativo e na defesa dos direitos fundamentais dos casais homoafetivos? Se não servir para oferecer uma resposta, este escrito servirá, ao menos, para fomentar o debate.

## 1. O ATIVISMO JUDICIAL: BREVES NOTAS

A idéia do ativismo judicial existe há muito mais tempo do que o próprio termo. Na primeira metade do século XX, uma enxurrada de estudos discutiram os méritos da legislação judicial e acadêmicos de destaque tomaram posições em cada lado do debate.<sup>5</sup>

Pode-se pensar que o termo “ativismo judicial” surgiu primeiramente em um julgado ou em artigo científico mas, na verdade, Arthur Schlesinger Jr., introduziu o termo "ativismo judicial" para o público em um artigo da revista *Fortune* de Janeiro de 1947, onde fez o perfil de todos os nove magistrados da Suprema Corte americana atuantes àquela época, explicando as alianças e divisões entre eles. A Corte estava dividida entre uma interpretação da legislação e "o bom funcionamento do judiciário em uma democracia".<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Cfr. KMIEC, Keenan D. “Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, em *California Law Review*, Vol. 92, Issue 5 (October 2004), pp. 1441-1478, p. 1445.

<sup>6</sup> KMIEC, Keenan D. “Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, cit., p. 1446.

Logo que surgiu, o "ativista judicial" possuía uma conotação positiva, muito mais coerente com a ideia de "ativista dos direitos civis" do que "juiz que faz mau uso da autoridade". Assim, o rótulo de "ativista judicial" era, sem dúvida, um elogio naquela época, que refleta uma crença de que devia-se empregar a revisão judicial de forma agressiva para salvaguardar os direitos atribuídos à democracia. Em meados da década de 1950, o termo tomou uma compreensão, geralmente, negativa, ainda que o seu significado fosse difícil de definir.<sup>7</sup>

Muito embora não exista nenhuma razão intrínseca para que o ativismo judicial seja inevitavelmente ou inerentemente problemático,<sup>8</sup> a frase normalmente traz consigo uma

---

<sup>7</sup> KMIEC, Keenan D. "Origin and Current Meanings of Judicial Activism", cit., pp. 1451-1452. Sobre a dificuldade de conceituação do termo manifesta-se Vanice do Valle: "A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary*, evidencia que, já de origem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos". VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

<sup>8</sup> Como bem afirma Leonardo dos Anjos, "apesar das decisões da jurisdição constitucional conte-rem um grau mais acentuado de criatividade judicial e ser natural que a interpretação judiciária criativa seja um *law making*, isso não implicadizer que devam constituir necessariamente uma ameaça à lógica da atual doutrina de separação de poderes". DOS ANJOS, Leonardo Fernandes. "Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual", em *Ativismo Judicial/ Umberto Machado de Oliveira e Leonardo Fernandes dos Anjos (coords.)*. Curitiba: Juruá, pp. 137-174, 2010, p. 145.

conotação muito negativa - pelo menos no discurso moderno.<sup>9</sup> Mas, por óbvio, existe mais de uma corrente sobre o assunto. Por exemplo, Ronald Dworkin exaltou as virtudes do ativista judicial na proteção dos direitos constitucionais.<sup>10</sup>

Embora a crítica ao ativismo judicial seja galopante, aqueles que clamam para que os magistrados sejam menos ativistas raramente definem o termo. Na verdade, o ativismo tem sido rotulado como um conceito "notoriamente escorregadio". Como alguns estudiosos já observaram, embora o ativismo seja "definido em um número de maneiras diferentes, mesmo contraditórias," escritores "persistem em falar sobre o conceito sem definí-lo".<sup>11</sup> Segundo Luís Roberto Barroso:

A idéia 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. 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

---

<sup>9</sup> Neste sentido, consultar CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. "The Scientific Study of Judicial Activism", em *Minnesota Law Review*, Vol. 91, Issue 6 (June 2007), pp. 1752-1784, p. 1752.

