

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

João Pedro Azevedo Xausa

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS:
Ativismo Judicial?**

Porto Alegre
2018

JOÃO PEDRO AZEVEDO XAUSA

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS:
Ativismo Judicial?**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valin

Porto Alegre
2018

JOÃO PEDRO AZEVEDO XAUSA

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS:
Ativismo Judicial?**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valin

Aprovado em ____ de _____ de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Valin
Orientador

Prof. Ricardo Silveira Castro
Membro da Banca

Prof^a. Sarah Francieli Mello Weimer
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Rodrigo Valin, pela dedicação para me auxiliar na elaboração deste trabalho e por ser um dos professores mais marcantes na minha trajetória.

Aos meus pais, Tiago e Iná, pelo apoio incondicional e por tornarem possível a realização da minha graduação.

À minha namorada, Victória, por nunca deixar de acreditar na minha capacidade e por ter me ajudado nos momentos de maior necessidade.

Aos amigos que formei durante o curso, por todos os momentos que passamos juntos ao longo dos últimos cinco anos.

Aos meus irmãos, Letícia e Lucas, pela paciência.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo determinar se o Supremo Tribunal Federal cometeu ativismo judicial ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 (ADPF 132) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (ADI 4277). Neste julgamento, atendeu o Tribunal aos pedidos das ações de que fosse conferida interpretação conforme à Constituição ao Art. 1.723, do Código Civil, para determinar o reconhecimento de que as uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo possuem efeitos jurídicos. Para a realização desta pesquisa, foi utilizado o método do estudo de caso, analisando-se o acórdão que decidiu as referidas ações. O trabalho foi sistematizado da seguinte forma: em um primeiro momento, resumiu-se os fundamentos arguidos nos votos de cada ministro; em um segundo momento, abordou-se as manifestações de ativismo judicial, bem como suas principais características; em um terceiro e último momento, verificou-se se havia elementos ativistas na fundamentação do acórdão analisado. Ao fim da investigação, concluiu-se que, embora exista o dever de que se reconheça juridicamente as uniões homoafetivas, visto que entendimento contrário atenta gravemente contra uma série de direitos e princípios fundamentais, o meio adequado para esse reconhecimento não é o instituto da interpretação conforme à Constituição, de modo que o STF agiu de maneira parcialmente ativista – apenas no que se refere à tese vencedora do acórdão.

Palavras-chave: Uniões homoafetivas. Ativismo judicial. Reconhecimento jurídico. APDF 132. ADI 4277. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This monograph aims to determine whether the Supreme Federal Court has committed judicial activism in judging the Allegation of Disobedience of Fundamental Precept No. 132 (ADPF 132) and the Direct Action of Unconstitutionality No. 4277 (ADI 4277). In this judgment, the Court accepted the appeals of both actions and determined the interpretation according to the Constitution of the Article 1.723 of the Civil Code, legally recognizing same-sex unions. For the accomplishment of this research, the method of case study was used, through an analysis of the sentence that decided those actions. The study was systematized in the following way: in a first moment, the reasons defended in the votes of each minister were summarized; in a second moment, the manifestations of judicial activism, as well as its main characteristics, were approached; in a third and final moment, it was verified if there were activist elements in the reasons of the analyzed decision. At the end of the investigation, it was concluded that while there is a duty to legally recognize same-sex unions, since a contrary view seriously undermines several fundamental rights and principles, the proper mode of recognition is not the institute of interpretation according to the Constitution, therefore the Supreme Federal Court acted in a partially activist way - only regarding the winning thesis of the verdict.

Key-words: Same-sex unions. Judicial activism. Legal recognition. APDF 132. ADI 4277. Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O JULGAMENTO DA ADPF 132	11
1.1 O AJUIZAMENTO E RECEBIMENTO DA ADPF 132 E DA ADI 4277	11
1.2 A FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO.....	13
1.2.1 Direitos Fundamentais e Princípios Constitucionais.....	14
1.2.2 O Instituto da Família na Constituição Federal e a Interpretação do Art. 1.723 do Código Civil	18
1.2.3 As Técnicas Interpretativas Empregadas	36
1.2.4 A Decisão Final.....	41
2 O ATIVISMO JUDICIAL E A ADPF 132.....	42
2.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	42
2.2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.....	44
2.3 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA	48
2.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	52
2.5 O ATIVISMO JUDICIAL.....	56
2.6 O ATIVISMO JUDICIAL NA ADPF 132 / ADI 4277.....	61
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o campo da jurisdição constitucional no direito brasileiro vem passando por significativas mudanças. Após o término do período ditatorial, atingiu-se o ponto máximo da redemocratização do país com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Esse documento jurídico, de evidente caráter analítico, foi responsável por uma larga expansão da matéria constitucional, num processo denominado como “constitucionalização do direito”. Destacou-se a nova Carta Magna, sobretudo, pela ampla conferência e reconhecimento de direitos fundamentais à população, bem como a fixação de diversos deveres estatais, muitos dos quais se traduziram em princípios que orientam e vinculam a atuação de todos os poderes do Estado brasileiro.

Ainda no que tange às inovações da Constituição Federal de 1988, bem como de modificações introduzidas nessa nos anos subsequentes, mediante a instituição de Emendas Constitucionais, verificou-se o alargamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, sendo projetadas novas espécies de ações constitucionais, como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Paralelamente a este quadro de modificações, verificou-se no âmbito do Poder Judiciário, desde o ano de 1988 até os dias atuais, um vertiginoso crescimento na propositura de ações versando sobre elementos que ultrapassam os horizontes da matéria jurídica, exigindo posicionamentos políticos das cortes jurisdicionais, especialmente no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal. Em resposta a essa situação, os tribunais, que em sua maioria costumavam adotar uma postura de autocontenção, não conhecendo de ações cujo pronunciamento envolvesse interferências na competência dos demais poderes estatais, em especial no que se refere ao Poder Legislativo, progressivamente adotaram um papel expansivo. A essa postura, atribui-se um nome: ativismo judicial.

Os tribunais, gradualmente, passaram a ocupar os holofotes no debate político, ensejando uma conjuntura na qual quase qualquer questão moral ou política pode ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, o qual passa a deter a

palavra final em tais controvérsias¹. Neste cenário, têm ganhado destaque aqueles que levantam voz a respeito de uma atitude ilegítima e antidemocrática do Poder Judiciário, que estaria se apoderando de espaços sobre os quais não deveria ter ingerência. Revela-se em jogo, na realidade, a própria legitimidade das instituições do Estado brasileiro, tendo em vista o alto grau de instabilidade presente na situação.

No contexto descrito, situa-se o julgamento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, ações nas quais postulou-se que fosse reconhecido juridicamente o instituto das uniões entre pessoas do mesmo sexo, de modo semelhante à união estável heterossexual. Tratando de uma matéria tão controversa e de ampla repercussão social, o referido julgamento, embora finalizado no ano de 2011, continua sendo alvo de diversos debates e polêmicas doutrinárias, em especial no que diz respeito ao suposto caráter ativista manifestado na decisão. O problema de pesquisa deste trabalho, tendo isso em vista, é formular uma resposta à seguinte pergunta: ao reconhecer a validade jurídica das uniões homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro, no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, cometeu o Supremo Tribunal Federal ativismo judicial?

Estando-se diante de um caso paradigmático para o estudo das manifestações ativistas nos tribunais brasileiros, solucionar o problema apresentado permite a obtenção de elementos concretos para que se verifique se, de fato, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, vem praticando ativismo judicial em seus julgamentos. A resposta ao problema de pesquisa, assim, é fundamental para que se conclua ou pela necessidade de frear possíveis impulsos ativistas dos tribunais pátrios, devendo, assim, serem reforçados os limites que balizam a estrita separação dos poderes estatais, ou pelo reconhecimento de que as cortes judiciais estão agindo dentro dos marcos estabelecidos pela Constituição Federal, não sendo necessária, nesse caso, a imposição de maiores censuras à sua atuação.

O método adotado para esta monografia será o de estudo de caso, funcionando através de uma descrição da decisão estudada e uma posterior

¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p.4. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

análise qualitativa a seu respeito, realizada sob a ótica do problema de pesquisa escolhido, ou seja, a existência ou não de ativismo judicial. Para tanto, será adotada a seguinte sistemática: no Capítulo 1, ocupar-se-á do relato do julgamento das ações, salientando-se os principais argumentos e fundamentos arguidos pelos ministros ao longo de seus votos; no Capítulo 2, por sua vez, contextualizar-se-á a problemática envolvendo o ativismo judicial, realizando-se esforços para a delimitação deste fenômeno e a identificação de critérios para sua aferição. Ato contínuo, aplicar-se-ão os elementos descritos ao teor da decisão analisada, intentando-se responder de forma definitiva se houve ativismo judicial na decisão que julgou a ADPF 132 e a ADI 4277, entendimento que será manifestado na Conclusão desta monografia.

1 O JULGAMENTO DA ADPF 132

1.1 O AJUIZAMENTO E RECEBIMENTO DA ADPF 132 E DA ADI 4277

O Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132), com a finalidade de coibir decisões judiciais que, ao aplicarem as normas do Art. 19, II e V², e do Art. 33, I a IX³, do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), estariam descumprindo preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (igualdade, liberdade, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana), pois incidiriam na redução de direitos dos homossexuais⁴.

Alegou que o referido descumprimento teria origem na interpretação restritiva conferida às aludidas normas, pois, o conceito de “família”, presente no texto legal, estaria sendo concebido de forma a abarcar apenas uniões heterossexuais, negando, de tal modo, direitos aos casais homoafetivos.

Tendo estes elementos em vista, pleiteou o autor, mediante o uso de integração normativa e analogia, a equiparação das uniões estáveis

² “Art. 19 - Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;
V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular”.

RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975. **ALERJ**. Disponível em:

<
<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>> Acesso em 27 nov. 2017.

³ “Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente vivam a suas expensas.” *Ibidem*.

⁴ Tendo em vista que tais dispositivas tratam de direitos de natureza previdenciária.

homoafetivas às heteroafetivas, devendo ser conferido àquelas o status de entidades familiares⁵, em conformidade com o Art. 1.723 do Código Civil⁶.

Subsidiariamente, pugnou o demandante pelo recebimento da ADPF 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)⁷, visando à realização de interpretação conforme à Constituição dos referidos Arts. 19, I e V, e 33, I a IX, do Decreto-lei nº 220/75, bem como do Art. 1.723 do Código Civil, resultando na não-proibição da extensão do regime jurídico das uniões estáveis aos casais homoafetivos.

No que diz respeito ao pedido de equiparação de parceiros homoafetivos aos de uniões estáveis heterossexuais para o gozo de benefícios previdenciários, entendeu o Relator, Ministro Ayres Britto, pela perda do objeto da ADPF 132, sob a alegação de que a própria legislação do Estado do Rio de Janeiro já reconheceria esse direito⁸.

Paralelamente ao ajuizamento da ADPF 132, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República outra Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 178),⁹ postulando o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo sexo, cuja obrigatoriedade seria extraída de uma

⁵ Igualmente, foi pleiteada, em caráter liminar, a validade das decisões administrativas do Estado do Rio de Janeiro que reconheceram este status às uniões estáveis homoafetivas; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁶ “Art. 1.723. 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”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 12-13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁸ A Lei Estadual 5.034/2007, em seu Art. 1º deu a seguinte redação ao §7º do Art. 29 da Lei nº 285: “Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.”. RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975. **ALERJ**. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>> Acesso em 27 nov. 2017.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

série de princípios constitucionais¹⁰. O Ministro Gilmar Mendes, no papel de Presidente do Supremo Tribunal Federal, entendeu pela indeterminação do objeto da ADPF, recebendo-a como Ação Direta de Inconstitucionalidade, em virtude de a ação versar sobre interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723¹¹ do Código Civil, assim como a ADPF 132. Ato contínuo, foi a ADPF 178 autuada, desde então, como ADI 4277, sendo redistribuída ao Ministro Ayres Britto.

Distribuídas a ADPF 132 e a ADI 4277 ao Ministro Ayres Britto, constatando este a convergência dos objetos de ambas as ações, entendeu por subsumir ao regime mais amplo da ADI os pedidos da ADPF 132¹², sublinhando que esta ação continha como pedido subsidiário seu recebimento como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Por conseguinte, determinou o Relator o recebimento e julgamento em conjunto de ambas as ações¹³.

Ademais, entendeu o Relator pela legitimidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro para a propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade, reconhecendo a pertinência temática da parte autora para pleitear a efetivação de direitos de seus servidores¹⁴.

1.2 A FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO

Neste subcapítulo serão abordadas as razões de decidir utilizadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132. Para tanto, realizar-se-á uma explicitação dos fundamentos da decisão mediante sua classificação em tópicos gerais: em primeiro lugar, focar-se-á nos argumentos relacionados aos direitos fundamentais e os princípios oriundos da Constituição Federal de 1988; em segundo lugar, nas considerações dos Ministros a respeito do tratamento dado à família na CF, bem como as implicações deste instituto na interpretação do Art. 1.723 do Código Civil; em terceiro e último

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 16-17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹¹ *Ibidem*, p. 17.

¹² *Ibidem*, p. 19.

¹³ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

lugar, nas técnicas interpretativas utilizadas pelos Ministros para decidirem a respeito dos pedidos veiculados na ADPF 132. Posteriormente, no Capítulo 2, a argumentação apresentada no presente subcapítulo será objeto de uma análise crítica, da qual, ao fim, poderá ser extraída a resposta definitiva ao problema de pesquisa do presente trabalho.

1.2.1 Direitos Fundamentais e Princípios Constitucionais

O primeiro argumento arguido pelos Ministros no julgamento da ADPF a ser tratado neste tópico diz respeito à tutela dos direitos fundamentais dos componentes de casais homossexuais sob a ótica da Constituição Federal e de seus respectivos princípios.

O Relator, Ministro Ayres Britto, iniciou seu voto invocando a proibição de preconceito e discriminação por sexo, contida no Art. 3º, IV, da Constituição Federal, argumentando que, além do dispositivo estabelecer a isonomia entre homens e mulheres, também institui a isonomia entre os sujeitos heterossexuais e homossexuais. Tais distinções por motivos de sexo, segundo o Ministro Luiz Fux, violam o *caput* do Art. 5º da CF¹⁵. Não haveria, ademais, qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas, tendo em vista a reserva de lei estabelecida no inciso II do Art. 5º da CF, assim como a ausência de norma que estabeleça vedação às aludidas uniões.

