

UNIÃO HOMOAFETIVAS: ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Elcio João Gonçalves Moreira*
José Sebastião de Oliveira**

*Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas no Centro Universitário Cesumar/UniCesumar. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/Capes). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Membro do Grupo de Pesquisa Reconhecimento e Garantia dos Direitos da Personalidade. Endereço eletrônico: <elcio-moreira@hotmail.com>.

**Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Professor Efetivo do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – UniCesumar. Advogado no Paraná. Endereço eletrônico: <drjso@brturbo.com.br>.

Como citar: MOREIRA, Elcio João Gonçalves Moreira; OLIVEIRA, José Sebastião de. União homoafetiva: ativismo judicial e judicialização como efetivação de direitos da personalidade. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 187-201, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.
<https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v5n1.moreira.oliveira>

INTRODUÇÃO

Após um cenário de pós-guerra, várias nações ao redor do mundo buscaram realizar medidas institucionais visando à diminuição das desigualdades existentes, bem como garantir direitos sociais a todos. Essa problemática ganhou mais evidência com a política de Bem-Estar Social, a partir da garantia de direitos sociais inseridos na Carta Constitucional.

No Brasil, essas políticas podem ser efetivadas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde o Estado passou a garantir aos brasileiros direitos fundamentais e sociais, aproximando assim, a população aos três poderes constituintes, onde se criou novas formas de provocação do Poder Judiciário, de tal forma que o colocou mais próximo das pessoas.

A partir desse cenário, o Poder Judiciário passou a se colocar a frente de várias questões que surgiram em sociedade, instalando-se assim, um período de ativismo judicial e judicialização, principalmente, das questões de ordem social.

Em tendo abarcado para si a resolução de questões sociais de grande relevância, o Poder Judiciário ganhou uma maior visibilidade social, sendo o Supremo Tribunal Federal o seu maior expoente, que passou a deliberar a respeito de questões como direito de minorias, políticas públicas, efetivando de fato os direitos fundamentais a todos.

O presente trabalho pretende problematizar o ativismo judicial e a judicialização como uma forma de efetivação de direitos dos casais homoafetivos, que somente após a decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 132 e da ADI 4277, a união estável foi equiparada a casamento e, por meio da analogia houve a extensão desse direito as uniões homoafetivas, que passou a ser reconhecida como entidade familiar.

Por fim, a presente pesquisa se valeu do método teórico por meio de uma pesquisa bibliográfica em literatura que trata do tema/problema em obras doutrinárias, legislação e documentos eletrônicos de vários ordenamentos jurídicos, bem como o uso de jurisprudências, haja vista que o presente artigo visa discutir a atividade do jurisdicionado na tutela e viabilização de direitos às uniões homoafetivas.

1 DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial surge nos Estados Unidos a partir da ação da Corte Norte-Americana diante das deliberações a respeito da segregação racial (entre os anos de 1950 e 1960) e da invalidação de leis sociais(1857)¹. No caso da invalidação de leis sociais, após longo processo de discussão sobre a temática, a Corte Americana declarou inconstitucional a lei do estado de Nova Iorque, que estipulava em 60 horas semanais a jornada de trabalho dos padeiros², garantindo a

1 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

2 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8, n. 1, jan/jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2019.

esses trabalhadores uma jornada de trabalho digna.

Nessas demandas que foram apreciadas pela Suprema Corte Norte-Americana, em ambos os casos foram analisadas a razoabilidade, a constitucionalidade e a arbitrariedade das leis norte-americanas diante dessas questões sociais, fazendo com que a produção jurisprudencial passasse a ter um novo viés, um viés progressista e garantista perante questões que envolvessem direitos fundamentais.³

Ainda que se tenha como marco inicial do ativismo judicial o ano de 1857, com o caso já supracitado, apenas em 1947 com a matéria publicada por Arthur M. Schlesinger Jr. na revista *Fortune*, com o título de *The Supreme Court: 1947*, onde o termo “*judicial activism*” ganhou notoriedade no âmbito político-jurídico e social.⁴

Mesmo os juristas norte-americanos tendo buscado promover o bem-estar social por meio de suas decisões, estas geraram opiniões das mais diversas, pois alguns magistrados entendiam que o jurisdicionado não poderia extrapolar os limites impostos pela legislação, assim, para alguns o ativismo judicial se equipararia a uma ação inadequada do poder judicial.⁵

2 DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, o ativismo judicial em comparação com os Estados Unidos, tem se desenvolvido recentemente e, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que outorgou aos juízes várias prerrogativas, essa forma de atuação dos magistrados passou a ganhar maior notoriedade social, pois possibilitou aos mesmos uma atividade mais ativa socialmente.

