

## XII ENCONTRO DE EXTENSÃO, DOCÊNCIA E INICIAÇÃO CIENTÍFICA (EEDIC)

### RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NA ADI 4277 E ADPF 132: ATIVISMO JUDICIAL OU MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?

Pedro Henrique da Silva<sup>1</sup>; Ana Paula Maria Araújo Gomes<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá.  
E-mail: pedrosolon12@outlook.com

<sup>2</sup>Docente no Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá.  
E-mail: paulagomes@unicatolicaquixada.edu.br

#### RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar que as uniões homo afetivas merecem o reconhecimento legal pelo Estado, no que tange a garantia de princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e o bem-estar social, insculpidos na carta magna como fundamento orientador na aplicação de direitos fundamentais. Destaca-se o novo conceito de família, trazido pelo desenvolvimento doutrinário e reconhecido na jurisprudência, através de decisões que afirmam o direito de casais homo afetivos de constituírem entidades familiares. O tema norteia-se sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4277 e ADPF 132, que serviu como sucedâneo para uma mudança de tratamento, ante o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar. Através de pesquisas bibliográficas, doutrina, artigos, legislação, Constituição Federal e jurisprudências, buscou-se discutir se a decisão do Supremo Tribunal Federal significou um mero ativismo judicial, ou uma ampliação do conceito de família, na aplicação da mutação constitucional. Assim, fomentou-se que o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, com o fulcro nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade, não rompe com o dispositivo constitucional, e sim dignifica novas relações sociais.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Princípios Fundamentais. Entidade Familiar.

#### INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico dado às uniões homo afetivas é uma temática controversa e ao mesmo tempo recorrente nos ordenamentos jurídicos que consagram a dignidade da pessoa humana. Desde a década de 1990, quando vários países, em especial a Espanha, Portugal e Estados Unidos, reconheceram a união de duas pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar e por consequência possibilitaram o gozo dos demais direitos inerentes à família, o assunto também ganhou notoriedade no Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro, houve uma evolução no reconhecimento dos direitos aos homossexuais, principalmente no que tange decisões judiciais esparsas que vem confirmando a importância de discussão e regulação da matéria.

Nesse diapasão, o Poder Legislativo, cuja função típica é a elaboração de leis, permaneceu inerte diante de tais problemáticas. Enquanto isso milhares de homossexuais brasileiros tinham sua dignidade violada pelo silêncio oriundo das lacunas das leis. “São 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas” (MELLO, 2007, p.01).

Em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal, através da 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 amparava e nem vedava 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).

O STF deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do CC/2002. Sendo assim, faz-se necessário pormenorizar a interpretação utilizada pelo Supremo, em que pese os princípios constitucionais. Analisar o antigo e o atual conceito doutrinário de família, no que tange os institutos da mutação constitucional e ativismo judicial.

## **METODOLOGIA**

Através de pesquisas bibliográficas, doutrina, artigos, legislação, Constituição Federal e jurisprudências, com análises comparativas, buscou-se discutir se a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4277 e ADPF 132, que serviu como sucedâneo para uma mudança de tratamento, ante o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, significou um mero ativismo judicial, ou uma ampliação do conceito de família, na aplicação da mutação constitucional.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Com as transformações visíveis na sociedade, o surgimento de novos “modelos” familiares e costumes sociais fizeram com que uniões extramatrimoniais fossem aceitas pela sociedade, tendo a Constituição que dar nova extensão ao conceito de família, introduzindo o termo genérico: entidade familiar. Assim passou-se a proteger outros relacionamentos além dos constituídos pelo casamento (DIAS, 2007).

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” (DIAS, 2009). O Art. 5º da Constituição Federal preceitua que o princípio da igualdade e respeito à diferença é basilar na CRFB/88, em que pese a vedação em face da lei de traçar privilégios para uns e para outros não.

Quando o assunto são as relações homoafetivas, no que concerne aos aspectos jurídicos, o julgador não pode se omitir em julgar, com a justificativa de inexistência de lei. Ante a omissão, o magistrado vale-se das fontes como à analogia, princípios e costumes que podem ser utilizados em favor de quem requer seus direitos. A interpretação deve ser crescente, progressiva, justa e democrática com o objetivo de que se adéque às mudanças sociais, das alterações dos hábitos dos indivíduos. Sendo omissos os mesmos agride direitos fundamentais pertencentes aos cidadãos que só querem resolver suas lides e terem seus direitos garantidos (DIAS, 2007).

De tais premissas, reconhecendo o papel do judiciário na efetivação de tais direitos, no que tange a observância de condutas mais ativas e ideologicamente vinculadas a interpretação constitucional, dialoga-se com o conceito de ativismo judicial, isto é, um comportamento legislativo do Judiciário, com inovações textuais, de interpretação sob determinado caso concreto que é levado para sua análise.

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 (CHAVES, 2011).

A CRFB/88 disciplina no art. 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Nesse sentido, a 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 contrapesos. Entre os poderes há a colaboração e controle recíproco (SILVA, 2011).

Nessa linha, também reconhecendo a mudança paradigmática do Poder Judiciário, em que pese a garantia dos direitos fundamentais, convém a análise do conceito de mutação constitucional no que tange o novo conceito de família. O fenômeno da mutação constitucional teve origem na doutrina alemã e não seriam alterações ‘físicas’, ‘palpáveis’, materialmente perceptíveis, no texto normativo, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. (LENZA, 2010, p. 130).

No que concerne à análise da união estável homoafetiva segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a corte, ao julgar conjuntamente a ADI no. 4.227 e a ADPF no. 132 reconheceu, através de votação unânime, a união estável homoafetiva, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo. Dentre as teses que embasaram a referida decisão, é no que se atenta à interpretação ampla ao artigo 226 §3º da CF/88, que resultou no entendimento de que, quando a CF/88 disse que a união estável é formada entre homem e mulher, a Lei Maior não disse que a união estável é apenas formada entre homem e mulher, o que possibilitaria assim admitir outro tipo de união estável.

Como consequência dessa decisão proferida pelo Excelso Pretório, com efeito vinculante, deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. 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.

Do exposto, apesar de muitos estudiosos compreenderem que nestas atuações o STF agiu sob os preceitos do ativismo judicial, sustenta-se que na verdade o STF fez uso do instituto da mutação constitucional, 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.

Destarte, a Corte Maior ao adotar decisão contra-majoritária atuou em defesa à Constituição e aos valores democráticos nela garantidos, na medida em que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 3º, IV da Carta Magna, é promover o bem de todos e não de uma parcela ou maioria da população.

## CONCLUSÕES

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.

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

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: 08 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

MELLO, Marco Aurélio. **A igualdade é colorida**. Instituto brasileiro de direito de família, [S.I.], maio 2011. Não paginado. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=724>>. Acesso em: 08 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 34<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.