A preferência sexual e a liberdade para dispor da própria sexualidade, destacou o Min. Ayres Britto, são direitos fundamentais dos indivíduos, expressando sua autonomia da vontade, emanando diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e sendo alçados à condição de cláusulas pétreas. Igualmente, argumentou o Relator, orientação sexual possuiria relação com os direitos fundamentais de inviolabilidade da intimidade e de privacidade perante o Estado e a sociedade, tratando-se, assim, de garantia de natureza potestativa.

¹⁵ “Art. 5º: 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, nos termos seguintes (...)”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Entretanto, pontuou o Ministro Luiz Fux, os direitos fundamentais dos indivíduos não seriam apenas de natureza subjetiva, ou seja, que exigem abstenções do Estado, pois, possuiriam também uma dimensão objetiva, exigindo prestações positivas do Estado para sua proteção efetiva¹⁶. A proteção destes direitos prestacionais, destacou o Ministro, deve ocorrer por meio da atividade jurisdicional, na qualidade de função primordial do Estado¹⁷; este seria o caso, completou, do ajuizamento das ações em análise (ADI 4277 e a ADPF 132), nas quais se postulou, mediante o uso de controle abstrato de constitucionalidade, uma declaração do Judiciário com efeitos *erga omnes* para fazer cessar a violação de direitos fundamentais de um grupo de indivíduos.

De forma breve, invocou o Min. Fux diversos princípios: o princípio da isonomia, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio do reconhecimento¹⁸, diretamente relacionado à atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal¹⁹. Também fizeram menção ao papel contramajoritário da Corte Constitucional os Ministros Marco Aurélio²⁰ e Celso de Mello²¹.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 148 e 149, “Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado [...] obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais”, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 55. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 57. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹⁸ Segundo o Ministro Celso de Mello: “o Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã, exatamente, de propiciar-lhes jurisdição na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas nas suas pretensões, em caso, a pretensão da equiparação da união homoafetiva à união estável”. *Ibidem*, p.82.

¹⁹ *Ibidem*, p. 61.

²⁰ *Ibidem*, p. 213.

²¹ Segundo o Ministro Celso de Mello, se faz necessária a atuação contramajoritária do STF para garantir reconhecimento jurídico às uniões estáveis homossexuais, tendo em vista a resistência do Legislativo em regular tal matéria. *Ibidem*, p. 239.

Em sentido semelhante, arguiu a Ministra Carmen Lúcia que o STF possui como função precípua a defesa e garantia de direitos constitucionais²², devendo a Constituição ser interpretada “como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios”²³. A Ministra, ademais, invocou o princípio da igualdade, discorrendo sobre a necessidade de respeito às esferas de individualidade e intimidade das pessoas que dele decorreria; nestas esferas, completou, encontrar-se-ia a liberdade de escolhas dos indivíduos sobre o modo de conduzir sua vida afetiva, a qual não poderia, de forma alguma, ser utilizada como motivo para discriminações²⁴.

No entender do Ministro Fux, o silêncio legislativo a respeito das uniões estáveis homoafetivas conferiria a essas um caráter de clandestinidade e de rejeição²⁵, visto que não se estaria permitindo aos homossexuais a possibilidade de concretizar seus projetos de vida familiar que se coadunem com os elementos fundamentais de suas personalidades²⁶. Assim, para o Ministro, seria necessário o implemento de uma política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos²⁷, retirando esses da clandestinidade e lhes permitindo que planejassem suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, de forma que possuíssem garantias de certeza e previsibilidade.

Conforme o Ministro Joaquim Barbosa, em que pese o fato da Constituição Federal não aludir explicitamente aos direitos oriundos das uniões homoafetivas, esses encontrariam fundamento nos princípios e dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção de direitos fundamentais, que se irradiam sobre as relações de natureza privada. Posição semelhante foi a do Ministro Marco Aurélio, que discorreu a respeito da eficácia positiva dos

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 90. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

²³ *Ibidem*, p. 91-92.

²⁴ Neste sentido, transcreve-se palavras da Ministra Carmen Lúcia: “Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social”. *Ibidem*, p. 96.

²⁵ *Ibidem*, p. 69 –70.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 70.

princípios²⁸, argumentando que a obrigação de reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas seria extraída do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para o Ministro Gilmar Mendes, embora não existam normas no ordenamento jurídico brasileiro que reconheçam direitos decorrentes de uniões homoafetivas, esses deveriam ser reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência do dever da Corte de proteger os direitos fundamentais de minorias, que neste caso é formada pelas pessoas homossexuais. Não obstante, destacou a necessidade de que a Corte fosse clara ao proferir sua decisão, evitando que futuramente viesse a interpretar o texto constitucional em sentido diverso e acabasse deslegitimando sua própria atuação no julgamento relatado.

Segundo o Ministro Celso de Mello, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas ensejaria a realização do direito à busca da felicidade, postulado constitucional decorrente do princípio da dignidade humana²⁹. Manifestou seu entendimento de que o STF possuiria legitimidade jurídico-constitucional para conferir direitos aos membros de uniões estáveis homoafetivas, uma vez que o Poder Público, em atuação contrária à Constituição Federal, se mostrou inerte em fazê-lo.

Para o Ministro Cezar Peluso, os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, e não-discriminação ensejariam a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, em que pese a falta de previsão normativa a este respeito.

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**, 2010. apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 214. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 250-254. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

1.2.2 O Instituto da Família na Constituição Federal e a Interpretação do Art. 1.723 do Código Civil

Prosseguindo, deve-se abordar os argumentos dos Ministros acerca do tratamento dado pela Constituição Federal ao instituto da família, em especial no que se refere ao seu Art. 226. Igualmente, tratar-se-á das implicações do instituto na compreensão do Art. 1.723 do Código Civil, ao qual, lembre-se, se postulou que fosse dada interpretação conforme à Constituição, com a finalidade de reconhecer juridicamente as uniões homoafetivas.

O Ministro Ayres Britto, Relator, votou por conferir a requerida interpretação conforme, de forma a excluir qualquer entendimento a respeito do Art. 1.723 que impeça o reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares, as quais deveriam ser regidas pelas mesmas regras da união estável heteroafetiva.

Inicialmente, discorreu o Ministro a respeito da ausência de proibição legal a respeito da formação de uniões homoafetivas. Ao seu ver, não estando as uniões homoafetivas explicitamente proibidas pela Constituição Federal, haveria fundamentos suficientes para seu reconhecimento jurídico, visto que, conforme os dizeres da já aludida norma do inciso II do Art. 5º, da CF, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”³⁰. Feita essa consideração, realizou o Relator uma análise mais profunda acerca da natureza atribuída pela Constituição Federal à família, bem como das implicações deste instituto na interpretação do Art. 1.723 do Código Civil.

Para o Ministro, conforme o disposto no Art. 226, *caput*, da CF, a família seria a base da sociedade, possuindo proteção especial do Estado. O conceito de família, prosseguiu, estaria contido no sentido coloquial da palavra, significando núcleo doméstico, independentemente de esse ser composto por

³⁰ Segundo o Ministro, o silêncio da Constituição Federal em relação às maneiras de manifestação da sexualidade é intencional, utilizando-se, por conseguinte, a “norma geral negativa kelseniana” de que “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

casais heterossexuais ou homoafetivos³¹. Igualmente, pontuou o Ministro, em diversas outras normas constitucionais³² nas quais se faz menção à família:

[...] a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.³³

A família, desta forma, seria uma complexa instituição social em sentido subjetivo, devendo, assim, receber ampla conceituação jurídica e extensa rede de proteção³⁴. Ademais, sendo a família um espaço ideal de relações duradouras, afetivas e solidárias, se credenciaria como a base da sociedade, pois, entende o Ministro, deseja-se que a própria sociedade também seja constituída de relações dessa natureza. Desta maneira, o núcleo doméstico familiar cumpriria funções jurídicas de alto relevo individual e coletivo³⁵, as quais justificam a proteção estatal conferida pela Constituição. Tais seriam os contornos para a família enquanto “base da sociedade”, constante do Art. 226, *caput*, da CF, devendo servir de norte para a interpretação dos demais dispositivos que tratam de relações familiares³⁶ (sobre casamento civil, união estável, planejamento familiar, adoção, etc.).

Tendo em vista essas considerações, passou o Ministro Ayres Britto à análise da norma do § 3º do aludido Art. 226 da CF³⁷. Embora o dispositivo se refira a “entidade familiar”, essa terminologia não diferiria da expressão “família”, inexistindo qualquer hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre os termos, porquanto ambos possuiriam o mesmo objetivo: a constituição

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 37. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

³² São elas: Art. 7º, IV; Art. 5º, XII, XXVI, LXII e LXIII; Art. 191, IV; Art. 201, §12º; Art. 203; Art. 205 e Art. 221, IV. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ibidem*, p.38.

³³ *Ibidem*, p.38.

³⁴ *Ibidem*, p.38-39.

³⁵ *Ibidem*, p.40.

³⁶ *Ibidem*, p.40.

³⁷ “Art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

de um novo núcleo doméstico³⁸. Ao atribuir à união estável “entre homem e mulher” a categoria de “entidade familiar”, desta forma, o referido §3º apenas reconheceria essa união como uma das formas de formação de família. Sendo o termo “família” empregado pela Constituição Federal de forma coloquial e não-ortodoxa³⁹, pouco importaria se a família fosse formada por sujeitos heterossexuais ou por sujeitos homoafetivos, contanto que estivesse presente um núcleo familiar de caráter afetivo, caso em que receberia proteção do Estado.

Presentes estes requisitos⁴⁰, pois, não existiriam óbices para que a união estável homoafetiva fosse reconhecida como família, e, logo, como uma entidade familiar. Significa dizer que, a despeito da redação do §3º do Art. 226, da CF, reproduzida pelo Art. 1.723 do Código Civil, ao qual se pediu que fosse dada interpretação conforme, se referir às uniões estáveis formadas entre “homem e mulher”, não se poderia excluir da incidência dessas normas as uniões formadas por parceiros homoafetivos. Pelos motivos referidos, qualquer juízo que diferencie o tratamento jurídico dado às uniões homoafetivas das heteroafetivas não seria compatível com a Constituição Federal. Ainda, tais entendimentos, observou o Min. Ayres Britto, implicariam a adoção de discursos preconceituosos e homofóbicos pelo texto constitucional⁴¹.

Em suma, compreendendo pela inexistência de incompatibilidades entre a formação de uniões estáveis homoafetivas e as normas e princípios constitucionais, votou o Ministro Ayres Britto pela procedência dos pedidos da ADPF 132 / ADI 4277, dando interpretação conforme à Constituição ao Art. 1.723 do Código Civil, nos seguintes termos:

³⁸ A este respeito, elucida o Ministro: “Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos**” - grifos do Autor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 46-47. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

³⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁰ Além dos requisitos para constituição de união estável estabelecidos pelo Art. 1.723 do Código Civil.

⁴¹ *Ibidem*, p. 42.

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”.⁴²

Ademais, declarou o Relator, as uniões estáveis entre casais homoafetivos devem seguir as mesmas regras e as mesmas consequências das uniões estáveis entre casais heteroafetivos⁴³.

O Ministro Luiz Fux estabeleceu cinco premissas para a devida apreciação da causa. Dentre essas premissas, destacam-se duas⁴⁴: (i) a premissa de que a homossexualidade é um fato da vida e a (iv) a premissa de que os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradoras de afeto e assistência recíprocos. Não haveria dúvidas, por conseguinte, de que as uniões homoafetivas são existentes e geram efeitos jurídicos; permaneceria, entretanto, a indagação a respeito do modo constitucionalmente adequado para o tratamento dessas uniões. Nesse sentido é que postulou o autor a extensão do gênero de “entidade familiar”, atribuído às uniões heterossexuais, às uniões homoafetivas.

Feitas essas observações, passou o Ministro à análise do instituto da família. Inicialmente, destacou que a família se trataria de uma garantia institucional, tendo em vista os ditames do já abordado Art. 226, da CF, a respeito da família enquanto da base da sociedade e de sua proteção constitucional. Com a Constituição Federal de 1988, a proteção constitucional da família teria deixado de ter como objetivo a preservação do tradicional modelo familiar bilateral⁴⁵, composta pelo casamento civil, visando, em seu lugar, à concessão de tutela funcionalizada à dignidade dos membros

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 49. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Segundo o Ministro Luiz Fux, são as três premissas restantes: (ii) homossexualidade é uma orientação, não opção; (iii) a homossexualidade não é uma ideologia, nem uma crença; (v) não há inconstitucionalidades ou ilegalidades no estabelecimento de uniões estáveis homoafetivas, porquanto não há no ordenamento jurídico brasileiro vedações à sua formação. *Ibidem*, p. 49-50.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 63.

familiares⁴⁶. A família, deste modo, estaria consagrada como garantia instrumental⁴⁷ com o objetivo de funcionalizar a proteção da dignidade e a garantia de livre exercício de direitos fundamentais dos membros familiares.

Estando a família, no sistema constitucional brasileiro, intrinsecamente associada à proteção e promoção de direitos fundamentais, portanto, não seria um instituto compatível com quaisquer interpretações que importem em limitações de direitos. Deste modo, não se admitiria no ordenamento jurídico brasileiro a compreensão de que a união estável, na condição de “entidade familiar”⁴⁸, só possa ser composta por heterossexuais, uma vez que este entendimento violaria direitos fundamentais das pessoas homossexuais⁴⁹.

Conforme o Ministro, para que seja composta uma família, bastaria a presença de três elementos⁵⁰: (i) o amor familiar, ou seja, as relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes da família, (ii) a comunhão, ou seja, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum por parte dos familiares e, por fim, (iii) a identidade, ou seja, existência de um vínculo inquebrável que une os familiares e que identifica uns perante os outros. Deste modo, as uniões homoafetivas mereceriam a mesma proteção do estado conferida às uniões heteroafetivas, contanto que estivessem presentes esses três requisitos.

Quanto ao pedido de extensão de benefícios previdenciários aos parceiros homoafetivos, mencionou o Min. Fux algumas decisões⁵¹ proferidas

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 397-398, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 62-63. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁴⁷ *Ibidem*, p.62.