Vários motivos podem ser elencados como responsáveis para que essa atividade jurisdicional mais notável e próxima da sociedade iniciasse, seja pela falta de garantia de acesso a direitos fundamentais (que não estavam positivados nas normas brasileiras) ou pela inércia do próprio Legislativo (que tem procrastinado na criação e discussão de determinadas leis).⁶

Assim, podem-se elencar como principais causas para o início de ativismo judicial, a carência de atuação do Poder Legislativo, bem como o fato já elencado anteriormente, que são as determinações da própria Constituição no seu bojo, que abriu espaço para o preenchimento das lacunas jurídicas existentes, por meio de ações como mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade.⁷

Seguindo essa ótica, Luís Roberto Barroso aduz sobre algumas atuações do Judiciário:

3 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8, n. 1, jan/jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2019.

4 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8, n. 1, jan/jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2019.

5 CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil.** Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

6 VALLINDER, Torbjörn. **The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction,** *International Political Science Review*, v. 15, n. 2, 1994, p. 91.

7 NASSIF, Luís. **A aula de TeoriZavaski sobre o ativismo judicial.** Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

[...] um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.⁸

Esse tipo de atuação vem ganhando cada vez mais espaço nas esferas políticas, traduzindo-se em uma nova vertente para o Poder Judiciário e garantindo uma amplitude de direitos a todos.

3 DA JUDICIALIZAÇÃO

O processo de judicialização está diretamente ligado ao exercício legislativo que o Poder Judiciário vem desempenhando em determinados casos que, de certa forma, possuem relevância social onusando o Poder Legislativo na sua atividade típica, deixa de realizar seu papel originário.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, temos o conceito de judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.⁹

Ainda nessa perspectiva, Barroso elenca em três as causas que deram início ao processo de judicialização:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. [...] A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. [...] A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um

8 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

9 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. [...].¹⁰

Com esse novo cenário instaurado, a sociedade tornou-se mais próxima do Judiciário, passando a vê-lo como real efetivador de direitos, seguindo essa lógica, é o que elenca Werneck Vianna:

Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação. Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional. Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *classactions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor.¹¹

Apesar do processo de judicialização e o ativismo judicial terem as mesmas vertentes, ambos possuem suas peculiaridades, bem como especificidades que os diferenciam um do outro.

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial 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 as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹²

Muito embora a judicialização tenha sua constituição a partir do modelo constitucional adotado e o ativismo judicial tem sua origem das decisões dos julgadores, ambos surgem “como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais”¹³, o papel que cada

10 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

11 VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social: Revista de sociologia da USP. v. 19, n. 2. São Paulo: USP, FFLCH, pp. 39-85, nov., 2007.

12 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

13 MACIEL, Débora Alves. KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova, n. 57, 2002, p. 116. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-

um desempenha na efetivação de direitos, vem se mostrando eficaz, de tal forma que a diferença não se sobressaia em relação à efetividade.

4 ENTRAVES E PERCURSOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL EM FACE DO DIREITO DE FAMÍLIA E DE PERSONALIDADE

A partir dessa mudança de perspectiva a respeito da atuação do Poder Judiciário, o ativismo judicial e a judicialização possibilitou a remodelação das estruturas familiares no Brasil sob a ótica judicial, que passou a acompanhar os anseios sociais e as modificações que já vinham ocorrendo em nossa estratificação social nas suas decisões.

Pautando-se na análise do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, realizada no ano de 2011, que passou a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, por analogia ao reconhecimento já existente da união estável heterossexual, a vida conjugal homossexual passou a ter mais respaldos jurídicos. Essa ação do Supremo Tribunal Federal, em certa medida, gerou alguns questionamentos por parte daquelas pessoas mais conservadoras, sob o argumento que o ativismo judicial desestruturaria a democracia, em razão de ter ratificado uma união estável distinta daquela elencada pela Constituição Federal, prevista no §3º do art. 226, para um homem e uma mulher.

Entretanto, as uniões homoafetivas já vinham ocorrendo há muito tempo, o que faltava era uma regulamentação que possibilitasse direitos e garantias aos companheiros, além de meios que viabilizasse a concretização de um planejamento familiar e parental adequado.

Antes do julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, as uniões homoafetivas eram reconhecidas pela jurisprudência apenas como uma sociedade de fato, tendo somente a possibilidade de aferição de direitos patrimoniais, afastando assim, o caráter afetivo que é o liame que caracteriza a entidade como sendo familiar. Para tal perspectiva, a jurisprudência valeu-se da Súmula Nº 380 do STF: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”¹⁴

Todavia, diante de uma determinação pioneira da Justiça do Rio Grande do Sul, que passou a viabilizar por meio dos Juizados Especiais de Família as uniões de pessoas do mesmo sexo no ano de 1999, tem-se o primeiro caso de desentranhas das uniões homoafetivas.