<sup>10</sup> Consultar, neste sentido BRUBAKER, Stanley C. "*Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism*", em *Journal of Politics*, vol. 46 (1984), pp. 503-519, pp. 504 e ss.

<sup>11</sup> Como se afirma na doutrina estrangeira. Neste sentido, consultar CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. "The Scientific Study of Judicial Activism", cit., p. 1755.

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>12</sup>

O ativismo judicial é, sem dúvida "um caminho para um Tribunal viver a sua obrigação de servir como cidadela da justiça pública." Enquanto essa defesa do ativismo certamente ressoa, presume que os juízes abraçam uma certa sinceridade honesta em relação à interpretação constitucional, em oposição a uma abordagem ideológica mais orientada para os resultados. Os críticos do ativismo judicial contestam essa sinceridade e afirmam que juízes ativistas simplesmente impõem suas preferências políticas na sociedade, sem qualquer fidelidade ao conteúdo da Constituição.<sup>13</sup> De uma maneira ou de outra, o fenômeno possui, definitivamente, o seu lado positivo: o Judiciário vem atendendo a demandas da sociedade que não puderam ou não quiseram ser cumpridas pelos Legislativo em searas de grande repercussão, como foi o caso das uniões homoafetivas.

## 2. A INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO LEGISLATIVO SOBRE O TEMA

Não se pode dizer, em momento algum, com razoabilidade, que o Judiciário usurpou o que era tarefa do Legislativo. O Judiciário simplesmente agiu, enquanto o Legislativo se fingia de morto e sonegava direitos a uma imensa parcela dos cidadãos brasileiros.

Em 1995, a então Deputada Federal Marta Suplicy apresentou o PL n. 1.151/95, com o objetivo de instituir a

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática". Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 20/03/2012.

<sup>13</sup> Cfr. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. "The Scientific Study of Judicial Activism", cit., p. 1753.

“união civil entre pessoas do mesmo sexo”.<sup>14</sup> Em 1996, foi apresentado substitutivo, pelo Relator do Projeto, o Deputado Federal Roberto Jefferson, que recebeu parecer favorável da Comissão Especial do Congresso em 10 de Dezembro do mesmo ano.

Tal projeto encontra-se “adormecido” em alguma “gaveta” da Câmara dos Deputados. Esporadicamente, ele é “despertado” para uma tentativa de reapresentação regimental e pelos exaltados pronunciamentos dos que lhe são contra ou a favor. Diminuída a “paixão” do momento, os parlamentares, pela enésima vez, não deliberam usivamente, e o PL regressa ao “seu sono hibernar”.<sup>15</sup> A última manifestação parlamentar se deu em 14/08/2007, com a apresentação do Requerimento nº 1447/2007, pelo Deputado Celso Russomanno, a solicitar a a inclusão na ordem do dia do referido projeto.<sup>16</sup>

O PL sofreu sucessivas modificações até sua aprovação em Comissão Especial na forma de substitutivo, apresentado pelo relator Roberto Jefferson. Tais alterações podem ser grupadas em dois grandes grupos: o de aperfeiçoamento técnico-jurídico do PL e o da descaracterização do instituto jurídico proposto como similar ao casamento heterossexual.<sup>17</sup>

A modificação da nomenclatura “união civil”, constante

---

<sup>14</sup> Para um panorama geral do projeto consultar também TURRA, Marcelo Dealtry. “Brazil’s Proposed “Civil Unions Between Person of the Same Sex”: Legislative Inaction and Judicial Reactions”, em *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law/* Robert Wintemute; Mads Andenaes (editors). Oxford: Hart Publishing, p. 337-345, 2001, p. 338-341.