⁴⁸ Conforme expressa previsão do Art. 226, §3º, da CF.

⁴⁹ Acrescenta o Min. Fux, ainda, que: “*ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais.*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 66. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁵⁰ Presentes estes três requisitos, dita o Ministro: “tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.”. *Ibidem*, p. 64.

⁵¹ A título de exemplo, destaca o Ministro: “A ação Civil Pública nº 200.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na seção judiciária do Rio Grande do Sul, ocasionou a edição da Portaria INSS/DC nº 25, de

na última década que já reconhecem estes direitos. Igualmente, referiu-se a regramentos e pareceres que expressam entendimento semelhante⁵². Em virtude desse gradual reconhecimento de direitos aos parceiros homoafetivos, indicou o Ministro que a acolhida dos pedidos da ADPF não constituiria “um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões”⁵³.

O Art. 1.723 do Código Civil⁵⁴, asseverou, deve ser interpretado em conformidade com o momento histórico presente e o atual estágio da sociedade, tendo em vista que as mudanças das relações concretas provocam mudanças na interpretação da Constituição – e, conseqüentemente, na interpretação das demais normas. A realidade fática, portanto, deve determinar o enquadramento jurídico das uniões estáveis homoafetivas na moldura jurídica estabelecida para as uniões estáveis heterossexuais⁵⁵, impondo-se a superação de qualquer distinção entre ambas. A este respeito, é da lição de Konrad Hesse que:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual.

07.06.2000, estendendo aos parceiros homoafetivos os benefícios da pensão por morte e do auxílio-reclusão”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 72. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁵² Como exemplo, refere-se o Ministro à Portaria MPS nº 513, editada pelo Ministério da Previdência Social em 9 de dezembro de 2010, que prevê em seu Art. 1º que: “Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 72. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁵³ *Ibidem*, p. 73.

⁵⁴ E, conseqüentemente, devem os arts. 19, II e V, e o arts. 33, incisos I a X e parágrafo único, do Decreto-lei n.º 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, referidos no pedido da ADPF, ser interpretados de mesmo modo.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 73. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa [...] ⁵⁶, – meus grifos.

Analisando novamente o Art. 266, §3º, da Constituição Federal, destacou o Ministro Fux que a previsão literal “homem e mulher”, não obstaría a formação de uniões estáveis entre casais homoafetivos; tal norma, pontuou, teria sido inserida no texto constitucional apenas com a finalidade de retirar as uniões estáveis de um contexto de marginalização, concedendo a elas o status de entidade familiar. A concepção do instituto da união estável pelo legislador constitucional, portanto, não teria se dado com finalidade de excluir as uniões entre homoafetivos. Nesse raciocínio, conclui o Ministro que:

Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil. ⁵⁷

Uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas como uniões estáveis, passariam essas a ser reguladas pelo Art. 1.723 do Código Civil. Assim, aplicar-se-iam às uniões homoafetivas não só os benefícios constitucionais e legais da condição de união estável, mas também seus respectivos ônus. Significa dizer que também para as uniões homoafetivas vigorariam os requisitos de convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar ⁵⁸, já exigidos das uniões estáveis heterossexuais. Quanto ao requisito da publicidade, embora seja relevante, reconheceu o Ministro Fux, deveria ser exigido com algum temperamento ⁵⁹,

⁵⁶ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre, 1991, p. 22-23, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 73. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 74. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁵⁸ Esses requisitos estão previstos no Art. 1.723 do Código Civil.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres

visto que, devido ao preconceito e a intolerância contra os indivíduos homossexuais, ainda presentes na sociedade atual, é compreensível que os parceiros homoafetivos eventualmente prefiram manter seu relacionamento em segredo.

Votou o Ministro Luiz Fux, pois, pela procedência dos pedidos da ADPF nº 132 e a ADI nº 4277, para que se realizasse a pleiteada interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723 do Código Civil, de forma que a proteção da união estável passasse a incidir não apenas sobre as uniões entre pessoas de sexos diferentes, mas também sobre as uniões de pessoas de mesmo sexo.

No entendimento da Ministra Carmen Lúcia, na medida em que a norma do Art. 1.723 do Código Civil é uma repetição da norma do Art. 226, §3º, da Constituição Federal, é a norma constitucional que primeiramente deveria ser interpretada, para que, então, se tenha uma conclusão a respeito da aplicabilidade da norma infraconstitucional. Sendo a Constituição um sistema harmônico de normas, apontou a Julgadora, sua interpretação teria como finalidade a concretização dos valores nela consubstanciados mediante princípios⁶⁰.

Citando José Afonso da Silva⁶¹, consignou a Ministra que a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição, valendo-se o intérprete, neste fim, dos elementos históricos, gramaticais, e espirituais de seu texto. Se debruçando sobre o §3º, declarou a Ministra Carmen Lúcia que, diferentemente do alegado pelo Ministro Ayres Britto, a menção à “mulher” na aludida norma não teria como finalidade significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante da mulher⁶², pois, as discussões travadas durante a Assembleia Constituinte não demonstram essa intenção. De igual sorte, divergiu a Ministra do Relator no que diz respeito à alegada igualdade de sentido entre as normas do inciso I do

Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 74. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 91-92. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 92-93.

Art. 5º e a do §3º do Art. 226, ambos da CF. A referência a “homem e mulher” na última, por conseguinte, não visaria a fim diverso do que instituir um modelo de união estável como unidade familiar, conferindo direitos aos seus membros.

Todavia, conforme a já apontada lição de José Afonso da Silva, a interpretação não poderia ser isolada do contexto e do espírito que cercam a norma a ser interpretada; a interpretação, dessa forma, seria uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além do seu conteúdo material⁶³.

Pelas razões apontadas, embora o Art. 226, §3º, seja taxativo ao dispor sobre “união estável entre o homem e a mulher”, não seria possível interpretar o dispositivo como proibitivo de uniões estáveis entre sujeitos homoafetivos, visto que, tal entendimento não seria compatível com o espírito da Constituição Federal de 1988, marcada pela tolerância, a convivência harmônica e o integral respeito às livres escolhas das pessoas⁶⁴, valores normativos que se irradiariam por todo o ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, votou a Ministra Carmen Lúcia pela procedência da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, a Constituição estabeleceu pelo menos três tipos de famílias: as famílias constituídas mediante casamento, as constituídas mediante união estável e a família monoparental. A união entre pessoas do mesmo sexo, entendeu o Ministro, não se enquadraria em nenhuma dessas espécies, nem mesmo na união estável, porquanto a taxatividade do §3º do Art. 226, da CF, em dispor que tal união é formada por “homem e mulher” afastaria tal possibilidade. Ademais, aludiu o Julgador ao debate travado na própria Assembleia Constituinte⁶⁵ a respeito da referida norma, indicando que houve intenção dos constituintes de não abarcar a união homoafetiva como união estável.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 95. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 92.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 104-105.

Na visão do Ministro, não haveria viabilidade para que se entenda por uma mutação constitucional do dispositivo, e, tampouco, para que se realize uma interpretação extensiva deste, tendo em vista:

[...] os limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional”⁶⁶.

Ademais, a despeito do reconhecimento de que os intérpretes possuem relativo grau de criatividade, em especial quando defronte de lacunas normativas, não poderia o uso de tais práticas interpretativas superar os limites objetivos do direito positivo. Neste sentido, afirmou que os limites do referido §3º são estabelecidos pela menção expressa à “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, sendo inviável, assim, o entendimento de que a norma contemplaria as uniões entre homossexuais.

Porém, ainda que as uniões homoafetivas não se enquadrem no conceito de união estável, seriam um elemento da realidade fática, ostentando o caráter da publicidade e não sendo objeto de qualquer vedação constitucional. Por estes motivos e, objetivando a concretização dos valores expressos nos princípios constitucionais e a garantia dos direitos fundamentais, em especial os de igualdade, liberdade e dignidade, impor-se-ia o reconhecimento das uniões homoafetivas como uma quarta espécie de entidade familiar, deduzida de uma leitura sistemática do texto constitucional⁶⁷, ainda que não expressamente prevista neste⁶⁸. Outrossim, assinala o Julgador que, embora se trate de uma entidade familiar diversa da união estável, a união homoafetiva partilharia com esta o requisito essencial de expressar um vínculo

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 105. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 106.

⁶⁸ Os tipos de entidades familiares estão dispostos ao longo dos parágrafos do Art. 226, da CF: casamento (§§ 1º e 2º), união estável (§3º) e família monoparental (§4º).

afetivo marcado pela convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família⁶⁹.

Não havendo determinação legal expressa a respeito dessa nova entidade familiar haveria uma **lacuna normativa**, a qual, conforme o entendimento do Ministro Lewandowski, deve ser colmatada com o uso do instituto da **integração analógica**. Quanto ao uso de integração, trouxe o Ministro os ensinamentos de José Canotilho:

A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu *ratio*). (...) Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo); (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de 'decisão' (legislativa, governamental ou jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.⁷⁰

Segundo o doutrinador, assim, a integração permite que a disciplina jurídica a respeito de uma situação, ainda que ausente no complexo normativo-constitucional, possa ser deduzida a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional⁷¹.

Assim sendo, o âmbito normativo da situação concreta seria fixado no Art. 226, da CF, em virtude de esta ser a norma constitucional que aponta os tipos entidades familiares expressos ao longo de seus parágrafos (dentre as quais, relembre-se, está ausente a união homoafetiva). Dessa maneira, para que se reconheça a existência de uma lacuna jurídica na disciplina das espécies de famílias e essa seja colmatada mediante o uso da integração deve-se verificar se o rol de entidades familiares disposto nos parágrafos do referido Art. 226 possui natureza exemplificativa ou taxativa.

⁶⁹ Art. 1.723, caput. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1234-1235, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 107-108. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁷¹ *Ibidem*.

Neste mister, entendeu o Ministro Lewandowski que o Art. 226 não teria caráter de *numerus clausus*, sendo seu rol meramente exemplificativo, tendo em vista a natureza aberta das normas constitucionais⁷² e a indeterminação do conceito de família⁷³, utilizado pelo dispositivo de forma ampla, dando margem à existência de tipos implícitos não contemplados no texto legal. Em virtude desses elementos, bem como do processo evolutivo do instituto da família no direito brasileiro, deveria a lacuna presente no Art. 226 ser preenchida com o instrumento da integração.

Não se trata, esclareceu o Ministro Lewandowski, de substituir a vontade do constituinte, mas apenas suprir a existência de um vácuo normativo, regendo-se uma realidade social superveniente à essa vontade⁷⁴; todavia, ressaltou o Julgador, que tal solução deve ter caráter provisório, “ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo”⁷⁵. Ademais, acrescentou o Ministro que:

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas **uma “união homoafetiva estável”**, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.⁷⁶ - meus grifos.

⁷² LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. In: Frederico Henrique Viegas de Lima. (Org.). Direito Civil Contemporâneo. 1ª ed. Brasília: Gran Cursos/Encanto das Letras, 2009, p. 355-361 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 108-109. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas> apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 109. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 111. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 112.

Por essas razões, defendeu o Ministro que, enquanto não sobrevierem alterações legislativas que determinem regras próprias da união homoafetiva, devem ser aplicadas a essa nova espécie de entidade familiar, por analogia, as regras do instituto mais próximo, ou seja, da união estável heterossexual⁷⁷.

Nestes termos, portanto, votou o Ministro Ricardo Lewandowski pela procedência da ADPF nº 132 e a ADI nº 4277, reconhecendo as uniões homoafetivas como uma nova espécie de entidade familiar.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, o § 3º do Art. 226 não seria o fundamento para o reconhecimento das uniões homoafetivas, pois tal norma, em suas palavras:

[...] representa o coroamento de um processo histórico surgido na jurisprudência cível e que objetivava a inclusão social e a superação do preconceito existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento.⁷⁸

Todavia, argumentou o Ministro, as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas juridicamente, à luz dos princípios constitucionais⁷⁹, em especial os da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação, e dos direitos fundamentais. Assim, entendeu pela procedência das ações, acompanhando o voto do Relator.

Quanto ao Ministro Gilmar Mendes, iniciou seu voto discorrendo a respeito da possível aplicação do instituto da interpretação conforme ao Art. 1.723 do Código Civil, utilizando, a este respeito, ensinamentos de Lenio

⁷⁷ Contudo, observou o Min. Lewandowski a existência de limitações para o uso de tal analogia: “[...] mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta *máxima ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico idem jus, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 112. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁷⁸ Tepedino, Gustavo apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 119. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 119-120. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

Streck⁸⁰. Em suma, sustenta o doutrinador que a via da interpretação conforme não pode ser utilizada para substituir o texto constitucional, pois, neste caso, o Poder Judiciário estaria exercendo o papel do Poder Legislativo. Portanto, somente ao Poder Legislativo competiria a regulamentação dos direitos de parceiros homoafetivos, de forma que, enquanto não sobrevierem alterações legislativas, as questões envolvendo uniões homoafetivas não poderiam ser resolvidas no âmbito do direito de família, mas apenas no âmbito do direito das obrigações e do direito sucessório⁸¹.

Ademais, destacou o Ministro que, tratando-se o Art. 1.723 do Código Civil de uma reprodução do §3º do Art. 226, da CF, não poderia se conceber que fosse interpretado conforme à Constituição. Outrossim, acredita que o referido dispositivo teria como finalidade única disciplinar a união estável formada entre homens e mulheres, não havendo polissemia do texto legal⁸². Não obstante, admitiu o Ministro a possibilidade do uso de tal método interpretativo no caso concreto, em virtude exclusivamente do fato de que o dispositivo estaria sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo⁸³. Sobre esta questão, convém reproduzir seus próprios dizeres:

Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme à Constituição seria a

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 154-158. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229>. Acesso em: 3 de maio de 2011, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 156. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 159. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁸³ *Ibidem*.

invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo. E, de fato, é com base nesse argumento que entendo pertinente o pleito trazido nas ações diretas de inconstitucionalidade.⁸⁴

Portanto, justificadamente, deveria o Supremo Tribunal Federal adotar um papel ativo, para viabilizar o reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo; todavia, ressaltou o Ministro, essa resposta positiva⁸⁵ deveria se dar apenas de maneira provisória, pois, “se espera que o legislador autêntico venha a atuar”⁸⁶ para resolver a questão de forma definitiva. Tal reconhecimento objetivaria, ademais, garantir um modelo institucional que enseje segurança jurídica para os parceiros de uniões homoafetivas⁸⁷. Votou o Ministro Gilmar Mendes, por conseguinte, pela procedência dos pedidos de ambas as ações, ainda que por fundamentos jurídicos diversos dos do Relator.

