

PRÁTICA DE ATIVISMO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Karolyna Alves de Oliveira¹

Poliana Fernandes Oliveira Santos²

SUMÁRIO: 1. Reconhecimento de famílias homoafetivas. 1.1 Evolução do conceito de família. 1.2 Julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277. 1.3 Da insuficiência de uma lei de união civil que disciplina a relação homoafetiva 2. Do ativismo judicial em relação a união homoafetiva 2.1 Supressão de lacunas legislativas mediante práticas de ativismo judicial frente ao reconhecimento da união homoafetiva 2.2 Projeto de Emenda Constitucional capaz de suprir as lacunas legislativas frente ao reconhecimento das relações homoafetivas: solução ou problema? 3. Considerações Finais.

RESUMO

O presente artigo apresenta uma temática importante para a sociedade, trazendo reflexões quanto à união homoafetiva. O reconhecimento dessa entidade familiar traz questionamentos que merecem análise, pois a partir do momento que o conceito de entidade familiar no código civil passou a abranger a união homoafetiva, o dispositivo não passou por mudança em seu texto, mas passou por uma interpretação para incluir esse tipo de entidade familiar, o que nos leva a crer que na omissão da lei a solução para tal problema é a prática de ativismo judicial. Dessa forma, é necessário uma solução mais concreta para suprir essa lacuna legislativa. Uma possível emenda constitucional poderia ser realizada, desde que não contrarie os princípios da Carta Magna.

Palavras-chave: Reconhecimento da Relação Homoafetiva; Entidade Familiar; Ativismo Judicial; Emenda Constitucional; Princípios Constitucionais.

¹ Acadêmica em Direito no Centro Universitário Una Betim. alveskarololiveira5@gmail.com

² Acadêmica em Direito no Centro Universitário Una Betim. pooly.sete@gmail.com

ABSTRACT: *This article presents an important theme for society, bringing reflections on the same-sex union. The recognition of this family entity raises questions that deserve analysis, because from the moment that the concept of family entity in the civil code began to cover same-sex union, the provision did not undergo a change in its text, but underwent an interpretation to include this type of family entity, which leads us to believe that in the omission of the law, the solution to this problem is the practice of judicial activism. Thus, a more concrete solution is needed to fill this legislative gap. A possible constitutional amendment could be carried out, as long as it does not contradict the principles of the Magna Letter.*

KEYWORDS: *Recognition of the homoaffective relationship - Family entity - Judicial Activism - Constitutional Amendment - Constitutional Principles.*

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 garante aos indivíduos direitos fundamentais inerentes à condição de seres humanos. Nesse sentido, é importante frisar que, por mais garantido que seja tal direito temos omissões no papel do Poder Legislativo, possuidor de uma bancada conservadora, cuja atividade se limita a garantir os próprios interesses.

A dificuldade encontrada quando o assunto é união homoafetiva é grande. Foi necessária a intervenção do Poder Judiciário para resolver a questão relacionada a essa entidade familiar, pelo STF, em 2011, de forma que realmente os direitos fundamentais fossem garantidos. Ou seja, o ordenamento jurídico carece de legislação específica.

Todavia, encontramos engavetado no Congresso um projeto de lei que dá reconhecimento a essa entidade familiar e mais suporte em relação aos seus direitos. Mesmo assim, é perceptível que tal projeto colocaria em patamar de desigualdade as relações homoafetivas em comparação com as heteroafetivas.

Dessa forma, qual seria a melhor solução para suprir a omissão legislativa? Certo que já existe mecanismos adequados para isto. Mas até quando o Poder Judiciário precisará interferir no papel do Poder Legislativo? Será que só a interpretação constitucional, baseada nos princípios, basta para suprir tal omissão?

Esses são os questionamentos que nos levam a crer que há muito o que se melhorar no sistema dos poderes para que haja a efetiva segurança jurídica em relação aos relacionamentos homoafetivos.

1 RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

1.1 Evolução do conceito de família

Ao longo da história, a realidade social trouxe novas percepções de família. Foi substituído aquele modelo originário baseado no casamento, sexo e procriação para valores como a afetividade, o amor e carinho.

Nesse sentido, com o advento da Constituição atual, em vigor desde 1988, podemos destacar mudanças significativas na sociedade, pois, como dogma principal dos princípios, o constituinte deu destaque ao princípio da dignidade humana. Assim, qualquer ato discriminatório passou a não combinar com o modelo democrático e livre de nossa sociedade.

