

## ADIn 4.277: uma decisão judicial ativista?

Antonio Gomes Moreira Maués<sup>1</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

No julgamento da ADIn 4.277, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu juridicamente as uniões estáveis homoafetivas “com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”. A decisão do STF atraiu críticas da comunidade jurídica e resistências na própria esfera judicial<sup>2</sup>. Dentre as críticas mais ouvidas, encontra-se aquela que afirma que o STF teria ultrapassado os limites de sua competência, modificando a Constituição por meio de uma decisão judicial “ativista”. Antes mesmo da conclusão do julgamento, alguns destacados autores já expressavam essa visão: “O que preocupa neste tipo de pedido de tutela judicial é que ele traz consigo – de modo subterrâneo – uma ideia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a ‘bons ativismos judiciais’ para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar” (STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 77). Embora reconhecessem que a demanda pelo reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo era legítima, os autores afirmavam que o texto constitucional, que se refere à “união estável entre homem e mulher” (art. 226, § 3º), impunha limites à interpretação judicial. Caso ultrapassasse esses limites, baseando-se na ideia de que o legislador constituinte ter-se-ia omitido na matéria, o STF tomaria uma decisão inspirado na “jurisprudência dos valores” e na tese das “normas constitucionais inconstitucionais”.

Neste trabalho, nosso objetivo é analisar se a decisão do STF pode ser criticada como ativista ou se, ao contrário, o Tribunal interpretou corretamente a Constituição. Para isso, partiremos de uma delimitação

<sup>1</sup> Doutor em Direito (USP). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Professor Associado da Universidade Federal do Pará.

<sup>2</sup> Em Goiânia, o juiz titular da Vara da Fazenda Pública anulou de ofício um contrato de união estável homoafetiva que havia sido firmado após a decisão do STF e determinou que os cartórios se recusassem a registrar esse tipo de união. A decisão foi posteriormente cassada pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás.



tação do conceito de ativismo judicial, feita com base no contexto no direito brasileiro pós-1988. Em seguida, analisaremos os fundamentos dos votos dos Ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes, escolhidos como representativos dos argumentos desenvolvidos pelo STF em favor das uniões homoafetivas. Com base nesses estudos e na análise dos princípios e decisões legislativas, administrativas e judiciais relacionadas à matéria, buscaremos responder à questão proposta.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para entender o que significa “ativismo judicial” no contexto brasileiro, é necessário partir do conceito de Estado Democrático de Direito, estabelecido na Constituição da República.<sup>3</sup> Esse Estado Democrático possui uma dupla dimensão: procedimental e substantiva. A dimensão procedimental consiste no estabelecimento de um conjunto de instituições por meio das quais o povo soberano participa do processo de tomada de decisões políticas. Dentre as mais importantes dessas instituições, encontram-se a escolha de representantes por meio de eleições livres, periódicas e imparciais, decididas pela regra de maioria; o exercício do poder diretamente pelo povo, por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular; a existência de mecanismos de fiscalização do exercício do poder público, como os conselhos de participação popular (MAUÉS, 1999). A dimensão procedimental da democracia também inclui a titularidade e o exercício de direitos políticos, incluindo o direito à livre organização partidária.

Apesar de sua importância, a dimensão procedimental não esgota o conceito de democracia adotado pela Constituição da República. Ao lado dos direitos políticos, a Constituição reconhece um conjunto de outros direitos fundamentais, que vinculam todos os poderes públicos e gozam de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). Além daqueles expressamente reconhecidos na Constituição, também são direitos fundamentais os decorrentes de seu regime e princípios e os constantes nos tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro (art. 5º §

<sup>3</sup> Os primeiros desenvolvimentos doutrinários do conceito de Estado Democrático de Direito, após a promulgação da Constituição de 1988, encontram-se na obra de Silva (2007), que se inspirou em trabalhos anteriores do constitucionalismo espanhol e português, especialmente Díaz (1992) e Canotilho (2000). Essa referência ao constitucionalismo ibérico justificava-se pela grande influência da Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição Espanhol de 1978 sobre o processo constituinte brasileiro.