Para o Ministro Marco Aurélio, a Constituição Federal promoveu uma mudança paradigmática no direito de família⁸⁸, passando a reconhecer espécies plurais de família, diversas do modelo patriarcal atrelado ao casamento e a procriação⁸⁹. Nessa transição, a família teria deixado de ser uma instituição com fins em si mesmo, passando a estar em serviço da dignidade de cada partícipe seu, potencializando sua personalidade⁹⁰. Tendo estes elementos em vista, compreendeu o Ministro pela compatibilidade do reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas com as normas constitucionais, *in verbis*:

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetivas admitida como tal.⁹¹

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 160. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 180.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 208.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 207.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 208.

⁹¹ *Ibidem*.

Igualmente, argumentou o Ministro, não se pode relegar às uniões homoafetivas o tratamento de sociedades de fato, pois, estas possuiriam caráter meramente patrimonial, visando à obtenção de lucro, ao passo que aquelas possuem natureza afetiva e emocional, visando ao compartilhamento da vida.

No que tange à interpretação do Art. 1.723 do Código Civil, aludiu o Ministro aos princípios constitucionais, que, em virtude de poderem ser utilizados como vetores hermenêutico-interpretativos⁹², permitiriam contornar o “óbice gramatical”⁹³ do dispositivo legal. Concluiu, destarte, ser o princípio da dignidade humana fundamento suficiente para que se reconhecesse juridicamente as uniões homoafetivas, não existindo silêncio eloquente do §3º do Art. 226 da Constituição Federal. Por fim, afirmou o Ministro que a literalidade do Art. 1.723 do CC “não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários”⁹⁴, estando aquém dos valores consagrados na CF⁹⁵. Por conseguinte, votou o Ministro Marco Aurélio pela procedência dos pedidos, reconhecendo juridicamente as uniões homoafetivas.

Inicialmente, ponderou o Ministro Celso de Mello em seu voto acerca da existência do dever de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Como fundamento para este raciocínio, se valeu o Julgador do entendimento de Maria Berenice Dias de que o conceito de família “não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher”⁹⁶, devendo também a união entre pessoas do mesmo sexo ligadas por vínculos afetivos ser reconhecida como entidade familiar. De igual sorte, entende a autora que a capacidade de gerar prole também não configura requisito para a

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 214. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 214-215.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça**. 3. ed.: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 71/83 e p. 85/99, 97 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 231. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

existência de família. Deste modo, visualizou o Ministro que, sob a ótica do direito de família, não haveria óbices para que a união entre pessoas do mesmo sexo seja reconhecida como um gênero de união estável, desde que expresse “convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família”⁹⁷.

Assim, as mesmas regras aplicáveis à união estável heterossexual deveriam reger as uniões homoafetivas, pelo menos até que o legislador estabelecesse regulamentações para esta entidade familiar⁹⁸.

Feita a análise dos pedidos pela ótica do direito de família, passou o Ministro Celso de Mello à abordagem do texto legal do §3º do Art. 226 da Constituição Federal. Para o Julgador, o dispositivo não constituiria impeditivo para o reconhecimento das uniões homoafetivas, pois, embora tal norma reconheça expressamente a união estável entre homem e mulher, nada declara a respeito das uniões entre pessoas do mesmo sexo⁹⁹. Neste sentido, seria o dispositivo, na realidade, uma norma de inclusão, instituída com a finalidade de superar a discriminação historicamente sofrida pelos componentes de uniões não matrimonializadas¹⁰⁰, motivo pelo qual não poderia

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça**. 3. ed.: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 71/83 e p. 85/99, 97, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 231-232. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça**. 3. ed.: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 71/83 e p. 85/99, 97, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 231-232. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

⁹⁹ SARMENTO, Daniel: Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais “in” “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”, p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 236. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 237. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

ser interpretada como uma cláusula de exclusão social¹⁰¹, discriminando parceiros homoafetivos.

A respeito do Art. 1.723 do Código Civil, a seu turno, fez o Ministro referência às palavras de Luís Roberto Barroso:

O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional¹⁰².

Portanto, concluiu o Ministro que, assim como o §3º do Art. 226 da CF, a norma do Art. 1.723 do Código Civil não obstaría a formação de uniões homoafetivas. Seria imperativo, destarte, declarar a procedência das ações, tornando obrigatório o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis e, assim, conferindo aos parceiros homoafetivos os mesmos direitos dos parceiros heterossexuais.

No entendimento do Ministro César Peluso, o Art. 1.723 do Código Civil não poderia ser considerado como uma mera reprodução do §3º do Art. 226, da Constituição Federal, pois, neste caso, tornar-se-ia impossível o pedido de interpretação conforme à Constituição, uma vez que se estaria interpretando o próprio texto constitucional. Neste sentido, argumentou o Ministro que não haveria coincidência semântica entre as duas normas¹⁰³, sendo possível analisar-se o Art. 1.723 do CC à luz do Art. 226, §3º, da CF e de demais normas constitucionais.

Para o Ministro, o rol do Art. 226 da Constituição Federal não possuiria caráter de *numerus clausus*, sendo possível o reconhecimento de espécies de

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel: Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais “in” “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”, p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 236. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 237. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 266. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

entidades familiares diversas das explicitamente mencionadas no texto constitucional¹⁰⁴, em virtude de que

[...] vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher¹⁰⁵.

Ato contínuo, concluiu o Ministro pela existência de uma lacuna normativa na Constituição quanto às uniões homoafetivas, arguindo que seu preenchimento deveria ocorrer mediante o uso da analogia¹⁰⁶. Neste sentido, defendeu que às uniões entre pessoas do mesmo sexo deveriam ser aplicadas as mesmas normas que regem a união estável entre homem e mulher; no entanto, destacou que não se tratariam de situações absolutamente idênticas, mas meramente semelhantes, razão pela qual, a partir da decisão proferida pelo STF, surgiria o dever de que o Poder Legislativo regulamentasse essa nova espécie de entidade familiar¹⁰⁷, atentando para seus aspectos particulares.

1.2.3 As Técnicas Interpretativas Empregadas

Vistos os principais fundamentos utilizados pelos ministros em seus votos, deve-se discorrer a respeito das técnicas interpretativas que estes utilizaram para reconhecer juridicamente as uniões homoafetivas. Para tanto, serão referidas considerações dos ministros a respeito de determinados elementos¹⁰⁸ circundando o Art. 1.723, bem como as implicações destes na interpretação do dispositivo e na decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 267.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 267. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 269.

¹⁰⁸ Exemplos desses elementos são: existência de lacunas, existência de polissemia textual, aspectos semânticos da norma, existência de silêncio normativo, entre outros.

Para o Relator, Ministro Ayres Britto, o silêncio constitucional a respeito das uniões homoafetivas possuiria caráter intencional¹⁰⁹, razão pela qual **não haveria lacunas** a serem colmatadas no texto legal¹¹⁰. Na própria Constituição, dessa maneira, estariam presentes os elementos interpretativos suficientes para o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Tendo isso em vista e, com base nos fundamentos já relatados nos tópicos anteriores, entendeu o Relator pela procedência dos pedidos de **interpretação conforme à Constituição** do Art. 1.723 postulados nas ações em julgamento, sendo essa a principal técnica interpretativa adotada em seu voto.

Em idêntico sentido foi o voto do Ministro Luiz Fux, que também se valeu da **interpretação conforme à Constituição**. Para o Ministro, a literalidade dos Arts. 226, § 3º, da CF e 1.723 do CC deve ser superada, pois a Constituição Federal deveria ser interpretada de forma compatível com o momento histórico atual.

Para a Ministra Carmen Lúcia, a Constituição deve ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, cuja finalidade seria a concretização dos valores adotados por ela e manifestados em seus princípios. Por esta razão, pode-se dizer que a Ministra se utilizou de **interpretação sistemática**, que se relaciona à ideia de unidade do sistema jurídico¹¹¹, ou **interpretação teleológica**, que expressa a ideia de que o direito tem como finalidade a realização de determinados fins sociais¹¹². No restante, acompanhou o voto do Relator, conferindo **interpretação conforme à Constituição** do Art. 1.723.

Embora o Ministro Ricardo Lewandowski tenha entendido pela procedência da ADPF 132 / ADI 4277, manuseou técnicas interpretativas diversas das utilizadas pelos Ministros que o antecederam. Divergindo do Relator, reconheceu a existência de uma lacuna legal da Constituição Federal

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 139.

¹¹¹ Nesta concepção, conforme Luís Roberto Barroso, entende-se que a Constituição dita os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento”: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 330.

¹¹² *Ibidem*, p. 331.

acerca das uniões homoafetivas, fazendo emprego de **integração analógica**¹¹³ para supri-la, rejeitando interpretações extensivas do Art. 226, §3º, da CF.

O Ministro Joaquim Barbosa fez poucas considerações a respeito da interpretação das normas controvertidas, acompanhando integralmente o Relator e também utilizando a técnica da **interpretação conforme à Constituição**.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o uso da interpretação conforme possui limites, não podendo ser manejada quando violar a expressão literal do texto legal ou a chamada vontade do legislador¹¹⁴. Todavia, nem sempre estes limites estão claros, visto que os textos legais, de forma geral, padecem de certo grau de indeterminação semântica¹¹⁵, havendo o risco, nestes caso que se proferisse decisão modificativa dos sentidos originais do texto. No caso de se conferir interpretação conforme à Constituição ao Art. 1.723, do Código Civil, entende o Ministro que se trataria de uma **interpretação conforme com muita peculiaridade**¹¹⁶, tendo em vista que o referido dispositivo seria uma reprodução de parte do próprio texto constitucional, em seu Art. 226, §3º.

Outrossim, inexistiria qualquer polissemia no texto do Art. 1.723 do CC, em razão de sua literalidade ao dispor sobre “união estável entre o homem e a mulher”. Portanto, viu o Ministro como insuficiente para o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas uma simples leitura alargada do referido dispositivo, porquanto este entendimento geraria um descompasso com a técnica da interpretação conforme à Constituição¹¹⁷.

Contudo, como destacado no tópico 1.2.2, o Julgador admitiu a tese de que o reconhecimento das uniões homoafetivas deveria ocorrer em virtude de estar o Art. 1.723 do CC sendo invocado como uma proibição à formação destas uniões. Ademais, diferentemente do manifestado pelo Ministro Ayres

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 112. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 147.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 148. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 159.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 174.

Britto, enxergou o Ministro Gilmar Mendes a existência de uma lacuna valorativa ou axiológica no texto constitucional, decorrente da ausência de um sistema de proteção das uniões homoafetivas; seria este, destarte, o motivo pelo qual se demandaria uma solução provisória por parte do Supremo Tribunal Federal¹¹⁸. Limitou-se o Ministro, deste modo, a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, determinando a aplicação de um modelo de proteção semelhante ao da união estável heteroafetiva¹¹⁹.

Observa-se que, a despeito de dar procedência às ações, o Ministro não deixou muito claro em seu voto qual a técnica interpretativa estava aplicando para tanto, tendo apenas rejeitado o uso da interpretação conforme – ou, ao menos, da interpretação conforme nos moldes utilizados pelo Relator. Entretanto, em momento de debate com os demais ministros, registrou o Ministro a possibilidade de uso de **interpretação analógica** ou **interpretação extensiva**¹²⁰.

No juízo do Ministro Marco Aurélio, não se extrairia da Constituição Federal um silêncio eloquente¹²¹ em relação às uniões homoafetivas, mas sim uma obrigação de não-discriminação, que pautaria o respeito à liberdade de orientação sexual. Ademais, utilizou-se dos princípios constitucionais, na qualidade de vetores hermenêuticos-interpretativos, para superar a literalidade do Art. 1.723 do CC. Destarte, o Ministro acompanhou o voto do Relator, concedendo a **interpretação conforme à Constituição**.

O Ministro Celso de Mello não visualizou a existência de lacunas de caráter axiológico na Constituição Federal¹²² acerca das uniões homoafetivas, fossem tais lacunas voluntárias ou conscientes; não havendo lacunas, concluiu o Ministro, também não existiria silêncio eloquente do texto constitucional.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 194-195.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 196.

¹²⁰ Transcreve-se a fala do Ministro: “As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos”. Entretanto, este fragmento está registrado no acórdão apenas num momento de debate entre os ministros, não havendo reprodução deste pensamento no voto do Min. Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 138. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹²¹ *Ibidem*, p. 214.

¹²² *Ibidem*, p. 234.

Nesse sentido, referiu-se à lição de Daniel Sarmiento¹²³, versando sobre o uso de **interpretação sistemática e interpretação teleológica**. Acerca da interpretação sistemática, dispõe Sarmiento, origina-se do fato de não ser a Constituição Federal um amontoado de normas, mas sim um sistema aberto de regras e princípios; este sistema, por sua vez, conduziria ao princípio da unidade da Constituição, que possui valor hermenêutico¹²⁴. Em relação à teleologia do texto constitucional, aponta o doutrinador que o Art. 226, §3º da CF não teria sido instituído com a finalidade de impedir a formação de uniões de pessoas do mesmo sexo, mas sim com o escopo de proteger os companheiros de uniões estáveis, historicamente marginalizados. Apesar da menção à interpretação sistemática e à interpretação analógica, o Ministro Celso de Mello não mencionou expressamente qual técnica manejou para dar procedência às ações. Por este motivo, **presumir-se-á que deu interpretação conforme à Constituição**, porquanto não levantou objeções à tese do Ministro Ayres Britto, acompanhando seu voto.