Temos que reconhecer que tais mudanças deu origem ao pluralismo das relações familiares. Relacionamentos antes considerados clandestinos ou marginalizados passam a terem maior visibilidade.

Existem várias entidades familiares a serem consideradas, porém apenas três delas estão explícitas na Constituição Federal, a saber: união estável (art.226 §3º, CF), casamento (art.226 §1º e §2º, CF) e família monoparental (art.226 §4º, CF). E há aquelas que não estão especificadas como a entidade familiar homoafetiva.

Em se tratando de casamento, esse era considerado tão sagrado que jamais poderia ser desfeito. Mas, com as mudanças constitucionais e legislativas, o divórcio é totalmente possível, visto que não cabe ao Estado decidir a continuidade ou não da relação familiar, mas sim de uma escolha pessoal, um direito potestativo.

Quanto à união estável, prevista no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, que tenha uma convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família. Já a família monoparental consiste em uma entidade familiar composta por qualquer dos pais e sua prole.

Sobre tal instituto Gagliano e Filho trazem a seguinte lição:

Por isso no que diz respeito ao momento da sua constituição, pode ser ela classificada em originária ou superveniente. Na primeira espécie, em que a família já se constitui monoparental, tem-se como exemplo mais comum, a situação da mãe solteira. Já a família monoparental superveniente é aquela que se origina da fragmentação de um núcleo parental originalmente composto por duas pessoas, mas que sofre os efeitos da morte (viuvez), separação de fato ou divórcio.³

É importante salientar que as famílias monoparentais não possuem diploma regulador próprio como famílias decorrentes de casamento e união estável, mas todas as regras de Direito de família são aplicáveis, afastando qualquer tipo de discriminação ou tratamento diferenciado.

Em se tratando da família formada pela união de pessoas do mesmo sexo, é importante frisar que sempre existiu, desde a antiguidade. Porém, ela é diversamente interpretada e explicada pela sociedade, uma vez que há diferentes culturas. Esse é o entendimento segundo Vecchiatti:

No início dos tempos, o comportamento homoafetivo não era tido como “estranho” ou “anormal”, justamente por ser considerado tão normal quanto o heteroafetivo. Determinadas culturas passaram a valorizá-lo, ao passo que outras passaram a desprezá-lo, até que, num dado momento histórico, a parcela que dominava o poder político do mundo ocidental passou a condenar ferozmente a homossexualidade, criando assim todo um estigma e preconceito contra as pessoas homossexuais.⁴

Com o passar do tempo, as instituições religiosas passaram a entrelaçar na história, em especial as crenças judaicas e cristã, no que tange ao mundo ocidental. A crença judaica já manifestava uma certa condenação à homossexualidade, unida a uma identidade cultural forte que luta pela manutenção de suas tradições, assim como a cristã.

Todavia, é necessário ter uma interpretação do que realmente era abominável, uma vez que passaram a repudiar qualquer tipo de ato sexual praticado fora do casamento homo ou heteroafetivo, ou seja, condenavam a libertinagem, mas não determinado tipo de amor.

É nesse sentido que devem ser lidos os textos bíblicos que são comumente usados na condenação à homossexualidade. Mesmo a notória abominação do Levítico deve ser assim entendida: apesar da

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: **Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.514.

⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: MÉTODO, 2012, p.61

literalidade do texto, a sua compreensão histórico-crítica demonstra claramente que o que se condena ali é, como exposto, a libertinagem sexual, tida como uma “impureza” e assim entendida como todo ato sexual realizado fora do casamento, nada mais. A abominação ali tratada é a da traição da identidade judaica, e não uma condenação à homoafetividade isoladamente considerada.⁵

Com o passar do tempo, percebemos que a sociedade tem apresentado, de forma gradativa, maior tolerância com relação à homossexualidade. E, graças a decisão do STF, na ADI 4.277, a união homoafetiva passou a ser reconhecida. Aplicou-se a ela as regras da união estável que, embora ainda não regulamentada, a jurisprudência cumpriu com o seu dever. É notório que, em termos jurídicos, os homossexuais ainda se encontram em patamar de desigualdade em relação aos heterossexuais.