2º). Esse conjunto de normas indica que o modelo de democracia adotado no Brasil possui também um caráter substantivo: ao lado da participação política, o Estado Democrático de Direito exige a titularidade e o exercício do conjunto dos direitos fundamentais da pessoa humana. Ademais, indica a possibilidade de contínua expansão desses direitos, seja pela ratificação de tratados internacionais pelo Brasil, seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais implícitos. Confirmando esse entendimento, a Constituição de 1988 coloca fora do alcance do poder de reforma constitucional os direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º).<sup>4</sup>

A organização do Estado a partir de um modelo procedimental e substantivo de democracia acarreta mudanças importantes no exercício da função judicial (FARIA, 1991; VIANNA *et alii*, 1999). No caso brasileiro, a Constituição de 1988 ampliou o conjunto de garantias judiciais dos direitos fundamentais, fazendo com que uma série de conflitos políticos e sociais pasassem a ser levados ao poder judiciário. A Constituição manteve a tradição do controle de constitucionalidade das leis pela via incidental e ampliou o uso da via direta por meio da expansão da legitimidade ativa e da criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental; revigorou ações constitucionais já existentes em nosso ordenamento (*habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública) e criou novas ações (*habeas data* e mandado de injunção), além de reconhecer que a inconstitucionalidade pode advir tanto de ações quanto de omissões do poder público. Note-se, ainda, que a possibilidade de recurso ao judiciário para proteger direitos fundamentais é reforçada pelo fato de que a maioria dessas ações é meio hábil para proteger tanto direitos de caráter individual, quanto direitos de caráter coletivo e difuso.

O uso efetivo desses mecanismos pela sociedade brasileira, a partir de 1988, fez com que o poder judiciário em nosso país passasse a ser um ator mais presente no sistema político. Com independência de saber qual o grau de “judicialização da política” no Brasil (VIANNA *et alii*, 1999; MAUÉS; FADEL, 2007; POGREBINSCHI, 2011), deve-se reconhecer que a hermenêutica desenvolvida pelos juízes é indispensável para compreender o significado da Constituição (RUBIO LLORENTE, 1997, p. 463-504; STRECK, 2009).

<sup>4</sup> Embora o inciso IV desse parágrafo mencione “os direitos e garantias individuais” como limites à reforma constitucional, o próprio STF entende que essa cláusula pétrea não se refere apenas aos direitos previstos no art. 5º. Ver, por exemplo, sua decisão na ADIn 939.



Esse novo papel exercido pelo judiciário, no entanto, não se coaduna com a visão tradicional, legada especialmente pela Revolução Francesa aos países de direito romanista. A sempre lembrada expressão de Montesquieu do juiz como “boca da lei” encontrou sua institucionalização no modelo francês de Constituição, baseado na supremacia do parlamento (BLANCO VALDÉS, 1998), a qual não possibilitava o exercício do controle judicial de constitucionalidade. Muito diferente do quadro atual, em que o judiciário muitas vezes é chamado a servir de árbitro de conflitos sociais e políticos, definindo como a Constituição deve ser interpretada em determinado contexto.

O papel do poder judiciário no Estado Democrático de Direito, portanto, é o pano de fundo para entender os problemas identificados sob a rubrica do “ativismo judicial”. Esses problemas não podem ser confundidos com a possibilidade de “erro” dos juízes ao julgar uma causa, provocado por uma interpretação equivocada do direito pertinente, possibilidade que sempre está presente no funcionamento do sistema jurídico e orienta a existência de recursos aos tribunais superiores para harmonizar a interpretação da Constituição e das leis. O ativismo judicial não se refere, portanto, simplesmente a decisões judiciais tomadas sem fundamento jurídico. No contexto que nos interessa aqui, essa expressão é utilizada naquelas situações em que o juiz reconhece um “direito” inexistente no ordenamento jurídico e a gravidade dessa conduta consiste em violar a divisão de poderes, uma vez que o juiz se substitui ao legislador democrático, que passa a ter sua competência para regular a sociedade limitada em matérias que não estão previstas na Constituição.<sup>5</sup> Assim, a decisão da ADIn 4.277 seria uma decisão “ativista” porque reconheceu o direito à união estável homoafetiva, tema que somente poderia ser objeto de decisão do legislador.