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de

64452002000200006&lng=pt&tng=pt>. Acesso em: 10 abr.2019.
14 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 03 abr.2019.

Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)¹⁵

Além desse primeiro caso de pioneirismo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2001 agiu novamente, desta vez em relação aos direitos sucessórios de um casal homoafetivo, possibilitando ao companheiro o direito de herança.¹⁶

Por meio da ação de algumas jurisprudências ao longo dos anos no Brasil, alguns direitos foram facilitados aos casais homoafetivos, direitos esses que anteriormente eram exclusivos aos casais heterossexuais, tais como: direito de comunhão parcial de bens, direito a pensão alimentícia no caso de separação, direito a pensão do INSS em caso da morte do parceiro, direito de colocar o companheiro como dependente em Planos de Saúde, direito a mencionar o parceiro como dependente ao declarar o Imposto de Renda, direito a adotar crianças entre outros.

5 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

5.1. da dignidade da pessoa humana

Quando promulgada a Constituição Federal de 05 de outubro de 2018 estabeleceu-se várias prerrogativas de atuação do Estado, além de elencar alguns princípios como basilares, no caso da Carta Constitucional brasileira, a mesma trouxe como princípio norteador de suas normas o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes descreve a dignidade da pessoa humana como sendo:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”¹⁷

Ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador de todo o arcabouço jurídico brasileiro, os legisladores voltam seus olhares para a proteção de todos aqueles

15 BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A599075496&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 03 abr.2019.

16 BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70001388982&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 03 abr.2019.

17 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128.

que fazem parte da sociedade, compelindo-lhes direitos e deveres, além de promover os meios para uma vida digna.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana se coloca como um direito irrenunciável, devendo o Estado reconhecê-lo e buscar meio de efetiva-lo.¹⁸ Assim, o não reconhecimento dos direitos e princípios elencados pela Constituição Federal de 1988 abre espaço para bloquear o desenvolvimento da vida particular das pessoas, bem como a sua atuação perante à sociedade.

Nessa linha de pensamento Gilmar Ferreira Mendes aduz que:

“O princípio da dignidade da pessoa humana inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que ‘os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.’”¹⁹

As uniões homoafetivas buscam seu reconhecimento social amparada pelos princípios constitucionais de proteção humana, de tal modo que possa realmente ser uma forma de entidade familiar e ter os mesmos direitos que uma entidade familiar heterossexual possível, tendo em vista que ainda vigora em nossa sociedade os padrões heteronormativos.

A respeito disso Maria Berenice Dias elenca:

“Ao contrário do que se pensa, considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade e deixar de ser marginalizadas.”²⁰

Assim, o Estado, enquanto garantidor de direitos a todos os indivíduos que o compõe, não deve apenas se utilizar da dignidade como impedimento ao seu exercício, quando o mesmo se vale do uso demasiado, logo, cabe ao Estado promover a dignidade e também a integração social²¹, daqueles que dele necessitam.

Nesse mesmo ensinamento a jurisprudência, diante da inércia do Estado já vem deliberando acerca dessa temática, assim ensina a ministra Nancy Andrighi:

“Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal

18 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

19 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

20 DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45.

a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.”²²

A jurisprudência há muito tempo já demonstra a importância que o princípio da dignidade humana tem em nosso ordenamento jurídico, de tal forma que sempre utiliza-o como argumentação em suas decisões, logo, o referido princípio deve estar sempre sendo invocado para concretizar os anseios sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tão importante que dele emana vários outros princípios, que estão intrinsecamente ligados aos direitos fundamentais e sociais de todo ente ²³, e em especial os direitos de personalidade.

Maria Berenice Dias ainda menciona:

“O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e da igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de orientação sexual. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha.”²⁴

Dessa forma, a orientação sexual não deve ser objeto de discriminação por parte das pessoas, muito menos por parte do Estado, haja vista que o mesmo é aquele que deve tutelar e promover o desenvolvimento de todos os seus membros, sem qualquer tipo de distinção seja ela sexual, cultural, religiosa ou racial, posto o que o princípio da dignidade da pessoa humana preconiza, diante de nosso ordenamento jurídico.