Conforme o Ministro César Peluso, a ausência de identidade semântica entre as normas do Art. 1.723 do CC e do Art. 226, §3º, da CF, permitiria o uso de interpretação conforme no caso concreto. No entanto, em entendimento diverso do apresentado pelo Relator, enxergou o Ministro a existência de uma lacuna normativa na Constituição Federal a respeito das uniões homoafetivas, que deveria ser preenchida mediante o uso de **analogia**¹²⁵. Assim, dever-se-ia aplicar às uniões entre pessoas do mesmo sexo, até que sobreviesse regulamentação legislativa, o mesmo modelo utilizado para as uniões heterossexuais. Deste modo, ainda que o Ministro César Peluso tenha admitido a possibilidade de interpretação conforme à Constituição na espécie, aparenta

¹²³ SARMENTO, Daniel: Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais “in” “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”, p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 234-235. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 235.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 267. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

ter manuseado como técnica interpretativa a **interpretação analógica**, embora também faça referência à **interpretação sistemática**¹²⁶.

1.2.4 A Decisão Final

Por fim, por unanimidade, deu o Supremo Tribunal Federal procedência à ADPF 132 e à ADI 4277, reconhecendo juridicamente o instituto da união homoafetiva. Apesar da referida unanimidade, contudo, houve diversidade na fundamentação de alguns votos: os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello acompanharam integralmente o voto do Relator, Ministro Ayres Britto; a Ministra Carmen Lúcia também acompanhou o Relator, apresentando divergência do voto-condutor apenas em relação a pequenos detalhes; os Ministros Ricardo Lewandowski e César Peluso, a seu turno, divergiram integralmente da tese vencedora, ao passo que o Ministro Gilmar Mendes, embora tenha divergido do Ministro Ayres Britto na fundamentação de seu voto, acompanhou sua conclusão final.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 267.

2 O ATIVISMO JUDICIAL E A ADPF 132

2.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O nascimento da jurisdição constitucional ocorreu com o surgimento do “Estado Constitucional de Direito”, marcado, em oposição ao que ocorria no “Estado Legislativo de Direito”, pela validade da Constituição como norma jurídica¹²⁷. Trata-se a jurisdição constitucional, portanto, de uma garantia jurisdicional da Constituição, configurando, nas palavras de Hans Kelsen, “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”¹²⁸. Tais funções, na visão de Kelsen, são (i) a criação de normas jurídicas e (ii) a execução de normas jurídicas já estabelecidas. Para Kelsen, entretanto, não há oposição absoluta entre as referidas formas¹²⁹, pois, ambas são etapas hierarquizadas do processo de criação do direito. Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso também descreve as aludidas funções como presentes na jurisdição constitucional, atentando que, no novo contexto do Estado de Direito, vigora a supremacia da Constituição, que “não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece limites para seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado”¹³⁰.

Pode-se dizer, portanto, que a jurisdição constitucional, na qualidade de garantia, outorga poderes a um órgão jurisdicional para que este verifique a conformidade das leis e dos atos jurídicos com o texto constitucional. Neste sentido, dispõe Kelsen que, no exercício da jurisdição constitucional: “o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito”¹³¹.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 436.

¹²⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 123-124.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 124-125.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 436.

¹³¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 125.

Para Luís Roberto Barroso, “a expressão jurisdição constitucional designa as tarefas de interpretação e a aplicação da Constituição por órgãos judiciais”¹³². No direito brasileiro, o exercício destas tarefas cabe a todos os juízes e tribunais, embora o Supremo Tribunal Federal encontre-se no topo do sistema jurídico¹³³. No entendimento de Gilmar Mendes, o exercício da jurisdição constitucional é atribuído ao Supremo Tribunal Federal em razão de possuir esta Corte o papel de guardião da Constituição¹³⁴. A jurisdição constitucional, por conseguinte, desenvolve-se num contexto de centralidade da Constituição e de primazia dos tribunais constitucionais ou supremas cortes¹³⁵, órgãos que realizam a interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

No que tange ao desempenho das funções da jurisdição constitucional, prossegue Barroso, a Corte Constitucional lida com a aplicação direta¹³⁶ e a aplicação indireta¹³⁷ da Constituição. Quanto à aplicação direta, exemplifica o autor, encontram-se tarefas como a de reconhecimento de que determinada competência é de uma entidade federativa e não de outra¹³⁸.

A seu turno, a aplicação indireta da Constituição, se manifesta em duas possíveis situações: (i) quando o intérprete utiliza o texto constitucional como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional, realizando o chamado **controle de constitucionalidade**¹³⁹, e (ii) quando o intérprete atribui a determinada norma o melhor sentido dentre diversas possibilidades de

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 436.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**, p.7-8. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 02 dez. 2017.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 436.

¹³⁶ Que comporta dentro de suas atividades sanar omissões constitucionais: BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais*. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p.518-546, 2016a, p. 523. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/79/98>>. Acesso em 27 nov. 2017.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 436.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 436-437.

interpretação, realizando a chamada **interpretação conforme à Constituição**¹⁴⁰.

2.2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

A interpretação conforme à Constituição está relacionada à ideia de que, em face de mais de uma possível interpretação de uma lei, deve-se preferir a que se revele compatível com a Constituição¹⁴¹. Quanto ao conceito desse instrumento, dispõe Canotilho:

O princípio da interpretação conforme à constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei.¹⁴²

Ademais, um dos principais fundamentos para a utilização da interpretação conforme é a ideia da supremacia da Constituição, visto que todas as normas jurídicas ordinárias devem ser interpretadas em consonância com o texto constitucional¹⁴³.

Embora originalmente esta modalidade de interpretação fosse utilizada no controle de constitucionalidade por via incidental, passou a ser também admitida no controle abstrato de normas¹⁴⁴. Quando se aplica a interpretação conforme à Constituição, nas palavras de Mendes e Branco, declara-se “a legitimidade do ato questionado, desde que interpretado em conformidade com a Constituição”¹⁴⁵.

A despeito de se tratarem de figuras semelhantes, não há equivalência entre as práticas de interpretação conforme à Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto¹⁴⁶; enquanto esta se restringe a realizar exclusão de determinadas hipóteses previstas no texto legal por

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 437.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1411.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1310.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1414

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 1411.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

inconstitucionalidade, a interpretação conforme enseja uma declaração da constitucionalidade de uma lei na medida em que seja interpretada por órgão judicial em determinado sentido¹⁴⁷.

No entanto, nem sempre os limites para a interpretação conforme são nítidos, tendo em vista que os textos normativos padecem de indeterminação semântica, dando margem a múltiplas possibilidades de interpretação¹⁴⁸. Desta forma, como ressalta Rui Medeiros: “a problemática da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral”¹⁴⁹. Entretanto, apesar de seus limites nem sempre estarem bem definidos, é certo que a interpretação conforme à Constituição não pode atentar violentamente contra a expressão do texto normativo¹⁵⁰, nem ensejar uma “reconstrução de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”¹⁵¹.

No julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, conforme já referido, a despeito do caráter unânime da decisão de procedência das ações, o pleiteado reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas se deu por mais de uma via interpretativa¹⁵².

Durante o julgamento, foram identificados pelos Ministros duas possíveis barreiras para o uso da interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723 do Código Civil: (i) há expressa menção à “união estável entre o homem e a mulher”, o que dificilmente daria margem a mais de uma interpretação, em que pese a indeterminação semântica da linguagem normativa; (ii) o Art. 1.723 é

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1412.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.1415.

¹⁴⁹ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 301.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1415.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1311.

¹⁵² Dissidiram da tese do Relator, Ministro Ayres Britto, que deferiu o pedido de interpretação conforme, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que empregaram interpretação analógica, e o Ministro Gilmar Mendes, que admitiu a possibilidade de uma interpretação, mas com peculiaridades, e fez menção à interpretação analógica e à interpretação extensiva. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

uma reprodução do §3º do Art. 226 da Constituição Federal, razão pela qual sua interpretação conforme à Constituição ensejaria hipótese paradoxal de interpretação conforme à Constituição do próprio texto constitucional. A este respeito, pontuou o Ministro Gilmar Mendes:

Desde o começo deste julgamento, eu fiquei preocupado com essa questão e cheguei até a comentar com o Ministro Relator Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto do Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional. E [...] em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.¹⁵³

Como visto no Capítulo 1, vários foram os argumentos utilizados para contornar os dois obstáculos, sendo a análise de sua maioria reservada para posterior momento desta monografia. Serão, contudo, realizadas algumas considerações, à primeira vista, sobre o cabimento da interpretação conforme do Art. 1.723 do CC. Embora o texto normativo do dispositivo interpretado seja preciso no que se refere à “união estável entre o homem e a mulher”, de fato, como sublinhado por alguns dos Ministros, não há expressa proibição à formação de uniões homoafetivas, hipótese que, caso prevista, ensejaria a violação a uma série de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Todavia, a ausência de vedação por parte da norma não implica, o que poderia ser defendido numa tentativa de raciocínio *a contrario sensu*, que o Art. 1.723 é que fundamenta o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo, porquanto sequer há menção do dispositivo a respeito dessas. Portanto, a interpretação conforme pretendida ensejaria mudança no conteúdo da lei, extrapolando os limites do uso do instrumento hermenêutico e possivelmente conduzindo a uma usurpação do papel legislativo¹⁵⁴ por parte do Supremo Tribunal Federal.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 158-159. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1311.

Ademais, ainda que se reconheça que a negação de efeitos jurídicos às uniões homoafetivos realizada com embasamento no Art. 1.723 do CC não se compatibiliza com a Constituição¹⁵⁵, a mera aplicação de interpretação conforme a esse dispositivo, ao menos nos moldes conferidos pelo Ministro Ayres Britto, não é suficiente para que se ampare o pleiteado reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Isso ocorre, tendo em vista que, a interpretação conforme, como elucida Barroso, implica na:

[...] exclusão de um determinado sentido possível de uma norma, porque incompatível com a Constituição, **e na afirmação de uma interpretação alternativa**, esta sim em harmonia com o texto constitucional.¹⁵⁶ – meus grifos.

Nesse sentido, a despeito da existência de interpretação incompatível do Art. 1.723 do CC com a CF – que deve ser excluída do ordenamento jurídico -, não se vislumbra interpretação alternativa da norma - a ser declarada constitucional - que disponha em favor do reconhecimento de uniões formadas entre homossexuais.

Outrossim, é nítida a reprodução de conteúdo do §3º do Art. 226 da Constituição - ainda que não em seus exatos termos - no Art. 1.723 do Código Civil, a despeito da diferença entre o contexto de inserção dos dois dispositivos, sobretudo em razão de se estar estabelecendo uma comparação entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional.

¹⁵⁵ Como bem sublinhou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, reconhecendo neste aspecto o único fundamento para concessão de interpretação conforme à Constituição (embora, recorde-se, o Ministro não tenha aderido à tese do Relator): “Assim, o entendimento que autoriza a interpretação conforme à Constituição no caso é que o dispositivo impugnado está sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, formulou-se a impugnação das próprias decisões judiciais que assim teriam decidido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 160. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 10 set. 2017.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis, Rio de Janeiro**, 2016b, p. 26. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/30806/21752>> Acesso em 27 nov. 2017.

Destarte, ambas as barreiras teóricas levantadas à utilização de interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723 no julgamento analisado verificam-se na prática. Não obstante, tal entendimento não significa que se deva negar a atribuição de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, mas apenas que esses efeitos devem ser concedidos por uma via diferente da pretendida nas ações do caso concreto.

2.3 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

No Estado Constitucional Democrático, no qual se desenvolveu a Jurisdição Constitucional, estabelece-se uma distinção entre as esferas de direito e de política¹⁵⁷. Esta distinção, em realidade, expressa a própria separação dos poderes. Nesse sentido, ocupam-se os Poderes Executivo e Legislativo da atuação na esfera política, tendo em vista que sua composição é escolhida através de um processo político majoritário, que culmina na eleição de representantes legítimos do povo, eleitos mediante voto popular. No âmbito desses poderes, portanto, vigoram a soberania popular e a vontade das maiorias (expressa pelo **princípio majoritário**)¹⁵⁸.

Em contrapartida, o Poder Judiciário, que se ocupa do exercício do direito, não é composto por agentes públicos eleitos, não expressando a vontade popular. Tipicamente, por conseguinte, o Poder Judiciário não atua politicamente¹⁵⁹, ou seja, não atua com vontade própria, mas apenas concretiza a vontade política majoritária dos outros poderes¹⁶⁰.

Não obstante, excepcionalmente admite-se que o Judiciário atue de maneira política. Tal atuação ocorre, nas palavras de Barroso, quando o Judiciário “invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, **Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p.1-50, jun. 2012, p. 15. Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ferj/article/view/1794/2297>> Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 451.

de atuação”¹⁶¹, caso no qual esse poder “desempenha um papel que é inequivocamente político”¹⁶². Esta hipótese de que os órgãos jurisdicionais sobreponham suas decisões às dos órgãos políticos¹⁶³, bem como sobreponham sua interpretação particular da Constituição à realizada por esses órgãos¹⁶⁴ configura o fenômeno ao qual se atribui o nome de **dificuldade contramajoritária**^{165 e 166}.

Admite-se, desta forma, que o Poder Judiciário atue em sentido contrário à vontade das maiorias, ou seja, em oposição ao princípio majoritário. Com base nesses elementos, entende Barroso que a Jurisdição Constitucional pode ocorrer por duas formas¹⁶⁷: (i) atuação representativa¹⁶⁸ e (ii) atuação contramajoritária. Para o presente trabalho, porém, interessa apenas o que diz respeito à segunda, pois se relaciona à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 / ADI 4277.

Reconhecida a existência da dificuldade contramajoritária, surgem algumas indagações, como, por exemplo, a respeito da legitimidade da atuação contramajoritária ou os limites de sua manifestação. Alguns autores esboçam

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, **Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p.1-50, jun. 2012, p. 11. Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>> Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis, Rio de Janeiro**, 2016b, p. 27. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/30806/21752>> Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁶⁵ “Dificuldade contramajoritária” é um termo cunhado por Alexander Bickel, doutrinador norte-americano: BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16 e s. apud BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p.10. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743> > Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁶⁶ A dificuldade contramajoritária está relacionada ao fenômeno da judicialização da política, que será abordado mais adiante.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p.518-546, 2016a, p. 522. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/79/98>>. Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁶⁸ Ainda que não seja objeto do presente trabalho, traz-se breve explanação do autor a respeito da atuação representativa; para Barroso, embora não seja o juiz eleito “o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p.15 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

preocupação com o exercício desmedido da atuação contramajoritária, como Lenio Luiz Streck:

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional [...].¹⁶⁹

Entretanto, mesmo os autores mais defensores da atuação contramajoritária, como Luís Roberto Barroso, admitem que este modo de decidir do Poder Judiciário deve ocorrer de forma moderada, apenas em situações excepcionais¹⁷⁰. O agir contramajoritário, entende o autor, deve ser utilizado como realização do que entende que sejam os dois principais papéis da Constituição Federal¹⁷¹: a) a proteção de direitos fundamentais; b) a preservação do ambiente democrático. Em relação ao julgamento da ADPF 132 / ADI 4277, cuida-se do primeiro papel.