1.2 Julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277

Para garantir os direitos fundamentais, o Poder Judiciário assume um papel importante interferindo no Poder Legislativo para que a justiça possa acontecer com as minorias.

É nesse sentido que, com a evolução da entidade familiar, a união homoafetiva precisava de ser reconhecida judicialmente. O STF, diante do vazio legislativo, tomou as rédeas para conduzir esse papel intervencionista e garantir os direitos das relações homoafetivas para que haja seu reconhecimento através do julgamento ADPF 132 e da ADI 4.277.

Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, resulta no tratamento reducionista desse segmento social dos homoafetivos.

[...] argui o autor que tem sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Donde ponderar que a homossexualidade constitui “fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros”. Cabendo lembrar que o “papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o

⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: MÉTODO, 2012, p.77.

desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos.⁶

Importante salientar que foi redistribuída a ADI 4.277, versando o mesmo tema central da ADPF 132. Os efeitos foram convergentes com os objetos que levaram a subsumirem ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF.

Assim, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela existência de outro meio mais eficaz, foi resolvido a presente questão de ordem propondo o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, decisão está relatada pelo Ministro Ayres Britto.

A decisão do STF foi tomada a partir da reunião dessas duas ações, em que a ADPF132/RJ foi proposta em 2008 e teve origem no governo do Rio de Janeiro. Já a ADI 4277 foi proposta pelo MPF com sensibilidade às reivindicações sociais por reconhecimento de direitos LGBT.

Todavia, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requereu o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o artigo 1.723 do Código Civil.

O julgamento baseou-se na interpretação constitucional do artigo 1.723 do Código Civil, o qual dispõe: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.⁷

Sendo assim, a família, como consta no ordenamento jurídico, delimita a concepção de entidade familiar, uma vez que deixou claro que a união estável é formada por homem e mulher, afastando a relação homoafetiva. Diante da falta de norma regulamentadora, esta união passou a ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por interpretação conforme a Constituição, para desse artigo supramencionado excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF. 132/RJ; ADI. 4277/DF. Rel. Ayres Britto. Mai. 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021., p.11

⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 de maio de 2021

A decisão acima teve por objetivo garantir os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Mas, com relação a esse último princípio, é perceptível que há contrariedade, visto que há uma omissão reprovável do legislador em disciplinar esse tipo de união.

Uma vez que só a norma legal confere a segurança jurídica, o silêncio do legislativo mostra-se como exclusão, que afronta um dos elementares direitos, o da cidadania, base de um estado democrático de direito. A ausência de uma regulamentação normativa específica, além de trazer essa insegurança jurídica, traz consequências negativas no âmbito das relações públicas e privadas.

Dessa forma, percebemos que, para solucionar essa lacuna normativa, utiliza-se a analogia, a interpretação extensiva e os princípios gerais do Direito. Esses consistem em conferir se determinada lei, que possui mais de uma interpretação possível, está de acordo com o ordenamento constitucional.

A função do legislador, nesse momento, é questionada, já que há um entendimento de que caberia ao Direito regulamentar apenas situações comuns e cotidianas da sociedade.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.⁸

Assim, a palavra comum, no tocante à sexualidade humana, seria a relação heteroafetiva, deixando de lado os homossexuais. Contudo, esse entendimento é equivocado, visto que se opõe a própria Carta Magna, em seu Artigo 5º, em que é previsto o tratamento igualitário a todos sem distinção de qualquer natureza.

Portanto, cabe o legislador regulamentar todas as situações existentes da sociedade, principalmente das minorias que são prejudicadas por causa da

⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADFP. 132/RJ; ADI. 4277/DF. Rel. Ayres Britto. Mai. 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021., pág.162

discriminação por serem diferentes e não se enquadrarem no padrão imposto pela sociedade. O direito em si passa por constantes mudanças e necessita de acompanhar o ritmo da sociedade em processo de transformação.

Como se pode ver, a sociedade passou por mudanças significativas em relação a concepção de família, pois deixou de considerar a mera formalidade do matrimônio para valorizar cada vez mais o amor existente na relação. Esse foi o entendimento que os ministros do STF levaram em consideração no julgamento da ADPF 132 e na ADI 4.277.