<sup>15</sup> Com bem explicita, de maneira a quase beirar o escárnio a situação BROD, Jairo Luis. “Quando o Legislativo não legisla...: O caso do Projeto de lei nº 1.151/1995, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo”. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/posgraduacao/Jairo%20Luis%20Brod%20-%20monografia%20curso%20IP%201%20AA%20ed.pdf> . Acesso em: 30/03/2009.

<sup>16</sup> De acordo com consulta feita no *site* da Câmara dos Deputados, referente à tramitação da proposição.

<sup>17</sup> Cfr. BROD, Jairo Luis. “Quando o Legislativo não legisla...: O caso do Projeto de lei nº 1.151/1995, cit.

no projeto original, para “parceria civil” no substitutivo, provocou uma mudança na filosofia do documento. O foco passou a ser a concessão de um direito jurídico, e não do direito ao casamento entre homossexuais. A mudança do nome é o resultado de uma estratégia global que tem como fim a aprovação do projeto.<sup>18</sup> Com isso, procurou-se afastar, repetidamente, a possibilidade de se confundir o instituto da “parceria” com o instituto do casamento ou mesmo da união estável, claramente para obstar o conflito com os adversários da proposta, nomeadamente a bancada religiosa.

Em 2001, inspirado no PACS francês, o Deputado Roberto Jefferson apresentou o PL n. 5.252, com intuito de criar e disciplinar o pacto de solidariedade. Relativamente ao seu conteúdo, é basicamente uma transcrição do substitutivo do PL n. 1.151, diferenciando-se apenas no que diz respeito aos beneficiários, que poderão ser duas pessoas, apartando a referência à orientação sexual dos pactuantes que constava no art. 1º do substitutivo. Assim, as duas pessoas que desejarem celebrar o pacto, podem ser de sexo distinto ou do mesmo sexo, e manterem ou não vínculo afetivo-sexual entre si. Tal projeto tampouco foi à votação nas Casas Legislativas.

Tal resistência parlamentar para a votação dos projetos são recorrentemente comparadas àquelas sofridas pelos partidários da legalização das uniões para-matrimoniais e do divórcio. A então Deputada Federal pelo Estado de Minas Gerais, Maria Elvira, Presidente da Comissão Especial responsável pelos projetos supracitados, define essas resistências “como situações de confronto com uma oposição religiosa que se nega a reconhecer vínculos amorosos e familiares que contrariem seus valores morais”.<sup>19</sup>

Em 2009, foi apresentado por uma Comissão

---

<sup>18</sup> Estratégia que não obteve êxito, tendo em vista o fato de o projeto não ter ido sequer à votação.

<sup>19</sup> MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 104.

Parlamentar<sup>20</sup> o Projeto de Lei n. 4.914 de 2009, cujo escopo é alterar o Código Civil acrescentando o art. 1.727 A ao CC, nos seguintes termos: “São aplicáveis os artigos anteriores do presente Título, com exceção do artigo 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes.” Note-se que o PL expressamente veda a conversão da união estável homossexual em casamento, estando desde já afrontando o princípio da isonomia. Por outro lado, se mostra mais rente à realidade, não fazendo qualquer menção à vedação da adoção por homossexuais.

A quantidade de Projetos de Lei sobre o tema no Brasil serve para ver a forma como a questão foi tratada: com verdadeiro descaso e apatia. Destarte, outra não poderia ter sido a atitude do Judiciário.<sup>21</sup>

## 2.1 A JUDICIALIZAÇÃO

Judicialização – que não deve ser confundida com o ativismo judicial – nada mais é do que a decisão pelo Judiciário, em caráter definitivo, de questões importantes sob a ótica social, política ou moral. É, por evidente, uma transferência de poder para as instâncias judiciais, em detrimento das instituições políticas habituais, que são o Executivo e o Legislativo. Existem algumas razões claras para o fenômeno e uma delas parece se aplicar perfeitamente no caso em tela, como já restou demonstrado. Como assevera-se na doutrina, os políticos, via de regra, preferem que o Judiciário tenha a palavra final em certas matérias controversa,

---

<sup>20</sup> Nomeadamente os Deputados Federais: José Genoino, Raquel Teixeira, Manuela D’Ávila, Maria Helena, Celso Russomanno, Ivan Valente, Fernando Gabeira, Arnaldo Faria de Sá, Solange Amaral, Marina Maggessi, Colbert Martins e Paulo Rubem.