No que concerne à legitimidade das decisões contramajoritárias, alega Barroso que essas não configuram ofensa ao princípio democrático, pois a democracia possuiria uma dimensão substantiva que exige a incorporação de outros vetores afora o princípio da maioria, tais como a igualdade, a liberdade e a justiça¹⁷²; a democracia, portanto, se projetaria além da simples ideia de governo da maioria¹⁷³. Assim sendo, a Corte Constitucional, ao atuar de forma

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁷⁰ “Cumpra registrar que esse papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal tem sido exercido, como é próprio, com razoável parcimônia. De fato, nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador”. BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p.518-546, 2016a, p. 525. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/79/98>>. Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 524.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Nas palavras do próprio autor: “A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias¹². Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de

contramajoritária, atuaria em defesa da própria democracia, visto que agiria visando à preservação dos valores intrínsecos ao Estado Democrático.

No acórdão analisado, a atuação/dificuldade majoritária foi invocada explicitamente como fundamento para decisão em três dos votos proferidos: voto do Ministro Luiz Fux, voto do Ministro Marco Aurélio e o voto Ministro Celso de Mello. Conforme o Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal deveria decidir as ações em julgamento atuando como instância contramajoritária¹⁷⁴, haja vista estivessem em debate direitos fundamentais de parcelas minoritárias da população, os quais deveriam ser salvaguardados das ações das majorias e promovidos pelo Poder Público. Percebe-se, em face desses elementos, que o Ministro corroborou com o entendimento de que é necessário que o STF exerça papel político no julgamento, tendo em vista que, além de invocar o papel contramajoritário da Corte, exigiu a formulação de políticas públicas pelos outros poderes para que seja garantido o cumprimento da decisão.

O Ministro Marco Aurélio, a seu turno, referiu-se à atuação contramajoritária mediante a defesa de que os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal devem prevalecer contra o entendimento das majorias¹⁷⁵; concluiu, pois, que o Supremo Tribunal Federal, na condição de “Guardião da Constituição”, possuiria o dever de efetivar os aludidos direitos.

Quanto ao Ministro Celso de Mello, argumentou em seu voto que o STF possuiria:

[...] responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.¹⁷⁶

democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais”. *Ibidem*.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011. p. 61. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 213.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 238.

No caso concreto, apontou o Ministro, se está diante da segunda hipótese mencionada, na medida em que o Congresso Nacional, que atua mediante a formação de maiorias políticas, estaria se mostrando inerte acerca da qualificação das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, atentando, nessa abstenção, contra os direitos fundamentais da população homoafetiva.

Além dessas menções explícitas, ao longo do acórdão foram manifestadas por diversas outras vezes ideias que expressam o princípio contramajoritário, bem como suas implicações na problemática do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Parece haver, portanto, um entendimento unânime dos julgadores de que haveria um dever de atuação positiva por parte do Tribunal para resguardar os direitos fundamentais dos homossexuais frente a possíveis violações das maiorias.

2.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

As aludidas tensões entre a política e o direito se inserem no âmbito do fenômeno da judicialização da política, que abrange a já tratada discussão a respeito da dificuldade / atuação contramajoritária. Outrora rigidamente separados, os ramos político e jurídico têm passado por um processo de aproximação¹⁷⁷, verificando-se uma fluidez das fronteiras entre ambos¹⁷⁸.

Quanto à definição do fenômeno da judicialização da política, entende Barroso tratar-se de “uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”¹⁷⁹. Canotilho, a seu turno, conceitua o fenômeno como “a dilatação do raio de acção (sic) dos tribunais e dos juízes com a conseqüente alteração

¹⁷⁷ Segundo Barroso, esta aproximação entre os dois institutos não é exclusividade brasileira, ocorrendo igualmente em ordenamentos jurídicos de outros países, tais quais: Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria, Coreia e Colômbia. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 438.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p.2. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 451.

das competências decisórias, do legislativo e do executivo”¹⁸⁰. Neste contexto, tem se conferido às cortes judiciais o papel de proferir a palavra final a respeito de questões de ampla relevância e repercussão na sociedade, de cunho político, social ou moral¹⁸¹.

Para Barroso, embora o direito não admita escolhas tendenciosas ou partidárias, típicas da política¹⁸², a negação do caráter político do direito não pode ser absoluta, tendo em vista as seguintes razões¹⁸³: (i) a criação jurídica é produto da vontade das maiorias políticas, manifestada na Constituição; (ii) a aplicação do direito possui reflexos na realidade política da sociedade; (iii) juízes não são desprovidos de ideologias políticas, de modo que, nas decisões que proferem, sempre subsistirá certo grau de subjetividade. No entanto, o próprio autor reconhece que a judicialização em excesso comporta eventuais riscos¹⁸⁴ ao Estado Democrático de Direito, por exemplo: risco de ofensa à legitimidade democrática¹⁸⁵, risco de politização da justiça¹⁸⁶ e risco da falta de capacidade institucional¹⁸⁷ do Poder Judiciário para se pronunciar a respeito de determinadas matérias.

Acerca das manifestações do fenômeno da judicialização da política no direito pátrio, pode-se apontar diversas ações recentemente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que exigiram um posicionamento político e/ou moral da Corte para sua resolução, tais quais: a ADI 3105/DF¹⁸⁸ (interrupção de

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política**. 2007, p. 89. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p. 14. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcni/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁸⁵ Risco já analisado no subcapítulo “2.3. A Dificuldade Contramajoritária”.

¹⁸⁶ Ou seja, de partidizar a atuação jurisdicional, conforme aludido no mesmo parágrafo.

¹⁸⁷ “*Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico [...] em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade” – grifos do autor. *Ibidem*.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 439.

gestação de fetos anencefálicos), a ADI 3510/DF¹⁸⁹ (pesquisas com células-tronco embrionárias), a ADC 12/DF¹⁹⁰ (vedação ao nepotismo) e, possivelmente, a própria ADPF 132 / ADI 4277¹⁹¹.

Para Barroso, a judicialização da política no direito brasileiro possui três principais causas¹⁹²: a) a redemocratização do país e o advento da CRFB de 1988, que transformou o Poder Judiciário em um poder político, capaz de “fazer valer” a Constituição e as Leis - ainda que contra os demais poderes - e atribuiu amplos direitos à população, que passou a buscar a proteção de seus interesses nos tribunais; b) o processo de constitucionalização abrangente¹⁹³, que teve o condão de alçar diversas matérias que anteriormente eram tratadas na legislação ordinária ao status constitucional; c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tendo em vista seu caráter abrangente (em virtude da combinação entre os modelos concentrado e difuso), pois possibilita que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”¹⁹⁴.

Tendo isso em vista, assinala Luís Roberto Barroso que se trata a judicialização de:

[...] um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.¹⁹⁵

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Entendimento ao qual aderem Luís Roberto Barroso e José dos Santos Carvalho Filho, em seus respectivos trabalhos: BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, 2016b. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/30806/21752>> Acesso em 27 nov. 2017, p.7, e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 202, p.159-179, abr. 2014, p. 165-166. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503043>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.4.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 440.

Apesar disso, ressalva o autor:

Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.¹⁹⁶

Por conseguinte, conforme indica o trecho citado, não existe identidade entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, embora possuam elementos em comum e possam coexistir. O entendimento de que a judicialização e o ativismo são fenômenos distintos também é reproduzido por outros doutrinadores, como Lenio Streck, embora este autor apresente uma visão mais crítica a respeito das práticas ativistas¹⁹⁷ do que a defendida por Barroso.

Daniel Sarmento compartilha o posicionamento de que a judicialização da política decorre do próprio ordenamento constitucional brasileiro:

Essa sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política, na medida em que conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, dentre outras entidades, o poder de provocar o STF.¹⁹⁸

Conclui o autor, destarte, que:

Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema¹⁹⁹.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ “Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behaviorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia.”. STRECK, Lenio Luiz. **Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão**, p.6. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_dilemas_da_representacao_politica.pdf>.

Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁹⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p.7. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 14 dez. 2017.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

Feitas estas considerações a respeito da judicialização da política, deve-se prosseguir à abordagem do ativismo judicial.

2.5 O ATIVISMO JUDICIAL

Antes de se formular uma resposta ao problema de pesquisa, ou seja, qualificar o julgamento da ADPF 132 / ADI 4277 como ativista ou não-ativista, deve-se primeiro realizar esforços para delimitar e contextualizar o fenômeno do ativismo judicial. Não havendo na doutrina entendimento unânime a este respeito, serão examinadas noções de diferentes autores, com a finalidade de auxílio na construção de uma definição mais concreta de ativismo.

Como exposto no subcapítulo anterior, para Luís Roberto Barroso, a judicialização da política é uma consequência do ordenamento constitucional brasileiro, não se configurando como uma opção política do julgador; neste sentido, refere-se o autor à judicialização da política como um **fato**. Seguindo esta linha de raciocínio, entende Barroso que o ativismo judicial se difere da judicialização da política na medida em que se configura como uma **atitude** deliberada de expansão do Poder Judiciário²⁰⁰, geralmente instalando-se em um contexto em que o Poder Legislativo se revela ineficaz para atender de forma efetiva às demandas sociais²⁰¹. Para melhor elucidação, transcreve-se as palavras do próprio autor:

Já o ativismo é uma *atitude*, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Ou pela necessidade de certos avanços sociais que não se consigam fazer por via da política majoritária.²⁰²

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto, p. 16. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em 15 dez. 2017.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis, Rio de Janeiro**, 2016b, p. 12-13. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/30806/21752>> Acesso em 27 nov. 2017.

O ativismo judicial, na compreensão do autor, associa-se a ideia de que é legítimo ao Judiciário participar de forma mais ampla e intensa na tarefa de concretização dos valores e fins constitucionais, ainda que, para tanto, tenha que interferir nos espaços de atuação do Legislativo e do Executivo²⁰³.

Para o constitucionalista, a “persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade” pela qual passa o Poder Legislativo nos últimos anos justificaria a expansão da atuação do Poder Judiciário, para suprir omissões legislativas e inovar na ordem jurídica “em nome da Constituição”²⁰⁴. Decisões ativistas, por conseguinte, seriam satisfatórias para o atendimento de demandas não satisfeitas pelo legislativo, embora, ressalte o autor, devam ocorrer em momentos históricos determinados e de forma eventual²⁰⁵. Entretanto, o ativismo não seria suficiente para corrigir definitivamente tais problemas, impondo-se uma reforma política para tanto²⁰⁶.

Outrossim, visualiza Barroso três principais formas de manifestação do ativismo judicial:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²⁰⁷

No que tange à legitimidade das práticas ativistas, a seu turno, afirma o autor que:

Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador. A despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação de

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p. 6. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p. 9. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 10-11.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 19.

²⁰⁷ *Ibidem*, p.6.

Poderes, trata-se de uma inevitabilidade, a ser debitada à complexidade e ao pluralismo da vida contemporânea.²⁰⁸

Justifica, portanto, que tais casos exigem atuações de caráter criativo do Judiciário, não se tratando, entretanto “do exercício de voluntarismo judicial, mas, sim, de extrair do sistema constitucional e legal a melhor solução”²⁰⁹. Sem embargo, reconhece que nem sempre o ativismo judicial se manifesta de forma legítima, sendo necessária uma análise casuística para a aferição da legitimidade da atuação judicial²¹⁰.

Fazendo uma análise das práticas ativistas à luz da separação dos poderes, entende Elival da Silva Ramos que o ativismo judicial se configura como uma descaracterização da função típica do poder judiciário²¹¹. Para o autor, embora admita-se que existe certo grau de compartilhamento de funções entre os poderes estatais²¹², - razão pela qual se criou a classificação de “funções típicas” e “funções atípicas” - cada função possui um núcleo essencial, “que não é passível de ser exercido senão pelo poder competente”²¹³, sob o risco de que haja interferência indevida de um poder na esfera de competência de outro. Tendo isso em vista, dispõe que:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo²¹⁴.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto, p. 17. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em 15 dez. 2017.

²⁰⁹ Trata-se, na compreensão do autor, do que ocorreu no julgamento da ADPF 132 / ADI 4277, sobre o qual afirma que: “Diante da ausência de norma disciplinando a questão, o Supremo Tribunal Federal precisou criar uma”. BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto, p.17-18. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em 15 dez. 2017.

²¹⁰ “A legitimidade de tal atuação dependerá da capacidade do juiz ou tribunal de convencer o auditório ao qual se dirige de que a decisão produzida é constitucionalmente adequada, por ser legítima, justa e compatível com o sistema normativo”. *Ibidem*, p. 23

²¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

²¹² *Ibidem*, p. 113.

²¹³ *Ibidem*, p. 116.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 116.

O ativismo judicial, portanto, se manifestaria mediante uma “incurção insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”²¹⁵ – grifos do autor.

Se as práticas ativistas configuram, como dito, uma descaracterização da função atribuída ao judiciário, *a contrario sensu*, uma postura não ativista é aquela que se mantém dentro dos limites desta função que, no caso, trata-se da função jurisdicional. Neste sentido, seria possível afirmar que a atuação do Poder Judiciário que vá além da simples aplicação do direito ensejaria ativismo judicial. Esta premissa, entretanto, não estaria correta, porquanto, mesmo no desempenho da função jurisdicional, admite-se ao intérprete a possibilidade de criação de direito. Segundo Hans Kelsen:

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. **A aplicação do Direito é simultaneamente produção do direito.** Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite (...) todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma inferior.²¹⁶ – meus grifos.