Como se nota, a crítica ao ativismo judicial encontra sua base no princípio da divisão de poderes, e parte da ideia, correta no sistema constitucional democrático, de que nem tudo o que o legislador pode fazer no desenvolvimento da Constituição o judiciário também pode fazer. Isso significa que há competências do legislador que não podem ser exercidas pelo judiciário e que há um espaço outorgado pela Constituição à deliberação política feita pelos órgãos representativos. Porém, existe outro lado da moeda na discussão sobre o ativismo judicial: tão grave quanto a invasão da competência do legislativo pelo judiciário é

<sup>5</sup> Na literatura nacional, nem sempre a conceituação do ativismo judicial assume conotação negativa. Ver Barroso (2011).



que ele deixe de garantir a proteção de um direito fundamental, assumindo indevidamente uma postura de contenção perante o legislador.

O passivismo judicial<sup>6</sup> equivale a um ativismo judicial “por omissão”, o qual é tão grave quanto sobrepor-se ao legislador, pois deixa de proteger um direito reconhecido, embora não expressamente, pela ordem constitucional. No Brasil, esse problema talvez seja mais frequente que o ativismo judicial, uma vez que, apesar do que foi afirmado pelo art. 5º, § 2º, nossa cultura jurídica ainda é muito resistente ao reconhecimento de direito implícitos, presa que está a interpretações literais da própria Constituição, em uma versão empobrecida do positivismo jurídico.

Essas considerações demonstram que não é possível definir se uma decisão judicial é ou não ativista sem enfrentar o aspecto central do problema: em um caso dado, existe ou não o direito fundamental alegado? Em outras palavras, o julgamento favorável à demanda significa reconhecer a existência de um direito fundamental implícito, decorrente do regime e dos princípios da Constituição? Ou, ao contrário, esse julgamento leva ao exercício indevido de funções legislativas pelo judiciário?

Os marcos em que colocamos essa questão não se prestam a respostas genéricas. Portanto, somente em cada caso, aprofundando a interpretação dos direitos fundamentais em questão, podemos avaliar se houve ou não uma decisão judicial ativista. Para essa análise, o ponto de partida não pode deixar de ser a Constituição, que, como já citado, abre a possibilidade de reconhecimento de outros direitos fundamentais além daqueles expressos no texto constitucional. O que se busca é saber se os princípios e regras constitucionais foram interpretados corretamente e se existe ou não o direito fundamental alegado.

A prática constitucional brasileira após 1988 conhece vários casos de direitos reconhecidos pela via judicial<sup>7</sup>, o que demonstra que esse tipo de decisão nem sempre é criticada como uma decisão “ativista”. Nas seções seguintes, pretendemos passar a decisão da ADIn 4.277 por

<sup>6</sup> Utilizamos aqui o termo proposto por Dworkin (1999, cap. 10), embora em sentido ligeiramente distinto do contexto original.

<sup>7</sup> Por exemplo, o STF compreende que a exigência de determinação judicial para ingresso na “casa” sem consentimento do morador (art. 5º, XI) inclui “escritórios profissionais” (HC 82.788) e “quarto de hotel” (RHC 90.376), e que a imunidade dos “templos de qualquer culto” (art. 150, VI, *b*) se estende também a “lotes vagos e prédios comerciais dados em locação” (RE 325.822) e “cemitérios” (RE 578.562).



esse crivo: há princípios constitucionais que fundamentam essa decisão? Se afirmativa a resposta, eles foram interpretados corretamente no caso?

### 3 FUNDAMENTOS

Tradicionalmente, os sistemas de direito romanista não atribuem à motivação das decisões judiciais a mesma importância que elas possuem no sistema de *common law*, no qual as normas jurídicas são construídas a partir da jurisprudência. As mudanças no direito brasileiro pós-1988, contudo, também levaram a uma alteração nesse quadro, particularmente no que tange às decisões do STF dotadas de efeito vinculante e às súmulas vinculantes. Em ambos os casos, a importância dos precedentes judiciais demanda conhecer os fundamentos da decisão para que se possa interpretá-la e aplicá-la aos casos pertinentes.

Além disso, a análise dos fundamentos dos votos, em casos complexos como o da ADIn 4.277, permite compreender o processo hermenêutico desenvolvido pelo tribunal, identificar os argumentos que foram decisivos para determinada decisão e, portanto, concluir se ela se ajusta ou não aos parâmetros constitucionais. Tendo em vista os limites deste trabalho, selecionamos para análise somente os votos do Ministro Relator, Ayres Britto e do Ministro Gilmar Mendes.