<sup>21</sup> Vale lembrar que depois da decisão do STF, qualquer destes projetos se mostraria em desconformidade com a equiparação havida entre uniões estáveis e uniões homoafetivas, no que diz respeito, por exemplo, à impossibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento.

relativamente às quais se faça presente uma considerável divergência moral na sociedade. “Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas decisivos”<sup>22</sup>, como foi o caso das uniões homoafetivas, deliberadamente ignoradas pelo Legislativo.

Desta forma, a judicialização é um fato inevitável, uma circunstância originária do próprio desenho institucional vigente no país, e não uma escolha política do Poder Judiciário. Os magistrados e os tribunais, uma vez chamados pela via processual ajustada, não possuem a opção de se manifestarem ou não sobre o tema. Como afirma Luís Roberto Barroso, “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”.<sup>23</sup> Assim, como afirma o jurista, “o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”.<sup>24</sup>

## 2.2 O ATIVISMO NO CASO

Num primeiro momento após o julgamento, como já foi referido, o debate centrou-se na ideia de que o ativismo judicial do STF estaria a afrontar o princípio da separação de poderes.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 361-362.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, cit.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit. p. 363.

<sup>25</sup> Sobre a questão, afirma a doutrina que “é notório no estudo do direito a impossibilidade de ingerência entre os Poderes constituídos. É certo, ainda, que não se compraz na doutrina da *separação dos poderes* a possibilidade de criações legiferantes pela autoridade judiciária, tampouco seja chamado o Poder Judiciário a substituir a vontade do administrador público. Isso porque existem limites

O ativismo judicial que, certamente, não pode ser exacerbado – devendo ser utilizado com prudência e moderação - e deve ter lugar em *ultima ratio*, na situação em tela se justifica, entre outras razões, pela inércia do legislativo, como foi retratado no tópico anterior.<sup>26</sup> Trata-se, portanto, de uma maneira proativa de interpretar a Carta Magna<sup>27</sup>, estendendo o seu alcance e sentido. Como referido, usualmente emerge na ocorrência de "retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sejam atendidas de maneira efetiva".<sup>28</sup> Esse foi exatamente a situação ocorrida no Brasil.

E no caso específico do julgamento da ADPF 132 e da

---

hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador já bastante conhecidos dos aplicadores do direito.

O que não se mostra crível, nessa contenda empírica, é titubear acerca do Ativismo Judicial no intuito de imputar-lhe feição negativa desenvolvida sob o signo da ingerência. Tratar o *ativismo jurídico* como sinônimo de *politização* e *regulamentação*, atribuindo-lhe feição exclusiva usurpadora de competência, a despeito de fortuitos excessos, equivale a desconhecer o seu verdadeiro alcance e o reforço à lógica democrática brasileira a justificar a própria inércia do Estado ante o inadimplemento dos seus objetivos fundamentais". BORGE, Felipe Dezorzi. "Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa", em *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2317, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13794>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

<sup>26</sup> No mesmo sentido, ver CHAVES, Marianna. "O STF e as uniões homoafetivas", em *A Semana* – Política, Economia e Comportamento. Ano 13, n. 14, 13 a 20 de Maio de 2010, p. 22.

<sup>27</sup> "Partindo-se do pressuposto de que o Direito Constitucional não consegue ser definido somente a partir do que está escrito na Constituição, os Tribunais Constitucionais (ou órgãos similares) são de extremarelevância no processo de concretização constitucional resultante de sua atividade eventualmente criativo-normativa, e configuram-se como verdadeiros intérpretes oficiais da Constituição, exercendo uma tarefa seletiva acerca de quais expectativas deverão prevalecer e quais deverão ser excluídas, diante de uma pluralidade de sentidos atribuíveis ao texto e de uma heterogeneidade de interesses presentes na esfera pública". DOS ANJOS, Leonardo Fernandes. "Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual", cit., pp. 144-145.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 366.