O STF assegurou aos companheiros homoafetivos a plêiade dos direitos elencados no livro do Direito de Família do Código Civil brasileiro, prioritariamente consagrados aos casais heterossexuais, como os alimentos, previstos no artigo 1.724 do Código Civil; a sucessão hereditária do artigo 1.790 do Código Civil; o direito à adoção pelos pares homossexuais, cujo instituto vem regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.⁹

Dessa forma, foi necessário o reconhecimento da união homoafetiva para que pudessem gozar da proteção legal existente para a família.

1.3 Da insuficiência de uma lei de união civil que disciplina a relação homoafetiva

Mesmo sendo reconhecida a união homoafetiva através do julgamento dito anteriormente, o projeto de lei de fato existe a exemplo do envelhecido PL 1.151/1995, de autoria da ex-deputada Marta Suplicy. Esse, porém, permanece paralisado, ou melhor, engavetado no Congresso Nacional. Todavia, por mais que tal projeto de lei tenha existido, com o propósito de instituir a chamada *parceria civil registrada* entre pessoas do mesmo sexo, na visão de Vecchiatti:

Em primeiro lugar, dito projeto de lei não garante, nem de longe, os mesmos direitos que o casamento civil e mesmo a união estável garantem atualmente. Na 1ª edição desta obra afirmei que a aprovação desse projeto melhoraria em muito a vida dos casais homoafetivos em comparação à omissão legislativa a eles imposta (pois é melhor ter poucos direitos reconhecidos do que não ter nenhum), todavia estes ainda estariam em situação de menor proteção que os casais heteroafetivos, possuindo menos direitos que

⁹ MADALENO, ROLF. **Direito de família**. 7ª ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.78.

eles, pois a isonomia assim, continuaria afrontada mesmo com a aprovação do referido projeto de lei.¹⁰

Podemos perceber que ainda há muito preconceito por parte dos parlamentares. Muitas teses levantadas pela minoria do Congresso desejam ver os direitos das pessoas homossexuais garantidos, uma vez que projetos de lei devem ter uma maior abrangência. Isso porque o projeto de Marta Suplicy durante anos foi adiado, arquivado, desarquivado e adiado mais uma vez, encontrando-se, atualmente, em tramitação. Foi debatido na última vez em 2007. Nota-se, então, como que há o desinteresse de grande parte dos deputados em debater projetos de lei desse tipo.

A necessidade de criação de uma lei específica para as relações homoafetivas objetiva assegurar os direitos dessa parte da sociedade, que se vê prejudicada em suas relações civis, do que um simples reconhecimento na sociedade. Assim, facilita a vida de uma pessoa homossexual que deseja entrar com uma ação para reivindicar por seus direitos sabendo que tem toda a proteção do Estado, assim como as pessoas heterossexuais, sem nenhum ato discriminatório por ter orientação sexual diferente.

Porém, a criação de uma lei paralela à do casamento civil para abranger unicamente as uniões homoafetivas implica em rotulá-las como menos valorosas do que as heteroafetivas, não havendo justificção válida, perante o princípio da isonomia, para diferenciá-las.

Nesse sentido, é notório que tratar a união homoafetiva por intermédio de parcerias civis registradas ao invés de casamento civil a rotulará como menos digna do que as uniões matrimonializadas.

Afinal, a parceria civil registrada nada mais é do que um contrato do Direito Obrigacional, ao contrário do casamento civil, que é um regime jurídico do Direito das Famílias. Só neste ponto já se percebe como o casamento civil tem a si atribuída uma dignidade muito maior do que aquela que se pretende conferir à parceria civil registrada.¹¹

Por esse motivo, a reunião dos parlamentares para finalmente decidirem um tratamento legal para a união homoafetiva é medida que se impõe. Não há mais

¹⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: MÉTODO, 2012, p.627

¹¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: MÉTODO, 2012, p.628.

motivos para a omissão legislativa nesse ponto nem sentido em se conformar com soluções que não sejam concretas.

Esse fato sinaliza que, além de muito importante, a matéria é delicada e tormentosa. O Poder Legislativo, em regra, não entra em consenso, mas continua a enfrentar o tema. Todavia, a demora em aprovar legislação gera nos interessados angústia natural e um sentimento de desproteção, para a qual buscam solução no Judiciário.¹²

Podemos supor que a maior dificuldade atual para que a relação homoafetiva tenha seus direitos tutelados é a bancada conservadora, que deixa de cumprir corretamente com o seu dever, repassando o preconceito e repercutindo em suas funções.