Em ambos os casos, observa-se, de início, que os Ministros invocaram princípios constitucionais como fundamento para o atendimento da demanda, o que demonstra que os marcos em que colocamos a questão sobre o ativismo judicial da decisão também são utilizados pelo STF.

O Ministro Ayres Britto inicia seu voto abordando as uniões homoafetivas como aquelas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público, continuidade e propósito de constituição de uma família, recordando ainda que, de acordo com a Constituição de 1988, o critério do sexo não pode ser utilizado como “fator de desigualação jurídica”, salvo “expressa disposição constitucional em contrário”. Isso implica reconhecer que está vedado o “tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos” e que o “bem de todos”, previsto pela Constituição, também se alcança por meio da “eliminação do preconceito de sexo”.

Para o Ministro, o conceito de sexo não deve ser entendido de maneira a significar apenas os órgãos sexuais, mas também suas funções



de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Não tendo a Constituição discriminado entre essas modalidades do “concreto emprego do aparelho sexual humano”, ela “entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas. Embutida nesse modo instintivo de ser a ‘preferência’ ou ‘orientação’ de cada qual das pessoas naturais”. Assim, o Ministro Ayres Britto pode reconhecer que a vedação à discriminação por razão de sexo inclui a vedação da discriminação por orientação sexual, o que significa proteger a “livre disposição da sexualidade”. Os limites estariam apenas nas vedações especificamente definidas em lei, como o estupro, a pedofilia, o incesto e o concubinato. Sobre essa base, o Ministro expande seu argumento para considerar que a liberdade sexual faz parte da autonomia da vontade, concretizando-se tanto como direito à intimidade quanto direito à privacidade.

No que se refere às relações de família, o Ministro propõe uma interpretação “não reducionista” do instituto, que seria a mais condizente com a Constituição. Para fins da proteção do Estado, a Constituição não faria diferença entre a família constituída formalmente “e aquela existente ao rés dos fatos”. Por essa razão, o casamento torna-se somente uma das modalidades de constituição da família, modificando o regime anterior. A prova disso é a própria consagração constitucional do instituto da união estável, cuja referência, no texto do art. 226, § 3º, ao “homem” e à “mulher”, explica-se pela tradição do mundo ocidental e pela preocupação em ultrapassar o preconceito contra a “companheira”. Reconhecida a união estável como “entidade familiar” tão protegida quanto a família constituída pelo casamento, o Ministro conclui: “tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. (...) Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham”.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes também julga procedente a ação para interpretar que o dispositivo constitucional não obsta o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, afirmando que



o “suporte” desse reconhecimento encontra-se nos “princípios constitucionais”.

O primeiro argumento destacado pelo Ministro diz respeito à segurança jurídica. Partindo do reconhecimento de que a união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo é um “fato da vida”, o Ministro observa que, embora essas uniões sejam semelhantes a outros tipos de união expressamente referidas na Constituição como entidades familiares, há uma série de dificuldades para seu reconhecimento jurídico, uma vez que a ausência de regulamentação específica sobre elas torna incerto “o reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas”. Conseqüentemente, a administração e o judiciário tomam decisões divergentes sobre os benefícios que devem ser conferidos a essas uniões e os interesses que devem ser protegidos.

Segundo o Ministro, a falta de legislação sobre a matéria demonstra as dificuldades que os órgãos representativos enfrentam para decidir sobre temas que geram grande controvérsia na sociedade. Prova disso seriam as várias proposições legislativas do Congresso Nacional que, desde 1995, buscaram regulamentar, sem êxito, a união entre pessoas do mesmo sexo. Sem desconhecer a complexidade do tema e afirmando que é necessário que o Poder Legislativo busque uma solução consensual para a questão, o Ministro reconhece que “a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva”.

Após uma análise da legislação de outros países sobre o tema, onde se destaca a variedade de soluções normativas adotadas, o Ministro defende que o judiciário dê resposta à questão, uma vez que se trata “do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional”. Esses direitos fundamentais estariam baseados no direito à liberdade e em outros princípios e garantias constitucionais,<sup>8</sup> assim, “A orientação sexual e

<sup>8</sup> Dentre outros, o Ministro se refere à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), aos objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV), à igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*) e à punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).



afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação, como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes”. Dessa forma, o Ministro fundamenta o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no direito constitucional à liberdade, especialmente no que se refere ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ao qual corresponde um “dever de proteção” do Estado.