5.2. do ativismo judicial e judicialização: o reconhecimento pelo STF da união homoafetiva

Em fase das múltiplas questões que envolvem a discussão do reconhecimento de pessoas do mesmo sexo no Brasil, temos um Estado engessado, uma vez que prima pela moral e bons costumes, baseado em dogmáticas religiosas. Fato esse não cabível a um estado laico, laicidade essa postulada na Carta Constitucional Federal de 1988.

Atualmente há uma maior discussão por parte do Judiciário de questões polêmicas,

22 BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.199.667 - Rel. Min. Nancy Andrighi. Mato Grosso, 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21102832/recurso-especial-resp-1199667-mt-2010-0115463-7-stj/inteiro-teor-21102833>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

23 BARROSÓ, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.372.

24 DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

questões que o Estado se limita a discutir sobre, baseado em preceitos fundamentalistas e pautas heteronormativas.

Dessa forma, existe uma maior atuação, no que concerne a efetivação dos direitos ligados a casais homossexuais pelo ativismo judicial e pelo processo de judicialização, por ser um tema polêmico e, muito menos pacificado, o Poder Judiciário tem atuado de forma a promover a incorporação dos casais homoafetivos à sociedade de forma igualitária, baseando-se no texto constitucional e nos seus princípios norteadores.

A respeito desse ativismo o Ministro Luiz Roberto Barroso conceitua:

“(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.”²⁵

Assim, o Judiciário com o objetivo de atender as reivindicações da sociedade, passa a atuar de forma a solucionar os casos que até então o Poder Executivo e Legislativo não se dispunham a sanar, tomando pra si a autoridade do ente estatal que deveria esclarecer essas questões sociais.²⁶

No que se refere ao reconhecimento da união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal, tomou para si essa questão e por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.277²⁷ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132²⁸ a Suprema Corte, estendeu à interpretação do art.1.723 do Código Civil²⁹, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, por meio de analogia.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado papel ativo nas questões de amplo abarcamento político, onde considerou por meio da união estável a união homoafetiva como uma entidade familiar, tal qual a união heterossexual, prevista até então com exclusividade no art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988³⁰.

25 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

26 MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, nº58,2000.

27 BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº4.277. Distrito Federal, 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1088_ADI_4.277_-_Extrato_de_ata.pdf>. Acesso em: 03 abr.2019.

28 BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/332_ADPF132_parecerAGU.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

29 BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

30 OLIVEIRA, José Sebastião de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Do casamento civil heterossexual e o homossexual**: duas realidades distintas na perspectiva da diversidade sexual – enfim, nos direitos brasileiros e português, existem casamentos gays, e, em existindo, em que condições jurídicas? In: CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Novos Rumos dos Direitos Especiais da Personalidade e Seus Aspectos Controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 304-305.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sendo uma instituição social, a família acaba por sofrer diversos tipos de influências seja na sua esfera pública ou privada, de tal forma que a sua estruturação atual, é resultado de um processo sistêmico.

Assim, essas modificações no âmbito familiar possibilitaram surgimento de novos arranjos familiares, que vem acompanhando a evolução social, a família hoje é plural, mosaica, nuclear, extensa, poliafetiva entre outros.

A Constituição Federal de 1988 elenca como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, princípio este que visa a promoção de uma vida digna a todos, bem como o direito de se desenvolver socialmente, trazendo consigo sua bagagem cultural e social, para seu pleno desenvolvimento.

As uniões homoafetivas é uma realidade presente em nosso meio social, logo, o Direito e os aparatos do Estado deve dar total respaldo a todas a questões que envolve essa instituição, entretanto, o Estado não se mostra aberto a discutir essa temática, fato que demandou uma ação do Poder Judiciário, em detrimento da inércia do Poder Legislativo Federal brasileiro.

Assim, por meio do ativismo judicial e do processo de judicialização os direitos e deveres decorrentes da união estável heterossexual foram estendidos à união homoafetiva, desta forma, teve-se o reconhecimento das uniões homoafetivas como uma entidade familiar.

Esse engessamento do Poder Legislativo no reconhecimento das uniões homoafetivas como uma entidade familiar, demonstra que os padrões sociais ainda estão presentes em sociedade, tais como a heteronormatividade, onde o centro das discussões se pauta na heterossexualidade.

Nesse contexto, pode-se observar que dentre os poderes constituídos o Poder Judiciário, em certa medida, vem acompanhando em suas decisões os anseios e modificações ocorridas no seio da sociedade, trazendo uma visão panorâmica do social, deixando de lado aspectos religiosos, tradicionalistas e fundamentalistas.

Essa atuação possibilitou que os princípios constitucionalmente estabelecidos fossem preservados e garantidos a todos, estendendo-os às uniões homoafetivas, mesmo que ainda haja alguns entraves sociais por conta dos padrões impostos socialmente, que afeta e muito a constituição da família homoafetiva, perante a sociedade brasileira.