ADI 4277, o eventual ativismo judicial se justifica pela absoluta omissão e indolência – para não dizer acovardamento – do Legislativo em relação às questões concernentes à homoafetividade. Basta relembrar que existem, em tramitação, Projetos de Lei que versam sobre as uniões homoafetivas de meados da década de 90.

Como refiro anteriormente, deve-se fazer uso do ativismo judicial apenas em último caso, mas, na situação em tela, nada mais parecia poder ser feito. Existem nas casas legislativas brasileiras, diversos projetos de lei, proposta de emenda à constituição e nunca sequer ventilou-se a possibilidade de que fossem a votação.<sup>29</sup> Os projetos que não foram arquivados encontram-se perdidos em algum fundo de gaveta, e quando desarquivados, esbarram nas Comissões, cuja maioria esmagadora é formada por parlamentares cujo fundamentalismo moral – especialmente com viés religioso – chancela a sonegação de direitos civis a uma grande parcela da sociedade. Como bem afirmou o Min. Celso de Mello:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se

---

<sup>29</sup> Sobre a questão, se manifesta a doutrina: “É notório que os Parlamentos não dão conta das ‘necessidades’ legislativas dos Estados contemporâneos; (...) As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados. (...) Ora, a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 285-287.

reduzir a uma posição de pura passividade.<sup>30</sup>

Estavam a ser desrespeitados e sonogados os direitos fundamentais de muitos cidadãos brasileiros e, o grande papel do tribunal constitucional brasileiro, do STF, é o de promover e proteger os direitos fundamentais de todos. Como assinala Luís Roberto Barroso, uma "eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia".<sup>31</sup> Como bem questiona Ronald Dworkin, "será que uma 'maioria moral' pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?".<sup>32</sup> É certo que não.

Reafirmou o Min. Celso de Mello, durante o julgamento, a função contramajoritária da Suprema Corte brasileira, afirmando ser o STF o órgão investido da responsabilidade institucional e do poder de proteção das minorias contra excessos dos grupos majoritários ou, ainda, contra omissões que, atribuídas à maioria sejam "lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica".<sup>33</sup> De acordo com o eminente Ministro, "a essência democrática de qualquer regime de governo apóia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a "*Majority rule*" e os "*Minority rights*".<sup>34</sup> Seguindo essa idéia, afirmou que "ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República".<sup>35</sup>

O sexto Ministro, a votar favoravelmente à

---

<sup>30</sup> Voto Min. Celso de Mello no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, p. 46.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 371.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*/ Jussara Simões (trad.); Cícero Araújo, Luiz Moreira (revisão técnica e da tradução). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645.

<sup>33</sup> Voto Min. Celso de Mello, p. 23.

<sup>34</sup> Voto Min. Celso de Mello, p. 29.

<sup>35</sup> Voto Min. Celso de Mello, p. 31.

constitucionalidade das uniões homoafetivas também afirmou se tratar de um caso de proteção de direitos fundamentais. Diante do que classificou como “limbo jurídico”, fruto da omissão do Poder Legislativo em relação à matéria, o Min. Gilmar Mendes considerou que era dever do STF, Corte Constitucional brasileira, assegurar a proteção às uniões homoafetivas, em atendimento aos direitos das minorias e aos direitos fundamentais. O Min. Gilmar Mendes também foi enfático ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal não poderia deixar de atuar no caso em tela, asseverando que uma omissão do STF se traduziria em um “agravamento no quadro de desproteção de minorias ou pessoas que tenham seus direitos lesionados”.<sup>36</sup>