Assim sendo, percebe-se que as decisões judiciais possuem necessariamente um teor criativo²¹⁷. Mauro Cappelletti compartilha este entendimento, dispondo que toda a interpretação possui criatividade inerente²¹⁸, não sendo verdadeira a oposição entre interpretação e criação do direito; tendo em isso em vista, afirma: “o verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau da criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”²¹⁹. Entretanto, ainda que se reconheça que a função jurisdicional possua caráter criativo inerente, afirma Ramos:

²¹⁵ *Ibidem*, p. 117.

²¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 260-261.

²¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

²¹⁸ Do mesmo modo que a criatividade, entende o autor que é inerente às decisões judiciais certo grau de discricionariedade. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

²¹⁹ *Ibidem*.

[...] não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa.²²⁰

Conclui-se, destarte, que, a simples verificação de caráter criativo – bem como de caráter discricionário²²¹ - do Poder Judiciário não é critério suficiente para verificar se há ativismo em uma decisão judicial.

Por estas razões, entende Elival da Silva Ramos que o ativismo judicial não se manifesta por mero afastamento do conteúdo formal da função jurisdicional por parte do julgador, mas sim por uma desnaturação substancial da atividade jurisdicional²²² “para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”²²³, configurando ofensa ao princípio da separação dos poderes²²⁴.

Outrossim, observa Ramos, a expressão ativismo judicial pode tanto possuir uma carga valorativa positiva quanto uma carga negativa²²⁵. No tocante à definição de ativismo judicial, introduziu-se no presente trabalho, em linhas gerais, duas concepções conflitantes: a de Luis Roberto Barroso, que tolera práticas ativistas eventuais em circunstâncias extraordinárias, e a de Elival Ramos da Silva, que rejeita integralmente qualquer prática de ativismo judicial.

Para os fins da análise proposta por esta monografia, adota-se uma concepção negativa do conceito, entendendo-se que o ativismo judicial possui caráter antidemocrático e que viola o princípio da separação dos poderes, não sendo, portanto, um fenômeno desejável no ordenamento jurídico brasileiro. Neste ponto, aproxima-se o trabalho do entendimento de Ramos. Não obstante, embora se rechace a concepção de Barroso a respeito do ativismo, admite-se a validade de determinadas atuações pautadas pela judicialização da política, em especial quando se trata de proteção de direitos fundamentais. Em suma, as conclusões da presente monografia a respeito do julgamento da

²²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

²²¹ No entendimento de Ramos, a discricionariedade judicial, na realidade, aproxima-se de ser elemento integrante do gênero interpretação. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

²²² *Ibidem*, p. 118.

²²³ *Ibidem*, p. 129.

²²⁴ *Ibidem*, p. 118.

²²⁵ *Ibidem*, p. 133.

ADPF 132 e da ADI 4277 terão como pressuposto a avaliação do ativismo judicial como prática ilegítima e inconstitucional, na medida em que atenta contra o princípio da separação dos poderes.

2.6 O ATIVISMO JUDICIAL NA ADPF 132 / ADI 4277

Uma vez delimitado o ativismo no plano teórico, deve-se buscar parâmetros para sua identificação em casos concretos, e, em sequência, aplicá-los à decisão da ADPF 132 / ADI 4277, visando à obtenção de uma resposta ao problema de pesquisa para determinar se o julgamento em questão teve caráter ativista ou não-ativista.

Um destes critérios refere-se à chamada “doutrina das questões políticas” (*political question doctrine*)²²⁶, que expressa a ideia de que, em face de questões de natureza política, deve o Poder Judiciário realizar um papel de autocontenção judicial, sob pena de infringência ao princípio da separação dos poderes²²⁷. Por conseguinte, reconhecer-se-ia a existência de “assuntos impenetráveis ao controle jurisdicional, mesmo que neles aflorassem questões jurídicas”²²⁸.

A autocontenção judicial, também conhecida como *self-restraint*, pode ser definida como a conduta que o poder judiciário adota para reduzir sua interferência no âmbito de atuação dos demais poderes²²⁹. Segundo Canotilho, o princípio da autocontenção está diretamente relacionado à doutrina da *political question doctrine*, subsistindo nos dias atuais como a ideia de que o poder judiciário deve atuar dentro dos limites de sua função jurisdicional²³⁰.

Segundo Rui Barbosa²³¹, caracterizar-se-iam como políticas questões versando sobre exame de constitucionalidade de lei ou ato normativo cuja

²²⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

²²⁷ *Ibidem*, p. 142.

²²⁸ *Ibidem*, p. 145.

²²⁹ Barroso considera a autocontenção o “oposto do ativismo”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010, p.7 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1308-1309.

²³¹ Apud RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

solução se resolvesse em termos abrangentes, com eficácia *erga omnes*. Sob esta ótica, no que diz respeito aos pedidos de interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723 veiculados na ADPF 132 e na ADI 4277, trata-se a controvérsia *sub judice* de uma questão política, exigindo, em tese, uma posição de autolimitação. Consequentemente, em não havendo tal posição, e sendo apreciado pelo Tribunal tal pedido, teria o acórdão analisado cometido ativismo judicial.

Não obstante, ainda que se trate de análise de questão política, que inevitavelmente interfere na esfera do Poder Legislativo, entende-se possível a apreciação do pedido pelo STF, visto que se está diante de questão envolvendo a tutela dos direitos fundamentais de minorias, exigindo-se uma atuação contramajoritária da Corte, conforme trabalhado no subcapítulo “2.3. A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA”. Tratando-se de proteção de direitos e liberdades fundamentais, portanto, permite-se ao Poder Judiciário que aprecie questões políticas, sem que, ao fazê-lo, reste violado o princípio da separação dos poderes – e, logo, sem que haja desnaturação da função jurisdicional – ou o princípio democrático. Ilustrativas são, neste sentido, as palavras de Mauro Cappelletti:

A democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais. [...]. Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária [...] e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos.²³²

Em relação a este ponto – necessidade de autocontenção em face de questão política -, por conseguinte, não se considera a decisão como ativista.

Embora tenha se formulado na ADPF 132 / ADI 4277 o pedido de interpretação de dispositivo infraconstitucional – Art. 1.723 do CC –, conforme já adiantado no subcapítulo “2.2. A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO”, entende-se que tal norma se trata de reprodução do Art. 226, §3º, da CF; desta maneira, lidando-se no caso concreto com dispositivo

²³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 106-107.

constitucional, deve se observar, igualmente, preceitos de interpretação constitucional²³³.

O principal parâmetro para a identificação de um comportamento ativista, neste sentido, consiste na necessidade de que a decisão que realiza a interpretação constitucional de uma norma seja compatível com a amplitude de sentidos de seu respectivo texto legal²³⁴. O texto normativo do dispositivo constitucional, pois, fixa os marcos do processo de interpretação²³⁵. Desta forma, conforme Canotilho, a interpretação das normas constitucionais configura-se como uma interpretação semântica de seus elementos textuais²³⁶, interessada em determinar o significado das expressões linguísticas utilizadas.

A tese vencedora do acórdão analisado, arguida pelo Ministro Ayres Britto, entretanto, não seguiu tais preceitos, porquanto considerou que os referidos dispositivos poderiam ensejar o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, embora haja menção expressa em ambos à “união estável entre o homem e a mulher”. Este entendimento, por conseguinte, não respeitou os limites interpretativos exigidos e delimitados pelo próprio texto da norma, subvertendo sua interpretação semântica. Exemplo claro desta violação é o trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, no qual este refere que é possível “contornar o óbice gramatical”²³⁷ do Art. 1.723 com diversos métodos hermenêuticos.

Ainda no que tange aos elementos semânticos da interpretação, uma das principais teses invocadas no julgamento da ADPF 132 / ADI 4277 foi a de que o constituinte, ao estabelecer o Art. 226, §3º, da CF, não pretendeu realizar exigências para os componentes de união estável, tendo o vocábulo

²³³ Idêntico entendimento foi expressado pela Ministra Carmen Lúcia em seu voto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011. p. 90-91. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

²³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

²³⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64. apud *Ibidem*, p. 169.

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1209.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011. p. 214. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

“união estável entre homem e mulher” sido instituído apenas com a finalidade de retirar as mulheres de uma posição inferiorizante à dos homens²³⁸, bem como para enfatizar a proteção das uniões não-matrimonializadas²³⁹. Este argumento, entretanto, não pode ser admitido, tendo em vista que, ao se realizar uma interpretação semântica, se lida com enunciados linguísticos, e não intenções ou vontades da lei ou do legislador²⁴⁰. A este respeito, dispõe Canotilho que:

A atribuição de um significado (mediação semântica de um enunciado linguístico-normativo) não procura ou investiga «vontades» com «pré-existência real»; estas «vontades» só podem ser tomadas em conta no processo de interpretação se e na medida em que tenham expressão linguística.²⁴¹ – grifos do autor.

Tendo isso em vista, a “vontade do constituinte” em instituir o §3º, do Art. 226, da CF, não se configura como elemento apto a interferir na interpretação da norma, uma vez que a finalidade alegadamente pretendida – de que não se intentou estabelecer exigências relativas à orientação sexual dos membros de

²³⁸ Destaca-se trecho do voto do Ministro Ayres Britto: “a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou sem papel passado ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 45. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

²³⁹ Esta tese é bem dissecada no voto do Ministro Luiz Fux, embora seja levantada em outros trechos da decisão: “Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“*entre homem e mulher*”). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil”. – grifos do autor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 74. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

²⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1209.

²⁴¹ *Ibidem*.

uniões estáveis – não encontra substrato na sentença “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

Outrossim, mesmo que se desconsidere a repetição entre as normas, não é cabível a realização de interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723 do Código Civil, uma vez que este instituto deve ser utilizado quando a norma interpretada não permitir a obtenção de um sentido inequívoco, dando azo a múltiplas possibilidades interpretativas, dentre as quais deve-se dar preferência à que melhor se compatibilize com a Constituição²⁴². Esta exigência não se verifica no caso do Art. 1.723, visto que não há, conforme indicou o Ministro Gilmar Mendes²⁴³, polissemia textual – em que pese o grau inerente de indeterminação semântica de todo texto normativo, enquanto composto de linguagem²⁴⁴ -, não se admitindo outras interpretações do texto normativo que não a expressão literal de que será reconhecido o caráter de entidade familiar à “união estável entre homem e mulher”. Assim, não possui tal norma “espaço de decisão”²⁴⁵, conforme aponta Canotilho.

De mesma maneira, consigna o doutrinador português, é inadmissível o uso de interpretação conforme à Constituição quando desta resultar regulação que contrarie o sentido literal ou o sentido objetivamente recognoscível da lei interpretada²⁴⁶, o que se verifica na interpretação conferida pelo STF no acórdão analisado. Por estas razões, em conjunto com as considerações realizadas no subcapítulo “2.2. A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO”, conclui-se pelo não-cabimento da interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723 do Código Civil na espécie.

Portanto, a interpretação do Art. 1.723 do Código Civil e do Art. 266, §3º, da Constituição realizadas no julgamento da ADPF 132 / ADI 4277, tanto do

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1226.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 159. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 148.

²⁴⁵ “A interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (=espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela” – grifos do autor. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1227.

²⁴⁶ *Ibidem*.

ponto de vista da interpretação constitucional quanto da interpretação conforme à Constituição, não podem ser admitidas, configurando-se, pelos motivos expostos, como práticas de ativismo judicial.

Realizados estes apontamentos, deve se fazer uma recapitulação dos elementos levantados neste subcapítulo. Inicialmente, concluiu-se que, (I) embora a questão submetida à análise do STF na ADPF 132 e ADI 4277 configure-se como uma questão política, não se aplica ao caso o dever de autocontenção judicial, expresso pela *political question doctrine*, tendo em vista que se está lidando com direitos fundamentais, exigindo-se atuação contramajoritária da Corte; assim, não se configura a simples análise do pedido de reconhecimento jurídico de uniões homoafetivas como ativismo judicial.

Em sequência, analisou-se o processo interpretativo realizado no acórdão analisado. Do ponto de vista da interpretação constitucional, concluiu-se que a (II) interpretação realizada pela Corte não respeitou os limites semânticos delineados pelo texto das normas interpretadas, havendo ativismo judicial neste quesito do acórdão. Ato contínuo, constatou-se a (III) inadmissão de argumentos que investiguem a vontade do legislador na tarefa de determinação do sentido do texto normativo interpretado, havendo, por conseguinte, ativismo da Corte neste ponto. E, em último lugar, entendeu-se (IV) pelo não-cabimento de interpretação conforme do Art. 1.723 do Código Civil nos moldes realizados no julgamento, cometendo a decisão, também neste aspecto, práticas de ativismo judicial.

Conjugando as observações relatadas com os demais elementos expostos ao longo deste trabalho, em especial no presente Capítulo, conclui-se que a decisão que julgou a ADPF 132 e a ADI 4277 incorreu em práticas de ativismo judicial, ao menos em partes. Realiza-se esta ressalva, haja vista que as conclusões II, III e IV levaram em conta apenas a tese vencedora do acórdão, formulada pelo Relator, Ministro Ayres Britto, e acompanhada pelo Ministro Luiz Fux, pela Ministra Carmen Lúcia, pelo Ministro Joaquim Barbosa²⁴⁷, pelo Ministro Marco Aurélio e pelo Ministro Celso de Mello. No que

²⁴⁷ Quanto ao Ministro Joaquim Barbosa, consignou este em seu voto que “o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil”, dispondo que reconhecia os direitos das uniões entre pessoas do mesmo sexo com base em “todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos

se refere aos votos destes ministros, por conseguinte, é certo que ocorreu ativismo judicial. Remanescem, pois, os votos do Ministro Ricardo Lewandowski, do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro C ezar Peluso, os quais, a despeito de terem votado pela procedência das a es, reconhecendo juridicamente as uniões homoafetivas, o fizeram por termos diversos dos arguidos pelo Relator. Passa-se, pois,   análise dos votos restantes.

O Ministro Gilmar Mendes, como já detalhado anteriormente, realizou em seu voto diversas obje es ao uso de interpreta o conforme   Constitui o na espécie, embora tenha reconhecido que recentemente o Supremo Tribunal Federal esteja admitindo o uso deste instrumento, mediante o proferimento de decisões manipulativas de efeitos aditivos²⁴⁸ e ²⁴⁹, em substitui o   postura de *self-restraint* anteriormente adotada pela Corte²⁵⁰.