O Ministro Gilmar Mendes, no entanto, não concorda que se baseie esse reconhecimento, tal como feito pelo Ministro Relator, no art. 226, § 3º, que, para ele, aplica-se somente às uniões entre homem e mulher. Essa “leitura interpretativa alargada” não seria admissível, uma vez que a Constituição silenciou sobre as uniões de outro tipo. Assim, o Ministro invoca outros direitos fundamentais que justificam a proteção jurídica dessas relações, com base nos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, do autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de opção sexual. A decisão judicial, portanto, se justifica, com base na interpretação da Constituição, para cumprir com o dever de proteção que esses direitos impõem ao Estado, tendo em vista a ausência de regulamentação legal e a proteção insuficiente na esfera administrativa.

Por essa razão, o Ministro discorda que o STF conceda às uniões homoafetivas os mesmos efeitos das uniões estáveis, entendendo que ainda cabe ao Congresso Nacional deliberar sobre o tema, definindo o modelo institucional que se aplica a ele. A atuação do STF, portanto, seria uma “solução provisória”, que deixa um “espaço reservado ao regramento legislativo” e o estimula. Tendo em vista o caráter fundamental dos direitos envolvidos, a falta (“lacuna”) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva justifica a aplicação da norma existente “no que for cabível”.<sup>9</sup> Tal como sintetizado pelo próprio Ministro: “É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional

<sup>9</sup> Nesse passo da argumentação, o Ministro baseia suas conclusões na “teoria do pensamento do possível”, invocando autores como Zagrebelsky e Häberle.



(art. 226, § 3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.” Para esse problema, a solução provisória é a aplicação do dispositivo da união estável “naquilo que for cabível”.<sup>10</sup>

#### 4 PRINCÍPIOS

Os votos acima expostos demonstram a preocupação dos Ministros em fundamentar na Constituição a solução dada ao caso. Mesmo havendo divergências entre eles, os argumentos apresentados compartilham o esforço de interpretar a Constituição para saber se ela autoriza ou não o reconhecimento das uniões homoafetivas e apresentam concepções bem elaboradas sobre o significado dos direitos fundamentais em nosso ordenamento.

Essa evidência talvez fosse suficiente para afastar a crítica de que se trata de uma decisão judicial “ativista”, uma vez que se deve reconhecer que os fundamentos dos votos são plausíveis, isto é, a interpretação feita pelo STF é uma das possibilidades oferecidas pela Constituição. Cabe-nos ainda perguntar, contudo, se essa é a melhor interpretação dos princípios constitucionais utilizados no caso.

Uma das vias mais adequadas para responder a essa pergunta busca identificar de que maneira esses princípios vêm sendo construídos no direito brasileiro. Dessa forma, o conteúdo normativo dos princípios decorre da prática constitucional desenvolvida a partir de 1988, o que inclui o conjunto de decisões políticas, judiciais e administrativas que, consolidando-se no decorrer do tempo, demonstram de que modo determinados princípios são compreendidos em nosso ordenamento. Em oposição a descrições abstratas dos princípios constitucionais – que tem pouco a oferecer no estabelecimento de limites ao exercício da função judicial – essa abordagem propõe um caminho de investigação

<sup>10</sup> Essa divergência pode significar que o Ministro Gilmar Mendes admite que o legislador reconheça direitos às uniões heteroafetivas que não se aplicam às uniões homoafetivas. No entanto, a maioria do STF seguiu a orientação do voto do Ministro Ayres Britto, negando a possibilidade de discriminação entre as duas situações, tal como explicitado na ementa do acórdão.



focado no conjunto de casos que, nas diferentes esferas de exercício do poder público, levaram à interpretação e aplicação dos princípios constitucionais.