Assim, não há como se contestar a legitimidade jurídico-constitucional da decisão proferida pela Corte constitucional brasileira,<sup>37</sup> que se traduziu em um prestígio pela Lei Fundamental e pelos princípios nela insculpidos, e na materialização do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial foi locução cunhada nos Estados Unidos em meados dos anos 40, para classificar a atuação da Suprema Corte norte-americana nas décadas seguintes, marcada por uma jurisprudência progressista em sede de direitos fundamentais. As transformações ocorridas foram levadas a cabo sem nenhum decreto presidencial ou ato do Congresso. A partir deste ponto, em virtude de uma reação conservadora, a expressão ativismo judicial, ganhou nos EUA “uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício

---

<sup>36</sup> Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito*, cit., p.p. 238-239.

<sup>37</sup> É de se relembrar que “cabe aos três poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 368.

impróprio do poder judicial".<sup>38</sup>

A ideia do ativismo judicial vem sendo ligada às novas propostas constitucionalistas, tendo em vista que estas preveem uma participação mais intensa e ampla do Judiciário na materialização de fins e valores constitucionais. O denominado neoconstitucionalismo, cujos textos são permeados por valores como, *inter alia*, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade possibilitou uma “criatividade” jurisdicional mais ampla.

Neste caso específico, o Judiciário – representado pela sua Corte mais alta – efetivou o seu papel fundamental de guardião da Constituição e dos seus princípios, nomeadamente quando o Legislativo foi para lá de omissivo. Não havia como não fazer valer a Carta Magna, com seus valores e procedimentos democráticos, mesmo indo de encontro (aos olhos de uns) aos outros Poderes. Talvez nunca se tenha visto a Suprema Corte brasileira com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo familiar. Tendo sido provocado, o Judiciário não poderia deixar de cumprir com o seu mister. E além de sanar a negligência legislativa, a decisão veio para impedir que uma enorme gama de direitos fundamentais continuassem a ser violados.



#### 4. REFERÊNCIAS

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 363-364.

- BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 20/03/2012.
- \_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BORGE, Felipe Dezorzi. “Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa”, em *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2317, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13794>>. Acesso em: 27 mar. 2012.
- BROD, Jairo Luis. “Quando o Legislativo não legisla...: O caso do Projeto de lei nº 1.151/1995, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo”. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/posgraduacao/Jairo%20Luis%20Brod%20-%20monografia%20curso%20IP%201%20C%20AA%20ed.pdf>. Acesso em: 30/03/2011.
- BRUBAKER, Stanley C. “*Reconsidering Dworkin's. Case for Judicial Activism*”, em *Journal of Politics*, vol. 46 (1984), pp. 503-519.
- CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- \_\_\_\_\_. “O STF e as uniões homoafetivas”, em *A Semana – Política, Economia e Comportamento*. Ano 13, n. 14, 13 a 20 de Maio de 2010, p. 22.
- CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. “The Scientific Study of Judicial Activism”, em *Minnesota Law Review*, Vol. 91, Issue 6 (June 2007), pp. 1752-1784.
- DOS ANJOS, Leonardo Fernandes. “Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo

- Tribunal Federal e o ativismo judicial processual”, em *Ativismo Judicial/* Umberto Machado de Oliveira e Leonardo Fernandes dos Anjos (coords.). Curitiba: Juruá, pp. 137-174, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade/* Jussara Simões (trad.); Cícero Araújo, Luiz Moreira (revisão técnica e da tradução). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KMIEC, Keenan D. “Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, em *California Law Review*, Vol. 92, Issue 5 (October 2004), pp. 1441-1478.
- MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- TURRA, Marcelo Dealtry. “Brazil’s Proposed “Civil Unions Between Person of the Same Sex”: Legislative Inaction and Judicial Reactions”, em *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law/* Robert Wintemute; Mads Andenaes (editors). Oxford: Hart Publishing, p. 337-345, 2001.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.