2 DO ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO A UNIÃO HOMOAFETIVA

2.1 Supressão de lacunas legislativas mediante práticas de ativismo judicial frente ao reconhecimento da união homoafetiva

Para entender sobre a existência do ativismo judicial é importante ressaltar que Constituição Federal da República Brasileira, de 1988, e a inauguração do controle de constitucionalidade por Ruy Barbosa, em 1890, com a instauração de Emenda Constitucional nº 16/65, possibilitaram a revisão dos atos dos demais poderes, assumindo assim o STF a função zeladora para o cumprimento da Constituição.

Sendo assim, os primeiros debates em relação ao ativismo judicial apareceram no país. Podemos definir o ativismo judicial então, segundo as lições de Luís Roberto Barroso:

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. 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 inconstitucionalidades de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de

¹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF. 132/RJ; ADI. 4277/DF. Rel. Ayres Britto. Mai. 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021., p.167.

abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹³

Observando o papel do Poder Judiciário, na atualidade, percebemos, através do conceito explanado pelo jurista, como o judiciário tem se comportado em determinadas situações da sociedade ativista. Para entender sobre ativismo judicial, também é necessário que se faça uma diferenciação com a judicialização, pois embora sejam semelhantes, possuem origens diferentes e podem causar confusão para o entendimento do presente artigo.

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidos sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do judiciário, mas sim do constituinte.¹⁴

Dessa forma, o jurista, em relação a judicialização, não terá uma deliberação política em relação a uma norma constitucional permitindo a dedução de uma pretensão, subjetiva ou objetiva, tendo que conhecer e decidir a matéria porque era o que lhe cabia fazer. Quanto ao ativismo judicial, é um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

A partir do conceito de ativismo judicial supramencionado podemos apontar aspecto positivo e negativo. O positivo relaciona-se ao judiciário, que está cumprindo o seu papel de guardião da Constituição e atendendo às demandas sociais que não foram supridas pelo Poder Legislativo. Quanto ao aspecto negativo, pode-se destacar o papel do Poder Legislativo, que tem se mostrado inerte a muitas matérias da sociedade. Isso pode gerar uma crise de representatividade e legitimidade, uma vez que as lacunas legislativas são supridas pelo judiciário.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>, p.06.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>, p.17.

Assim, para o reconhecimento das uniões homoafetivas, um tema que se tornou tão relevante na sociedade e não pode ser mais rejeitado, foi necessário a intervenção do Poder Judiciário através do julgamento ADPF 132 e da ADI 4.277.

Podemos dizer que, mediante a aplicação do direito, o legislador não encontra no corpo das leis um preceito que possa solucionar o caso concreto. Dessa forma, criam-se lacunas na lei e, como consequência, o enfraquecimento do Poder Legislativo que tenta buscar soluções através de analogias, costumes e princípios, conforme prevê o Art.4º do Decreto-Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁵. Quando não são encontradas as brechas, o Poder Judiciário, diante dessa omissão, assume um papel ativista.

Esse papel se fundamenta em aderir a modos interpretativos de modo a viabilizar, por meio da hermenêutica, a possibilidade de alterar, modificar e até criar um direito com caráter constitucional por decisão judicial.

Apesar desse grande papel do judiciário de supressão das lacunas, por meio da prática de ativismo judicial, quando o STF assume esse papel de intervenção no Poder Legislativo, acaba por interferir na elaboração e execução de políticas públicas, ou seja, interfere também nas ações do Poder Executivo, o que gera críticas a essa prática ativista por ofender o princípio da tripartição dos poderes, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, a aplicação da literalidade da lei em coibir a influência do Poder Judiciário nos outros poderes faz com que a justiça fica enfraquecida, pois cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, de acordo com o Art.102 da CF/88 para que assim, ao invés da mera aplicação fria da lei, haja a perfeita aplicação da justiça. “Assim, o ativismo judicial está em plena consonância com a democracia, sendo fundamental a esta, uma vez que se faz necessário que o judiciário tenha uma postura mais ativa na interpretação e aplicação das normas, atendendo aos anseios da sociedade”¹⁶.

Dessa forma, chegamos à conclusão de que a prática de ativismo judicial leva a uma interpretação da Constituição pela bancada do STF que, com base nos princípios constitucionais, reconhecem o direito à união homoafetiva. Dada a

¹⁵ BRASIL. Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 18 de maio de 2021.