Ato contínuo, rejeitou a aplica o de interpreta o conforme ao Art. 1.723 do Código Civil, tendo em vista a ausência de d vidas a respeito do sentido textual da norma. Todavia, asseverou que o texto legal não possuiria caráter excludente, de forma que, a despeito do não cabimento da pleiteada interpreta o conforme, não poderia a regra do Art. 1.723 ser invocada como fundamento para impossibilitar o reconhecimento de uniões homoafetivas. Por esta razão, entendeu pela necessidade de que o Tribunal desse uma resposta positiva   falta de modelo institucional sobre uniões entre pessoas do mesmo

direitos fundamentais” e em princípios constitucionais; igualmente, o Ministro não fez qualquer men o   interpreta o conforme do Art. 1.723, do CC. A despeito disso, considerar-se-  que incorreu em ativismo judicial conjuntamente com os demais ministros referidos, pois não manifestou divergências explícitas com o voto do Ministro Ayres Britto, limitando-se a dizer que acompanhava seu voto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Argui o de Descumprimento de Preceito Fundamental n  132 / A o Direta de Inconstitucionalidade n  4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 119-120. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Argui o de Descumprimento de Preceito Fundamental n  132 / A o Direta de Inconstitucionalidade n  4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 158. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

²⁴⁹ Conforme Elival da Silva Ramos: “As sentenças manipulativas aditivas são, como se observa, decisões de acolhimento, ou seja, nelas se declara a inconstitucionalidade de norma, sem a redu o do texto de seu enunciado, o que as aproxima das decisões que imputam inconstitucionalidade parcial qualitativa”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Argui o de Descumprimento de Preceito Fundamental n  132 / A o Direta de Inconstitucionalidade n  4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 158. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

sexo. Não obstante, o Ministro não explicitou qual o método interpretativo deveria ser usado para tanto, declarando ao final de seu voto que “em convergência quanto ao resultado básico acompanhava o Relator”²⁵¹, ainda que anteriormente tenha expressamente declarado divergências da tese deste.

Independentemente de qual via interpretativa foi utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, não se entende que incorreu na prática de ativismo judicial, tendo em vista que explicitamente rejeitou a interpretação conforme do Art. 1.723 do Código Civil - ao menos nos moldes tradicionais - e que entendeu pela procedência das ações sob a alegação de que o referido dispositivo não proíbe o reconhecimento jurídico de uniões estáveis, conclusão que vai ao encontro do entendimento manifestado neste trabalho. Ademais, acertadamente reconheceu o Ministro que a decisão tomada deve ter caráter provisório, vigendo apenas até que o legislador se manifeste sobre a controvérsia.

No que concerne ao Ministro Ricardo Lewandowski, manifestou em seu voto a rejeição à interpretação conforme do Art. 1.723 do Código Civil, arguindo que tal interpretação desbordaria dos limites delineados pelos parâmetros normativos da regra; rejeitou, igualmente, a possibilidade de interpretação extensiva do referido dispositivo ou do §3º do Art. 226 da CF. Não obstante, entendeu pela inexistência de impedimentos para que seja a união entre pessoas do mesmo sexo reconhecida como um novo tipo de entidade familiar, embora não esteja prevista no texto constitucional. Em face desta ausência, para o Ministro, configura-se a ocorrência de uma lacuna normativo-constitucional, entendimento que vai de encontro ao emanado pelo Relator em seu voto.

Em face da necessidade de reconhecimento jurídico das uniões formadas entre as pessoas homossexuais, de modo a concretizar seus direitos fundamentais, ocupou-se o Ministro da tarefa de colmatar a referida lacuna. Desta forma, entendeu o Ministro pela utilização de integração analógica para o preenchimento de sentido do vácuo normativo existente na Constituição a respeito das uniões homoafetivas. Tendo isso em vista, reconheceu juridicamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo, determinando que

²⁵¹ *Ibidem*, p. 199.

sejam estas regradas pelas normas do instituto mais próximo, ou seja, da união estável heterossexual. Entretanto, ressaltou o Ministro que o uso de analogia para colmatação da referida lacuna não possui caráter definitivo, devendo subsistir de forma provisória até que o Poder Legislativo dê adequado tratamento à matéria.

Conforme Canotilho, antes de se lançar mão da complementação do texto constitucional mediante operação integrativa, deve-se verificar se, de fato, existe uma lacuna de regulamentação, e não espaços jurídicos livres ou remissões ao direito infraconstitucional²⁵²; prosseguindo, dispõe o autor que:

[...] a lacuna pressupõe necessariamente uma *incompletude* contrária ao plano regulativo constitucional, mas pode dar-se o caso de ser a própria constituição a deixar intencionalmente por regular certos domínios da realidade social ou a remeter a sua disciplina normativa para o legislador (liberdade de conformação legislativa).²⁵³ - grifos do autor.

Realizando esta apuração no caso concreto, conclui-se pela possibilidade do uso de integração para preencher a referida lacuna, visto que, conforme já referido por diversas vezes ao longo do presente trabalho, a negação de reconhecimento jurídico às uniões entre pessoas do mesmo sexo é incompatível com os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, o que significa dizer, em última análise, que tal negação contraria o plano regulativo constitucional.

Ademais, entende o doutrinador que o método analógico é adequado para o preenchimento de lacunas, consistindo na transferência da regulamentação de certos casos para outros casos que mereçam idêntico tratamento jurídico²⁵⁴. Percebe-se, portanto, a total compatibilidade e identidade entre as operações descritas pelo autor para a solução de vazios normativos constitucionais e as realizadas no voto do Ministro. Por conseguinte, não se verifica a prática de ativismo judicial na atuação do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 132 / ADI 4277.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1236.

²⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1236.

²⁵⁴ *Ibidem*.

Por último, resta analisar o voto do Ministro Cézar Peluso. Proferido de forma breve, este voto se assemelha em diversos aspectos ao do Ministro Lewandowski. No entendimento do Ministro, em face da ausência de normas que regulem as uniões entre pessoas do mesmo sexo, verifica-se a existência de uma lacuna normativa na Constituição. Esta lacuna, argui, deve ser colmatada mediante o uso de analogia, regendo-se as uniões homoafetivas pelas mesmas regras aplicáveis às uniões estáveis heterossexuais, tendo em vista a similitude factual entre os institutos. Entretanto, ressaltou que ambas espécies de uniões não são idênticas, mas apenas semelhantes²⁵⁵; por esta razão, entende que se faz necessária a intervenção do Poder Legislativo, para que estabeleça regramentos próprios às uniões entre pessoas do mesmo sexo, atentando às particularidades destas. Visto que todos os argumentos levantados pelo Ministro em seu voto estão contidos no voto do Ministro Lewandowski, estendem-se àquele as considerações feitas a respeito deste, resultando o entendimento de que o Ministro Cézar Peluso não realizou práticas de ativismo judicial.

A despeito das anotações a respeito da ocorrência de ativismo judicial no julgamento, registra-se a crítica, de forma geral, à confecção da decisão final por parte do STF. Conforme relatado neste trabalho, embora todos os ministros tenham votado pela procedência das ações, o fizeram com base em variados fundamentos. A redação final do acórdão, entretanto, não demonstrou um raciocínio claro para a obtenção dos ditames da decisão tomada, verificando-se, na realidade, em especial em sua ementa e em seu dispositivo, um grande compilado de todos os argumentos registrados nos votos, sem uma evidente ordenação lógica, e, inclusive, fazendo coexistirem conclusões contraditórias entre si. Por estes motivos, ainda que se reputasse a conduta da Corte no julgamento como livre de quaisquer práticas ativistas, parece evidente que não apresenta a segurança jurídica necessária a um pronunciamento judicial que lide com um tema tão controverso quanto o analisado,

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011, p. 267. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017.

permanecendo um clima de instabilidade e incerteza para os parceiros homoafetivos que desejam ter seus direitos assegurados.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se identificar se no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, no qual foi reconhecida a necessidade de atribuição de efeitos jurídicos às uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo, foram perpetuadas práticas de ativismo judicial pelo órgão julgador, o Supremo Tribunal Federal.

Para a realização da tarefa descrita, foram sumarizados, no Capítulo 1, os votos de cada um dos ministros que participaram do julgamento, dando-se ênfase aos principais argumentos levantados por estes.

Em sequência, no Capítulo 2, foram, em um primeiro momento, realizados apontamentos doutrinários a respeito do contexto e das características do fenômeno do ativismo judicial, para, em um segundo momento, à luz dos elementos levantados, partir-se para a análise dos votos proferidos no julgamento.

Na ótica da jurisdição constitucional, discorreu-se a respeito do instituto da interpretação conforme à Constituição, pois, fora pleiteado nas referidas demandas que se utilizasse tal método para interpretar o Art. 1.723 do Código Civil, de modo a se enquadrar nesta norma a possibilidade de formação de uniões homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro. Concluiu-se, a este respeito, pela inadequação do instituto interpretativo para a procedência dos pedidos efetuados, uma vez que, entendendo-se que a referida norma se trata de uma reprodução de um dispositivo constitucional - o §3º do Art. 226 da Constituição Federal -, não se verificam as condições necessárias para o uso de interpretação conforme.

Continuando, trabalhou-se com a figura da “dificuldade contramajoritária”, entendendo-se que, em determinados casos, existe o dever de que os tribunais decidam em sentido contrário ao entendimento das maiorias sociais e políticas, quando for necessário que sejam resguardados direitos fundamentais de determinados grupos minoritários da população. Nestes casos, entendeu-se, haveria a possibilidade de as cortes adentrarem em matérias políticas sem que fossem cometidas práticas ativistas. Identificou-se a ADPF 132 e a ADI 4277, pois, como demandas que se relacionam a este princípio.

Outrossim, ampliou-se o campo de estudo introduzido no subcapítulo anterior, abordando-se o fenômeno conhecido como “judicialização da política”, intimamente relacionado ao ativismo judicial. Descreveu-se, desta forma, a recente mitigação das fronteiras entre o ramo jurídico e o ramo político. Esse fenômeno, constatou-se, pode ser considerado como decorrente da organização institucional estabelecida pelo próprio ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Ato contínuo, adentrou-se no fenômeno do ativismo judicial, demarcando suas diferenças em relação à judicialização da política e analisando seus aspectos principais. Utilizou-se, para tanto, de pontos de vista de diferentes doutrinadores, em decorrência do alto grau de controvérsia circundando o assunto. Em linhas gerais, conceituou-se o ativismo judicial como uma atividade expansiva deliberada do Poder Judiciário para resolver demandas sociais em relação às quais os outros poderes, em especial o Poder Legislativo, não conseguem atender de forma eficiente.

Por fim, estabeleceu-se determinados critérios práticos para averiguação do ativismo judicial, os quais foram imediatamente aplicados à decisão proferida no julgamento da ADPF 132 / ADI 4277. Em primeiro lugar, examinou-se a tese vencedora do acórdão, elaborada pelo Relator, Ministro Ayres Britto, e acompanhada por outros cinco ministros.

De início, considerando que as ações em tela versavam sobre direitos fundamentais de minorias, concluiu-se pela não existência de dever de autocontenção judicial da Corte frente às demandas, rejeitando-se, no caso concreto, os preceitos da chamada *political question doctrine*. Por conseguinte, sustentou-se que não houve ativismo judicial do acórdão neste quesito.

Procedeu-se, em seguida, à análise da interpretação conferida ao Art. 226, §3º, da CF, pelo voto-condutor, entendendo-se que foram, neste procedimento, desbordados os limites semânticos delineados pelos próprios aspectos linguísticos da norma, razão pela qual se verificou ativismo judicial da decisão neste ponto. De igual sorte, rotulou-se como ativista a investigação pela “vontade do constituinte” realizada nos esforços interpretativos do referido dispositivo.

Indo em frente, foram apresentadas complementações às observações já realizadas a respeito da interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723

do Código Civil, reforçando-se o não-cabimento desta técnica interpretativa na espécie, razão pela qual, neste ponto, incorreu a decisão em clara manifestação de ativismo judicial.

Tendo em vista essas ponderações, constatou-se o caráter manifestamente ativista da tese vencedora da decisão, elaborada pelo Ministro Ayres Britto. Completa esta tarefa, aprofundou-se nos votos dos ministros restantes.

Em relação ao voto do Ministro Gilmar Mendes, não foram encontrados os elementos ativistas que contaminaram a tese do Relator, uma vez que o ministro rejeitou a interpretação conforme à Constituição do Art. 1.723 do Código Civil, dando procedência às ações por entender que a norma, bem como a própria Constituição, mediante os direitos e princípios fundamentais nela manifestados, seria incompatível com interpretações excludentes das pessoas homossexuais. Ademais, afirmou que a matéria deve ser resolvida definitivamente na via legislativa.

No que concerne aos votos do Ministro Ricardo Lewandowski e do Ministro César Peluso, por fim, também não se verificou caráter ativista, porquanto ambos não concederam interpretação conforme à Constituição ao Art. 1.723 do CC, identificando, entretanto, uma lacuna constitucional a respeito das uniões homoafetivas. Ato contínuo, colmataram tal lacuna mediante o método integrativo, determinando a regulação, por analogia, das uniões entre pessoas do mesmo sexo pelas regras da união estável heterossexual, devendo essa operação ocorrer apenas de maneira provisória, até que haja interferência do Legislativo.

Por conseguinte, considera-se a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277 como parcialmente ativista, apenas no que diz respeito à tese adotada pelo Ministro Ayres Britto, pelo Ministro Luiz Fux, pela Ministra Carmen Lúcia, pelo Ministro Joaquim Barbosa, pelo Ministro Marco Aurélio e pelo Ministro Celso de Mello, não havendo ativismo, todavia, nos votos do Ministro Gilmar Mendes, do Ministro Ricardo Lewandowski e do Ministro César Peluso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p.518-546, 2016a. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/79/98>>. Acesso em 27 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, **Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p.1-50, jun. 2012. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>> Acesso em 27 nov. 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis, Rio de Janeiro**, 2016b. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/30806/21752>> Acesso em 27 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 1, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 27 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em 15 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 / Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 10 set. 2017

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política**. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 202, p.159-179, abr. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503043>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975. **ALERJ**. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>> Acesso em 27 nov. 2017.

RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975. **ALERJ**. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>> Acesso em 27 nov. 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 14 dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Os Dilemas da Representação Política**: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_dilemas_da_representacao_politica.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.