Em um país onde todos são iguais perante a lei, essa questão ainda não está totalmente pacificada, o Poder Executivo e Legislativo ainda não se coloca pronto em discutir acerca dessa temática, deixando a cargo do Poder Judiciário a atuação efetiva, que tomou pra si a discussão e julgou a ADPF 132 e ADI 4277, iniciando-se assim no país, ações por meio do ativismo judicial e da judicialização, pois se dependesse do Poder Legislativo Federal até hoje, nada teria se alterado diante da forte pressão da bancada religiosa, especialmente, a evangélica, que até hoje rejeita o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional, ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº4.277. Distrito Federal, 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1088_ADI_4.277_-_Extrato_de_ata.pdf>. Acesso em: 03 abr.2019.

BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/332_ADPF132_parecerAGU.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** - REsp 1.199.667 - Rel. Min. Nancy Andrighi. Mato Grosso, 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21102832/recurso-especial-resp-1199667-mt-2010-0115463-7-stj/inteiro-teor-21102833>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A599075496&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 03 abr. 2019.

CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

União Homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DUARTE PINHEIRO, Jorge. **O direito da família contemporâneo**. 3. ed. Lisboa: aafdl, 2010.
- FARIAS, Mariana de Oliveira. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012.
- FERRARI, Geala Geslaine. FRANÇA, Ferrari. DE CASTRO, Loreanne Manuella. **As Novas Formas de Entidades Familiares Advindas com a Constituição Federal de 1988 e a Reprodução Humana Assistida como Instrumento Facilitador para a Formação das Famílias Homoafetivas**. Revista de Direito Público. Londrina, v.8, n.2, p.139-158, mai./ago.2013. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/15866/13119>>. Acesso em: 03 abr. 2019.
- FERRAZ, Carolina Valença. **Manual de Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GROSS, Martine. **L'Homoparentalité**. Paris: Le Cavalier Bleu, 2009, p. apud OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. **Famílias contemporâneas: as voltas que o mundo dá e o reconhecimento jurídico da homoparentalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 57.
- GUIMARÃES, Fabiana Bartholi. **Alterações no Legislativo após o julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277: uma análise do comportamento objetivo e subjetivo do Congresso Nacional**. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/alteracoes-no-legislativo-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-adi-4-277-uma-analise-do-comportamento-objetivo-e-subjetivo-do-congresso-nacional/>>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- HOLANDA, Liv Lessa Lima. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal: análise do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277**. Santa Catarina: Revista Brasileira de Teoria Constitucional. n.º. 1, v. 4, 2018, p. 56-77.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova, n. 57, 2002, p. 116. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 10 abr.2019.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: Amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP: São Paulo, nº58,Nov.de 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires et al. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos. **Família e parentalidade:** olhares da psicologia e da história. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

MOSCHETTA, Silvia OzelameRigo. **Homoparentalidade:** direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. Curitiba: Juruá, 2011.

NADAUD, Stéphane. **L’homoparentalité:** uma nouvelle chance pour La famille? Paris: Fayard, 2002.

NASSIF, Luís. **A aula de TeoriZavaski sobre o ativismo judicial.** Disponível em: <<https://jornal-ggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

OLIVEIRA, José Sebastião de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Do casamento civil heterossexual e o homossexual:** duas realidades distintas na perspectiva da diversidade sexual – enfim, nos direitos brasileiros e português, existem casamentos gays, e, em existindo, em que condições jurídicas? In: CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Novos Rumos dos Direitos Especiais da Personalidade e Seus Aspectos Controvertidos.** Curitiba: Juruá, 2013.

REIS, Clayton. **O planejamento familiar:** um direito de personalidade do casal. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. v. 8, n. 2, p. 415-435, jul./dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, HáliaPauliv. **Orientação Sexual:** conscientização, necessidade, realidade. Curitiba: Juruá, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial:** nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8, n. 1, jan/jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2019.

VALLINDER, Torbjörn. **The Judicialization of Politics – A Word-wide Phenomenon:** Introduction,International Political Science Review, v. 15, n. 2, 1994, p. 91.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política.** Tempo Social: Revista de sociologia da USP. v. 19, n. 2. São Paulo: USP, FFLCH, 2007.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **A adoção no âmbito da família homoafetiva sob o prisma do direito contemporâneo.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12912>. Acesso em: 03 abr. 2019.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Minorias Sexuais: direitos e preconceitos.** Brasília: Consulex, 2012.

UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção.** Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

Recebido em:05/06/2020

Aprovado em :15/06/2020