¹⁶ TEIXEIRA, Joao Paulo Allain; ANDRADE, Louise Dantas de. **Direito, hermenêutica e decisão**. Recife: Appodi, 2014, p.79.

imperfeição de textos normativos que não abarcam todas as situações possíveis da sociedade, observa-se a necessidade de efetivação da justiça.

É por isso que existem técnicas aprofundadas como a utilização de analogias e interpretação extensiva. Elas servem para conter algum descuido do legislador ao criar uma norma não abrangente.

Em se tratando de interpretação conforme a Constituição, é necessário que as normas estejam em consonância com os princípios. Sendo assim, ao tratar de leis que versam sobre família, como casamento civil e união estável, essas devem ser interpretadas de forma a não excluir as uniões homoafetivas. A explicação consiste em dar os mesmos direitos a todos os tipos de relação familiar, conforme o princípio da isonomia e dignidade da pessoa humana, não permitindo qualquer tipo de exclusão ou preconceito.

Nas palavras do relator, o ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF 132 e na ADI 4.277, compreende-se que:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, 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.¹⁷

Apesar dessa possibilidade de se interpretar conforme a Constituição, é necessário implementar medidas mais eficazes para conter as inúmeras omissões da lei. Isso porque o problema da prática ativista do judiciário é a dependência que o direito brasileiro passa a ter decisões judiciais nas questões mais relevantes da sociedade. Ou seja, para o enfrentamento de muitos problemas sociais essa tática passa a ser necessária para o cumprimento do texto constitucional.

¹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF. 132/RJ; ADI. 4277/DF. Rel. Ayres Britto. Mai. 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021, p.05.

2.2 Projeto de emenda constitucional capaz de suprir as lacunas legislativas frente ao reconhecimento das relações homoafetivas: solução ou problema?

A crise de representatividade do Poder Legislativo frente ao ativismo judicial é um problema a ser enfrentado para que haja segurança jurídica e mais legitimidade por parte dos poderes que regem a nação.

O reconhecimento da união homoafetiva pelo julgamento ADPF 132 e da ADI 4.277 foi essencial para a sociedade. Porém, ressalta-se que o simples fato de equiparar a união homoafetiva com a união estável sem que haja alteração no texto Constitucional faz com que esse tipo de entidade familiar seja ainda tratado de forma diferente dos demais.

Nessa continuidade, Marta Suplicy defendeu a aprovação do projeto de lei do senado (PSL) 612/2011, de sua autoria, que altera o Código Civil para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Essa medida ainda não é o bastante, pois a criação de uma lei faz com que haja um tratamento diferenciado às uniões homoafetivas também.

Então, qual seria a melhor maneira de solucionar esse problema? Eis a questão. Visto que o projeto de lei acima, por exemplo, foi arquivado. É difícil encontrar uma solução mais concreta para que haja a efetivação dos direitos se o que temos no Congresso Legislativo é uma bancada conservadora.

Dessa forma, um projeto de Emenda Constitucional ao invés de uma lei talvez seria o ideal. Isso porque o papel de uma emenda é a modificação pontual do texto constitucional. Assim, a literalidade do artigo 226 §3º da Constituição Federal, que trata da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, sofrendo uma emenda constitucional, será capaz de suprir a lacuna existente na lei.

A efetividade da emenda constitucional estará no poder supremo da Constituição, que confere validade as demais normas do ordenamento jurídico, conferindo maior segurança jurídica para a sociedade.

Ademais, apesar da emenda constitucional obedecer a alguns critérios rigorosos, previstos no artigo 60, §§1º e 4º que limitam a sua atuação, a entidade familiar pode ser encarada como cláusula pétrea por se tratar de um direito individual relevante, portanto, de perpetuação da espécie e preservação do Estado. Porém, se o objetivo da emenda for para ampliar e melhorar, poderá ser alterado.

Com a finalidade de se obter uma solução mais concreta, os legisladores poderão, através da emenda constitucional, suprir as lacunas para o reconhecimento efetivo da relação homoafetiva. Seguindo o processo de criação previsto no Art. 60 da Constituição Federal de 1988, sem abolir o texto, busca-se uma forma de melhorar ou ampliar o conceito de entidade familiar no Art. 226, da referida Constituição.

Todavia, existem nas casas legislativas brasileiras muitos projetos de lei e emendas à Constituição que nunca foram para votação. A resposta é simples: nosso parlamento encontra barreiras discriminatórias, visto que a maioria é formada por parlamentares com viés religioso, que barram qualquer tipo de projeto que afrontam seus ideais. Então os projetos que não estão arquivados estão engavetados e, quando surgem, são vetados pelas comissões parlamentares.

Levando em consideração que nossa Constituição Federal de 1988 é principiológica, podemos deduzir que a proposta de emenda constitucional não seria o meio mais adequado, visto que os princípios fundamentais têm força normativa, ou seja, deixou de meros ideais sem eficácia jurídica para comporem o ordenamento, reaproximando o direito e os valores éticos. Por isso, houve a intervenção do judiciário para o reconhecimento das uniões homoafetivas, pois os princípios norteadores serviram de base para os Ministros do STF.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).¹⁸

Dando sequência a esse raciocínio, ressalta-se que a orientação sexual e afetiva deve ser encarada como um exercício da liberdade, a qual merece e deve

¹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF. 132/RJ; ADI. 4277/DF. Rel. Ayres Britto. Mai. 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021, p.172.

ser protegida, livre de qualquer tipo de ato discriminatório, considerando-se apenas a afetividade, convivência comum e duradoura e os efeitos jurídicos daí decorrentes.

Diante desse contexto, políticas públicas contra eventual tratamento indigno devem ser elaboradas pelo Estado. Esse tema é problemático, pois envolve uma série de concepções culturais, religiosas, filosóficas e que demandam tempo para consolidação pela sociedade.

Assim, a prática de ativismo judicial pelo Poder Judiciário supre a omissão do papel do Poder Legislativo ao conferir uma legislação concreta a determinados temas da sociedade como o reconhecimento das uniões homoafetivas. Porém, não inibe o Poder Legislativo de atuar efetivamente, visto que esse papel intervencionista do Judiciário deve ser encarado como uma solução provisória.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel ativista do Poder Judiciário tem sido essencial para o cumprimento de direitos fundamentais dos indivíduos a partir da omissão legislativa.

Dessa forma, apesar dos poderes serem independentes e harmônicos entre si, é necessário que haja o efetivo cumprimento de suas respectivas funções para maior segurança jurídica em nosso país. Pois, a forte atuação do Poder judiciário pode levar a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do legislativo

De resto, considerando que muitos projetos de lei são barrados pelo Congresso Nacional e até mesmo engavetados, devido à bancada conservadora de parlamentares, principalmente a frente Evangélica, percebemos a dificuldade por parte do Estado em estabelecer políticas públicas eficazes para a sociedade.

Nesse sentido, espera-se que, com o tempo, as ideologias ou correntes religiosas, políticas, filosóficas e culturais se adaptem ao avanço da sociedade e que as relações homoafetivas passem a ser vistas como uma entidade familiar sem qualquer tipo de ato discriminatório, recebendo os devidos tratamentos legais que merecem por parte do Estado.

Sendo assim, sabemos que não há uma solução definitiva para suprir as omissões legislativas. Porém, graças a Constituição considerada principiológica, o papel ativista do Poder Judiciário tem contribuído provisoriamente para que os direitos

possam ser devidamente cumpridos, sem inibir o Poder Legislativo na elaboração de legislações concretas.

Assim, é necessário que haja mudanças significativas para que a atuação do Poder Judiciário não afete o Poder Legislativo a ponto de levar a crise de representatividade, logo, a insegurança jurídica. Pois, por mais que o Judiciário seja o órgão responsável na garantia dos interesses da minoria, como dito acima, ele não pode inibir o Poder Legislativo na elaboração de legislações concretas.

4. REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília 2 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 18 de maio 2021.

BRASIL. **Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 18 de maio de 2021

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 de maio de 2021

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011 (casamento homoafetivo)**. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>. Acesso em 18 de maio de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF. 132/RJ; ADI. 4277/DF. Rel. Ayres Britto. Mai. 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: **Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, ROLF. **Direito de família**. 7ª ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA, Joao Paulo Allain; ANDRADE, Louise Dantas de. **Direito, hermenêutica e decisão**. Recife: Appodi, 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: MÉTODO, 2012.