No tema da união homoafetiva, o princípio mais importante utilizado pelo STF para a fundamentação de sua decisão é o direito à igualdade. Isso significa que é necessário saber se a orientação sexual pode ser utilizada como critério de discriminação para deixar de reconhecer direitos das uniões entre pessoas de sexo distinto às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Como é sabido, o juízo sobre a igualdade é mais complexo do que o juízo sobre a identidade. O princípio da igualdade se aplica à existência de situações similares, não de situações idênticas, o que significa que dois casos podem ser tratados como iguais ou como diferentes de acordo com o critério que se utilize para sua comparação. Por essa razão, a igualdade sempre envolve uma análise de três elementos: as duas situações que estão sujeitas ao juízo sobre sua igualdade/diferença e o termo de comparação.

Essa concepção da igualdade encontra-se de modo manifesto no direito constitucional brasileiro. Homens e mulheres, por exemplo, são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I) e não pode haver diferença de salários por motivo de sexo (art. 7º, XXX). Porém, as mulheres possuem o direito constitucional à licença-maternidade de 120 dias (art. 7º, XVIII) e à proteção de seu mercado de trabalho (art. 7º, XX), o que significa que, com base nos critérios da maternidade e do acesso ao mercado de trabalho, homens e mulheres devem ser tratados de maneira distinta, o que não ocorre em relação ao critério da remuneração pelo trabalho. Portanto, quando se modifica o termo de comparação, a conclusão sobre se dois casos devem ser tratados como iguais ou como diferentes também pode se modificar.

No que se refere às uniões estáveis, os votos analisados reconheceram tanto aspectos comuns quanto aspectos diferentes nas relações entre pessoas de sexo distinto e pessoas do mesmo sexo. Portanto, é necessário saber como a orientação sexual vem sendo tratada, sob o ponto de vista do direito à igualdade, no direito brasileiro. A orientação sexual tem sido admitida como critério de discriminação?

Embora a Constituição de 1988 tenha consagrado o direito à igualdade em vários de seus dispositivos<sup>11</sup>, incluindo artigos especifi-

<sup>11</sup> Este parágrafo e os seguintes estão baseados em Maués; Arruda (2012).



camente direcionados à busca de igualdade material de determinados grupos sociais, seu texto não contém nenhuma referência à discriminação por orientação sexual<sup>12</sup>. Contudo, a demanda por reconhecimento que não obteve eco na Constituinte não tardou a ingressar no sistema jurídico brasileiro, pela via das Constituições Estaduais. A Constituição do Estado do Mato Grosso, por exemplo, em seu art. 10, III, prevê “a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.” Disposições similares encontram-se nas Constituições dos Estados de Alagoas (art. 2º, I), Sergipe (art. 3º, II), Pará (art. 3º, IV) e na Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 2º, parágrafo único).

Ainda no nível estadual, foram editadas leis com o objetivo de promover a igualdade de direitos entre as diversas orientações sexuais. Tais leis podem ser divididas, de acordo com seu objeto, em três categorias:

a) combate à discriminação: estabelecem sanções às práticas discriminatórias baseadas na orientação sexual das pessoas (Lei nº 2.615/00 – Distrito Federal; Lei nº 3.157/05 – Mato Grosso do Sul; Lei nº 14.170/02 – Minas Gerais; Lei nº 7.309/03 – Paraíba; Lei nº 5.431/04 – Piauí; Lei nº 3.406/00 – Rio de Janeiro; Lei nº 12.574/03 – Santa Catarina; Lei nº 10.948/01 – São Paulo);<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Proposta de inclusão de disposição nesse sentido foi derrotada no Plenário da Constituinte por 130 votos a favor e 317 contra.

<sup>13</sup> De modo a exemplificar o conteúdo dessa legislação, citamos a lei paulista, que dispõe que será punida “toda manifestação atentatória ou discriminatória praticada contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero” (art. 1º); define como atos discriminatórios “praticar qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica; proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público; praticar atendimento selecionado que não esteja devidamente determinado em lei; preterir, sobretaxar ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares; preterir, sobretaxar ou impedir a locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade; praticar o empregador, ou seu preposto, atos de demissão direta ou indireta, em função da orientação sexual do empregado; inibir ou proibir a admissão ou o acesso profissional em qualquer estabelecimento público ou privado em função da orientação sexual do profissional; proibir a livre expressão e manifestação de afetividade, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos” (art. 2º); e estabelece um processo administrativo para apurar e punir esse atos, prevendo como mais grave sanção a cassação da licença de funcionamento (arts. 4º a 6º).



b) educação sexual: tratam da inclusão de conteúdos sobre orientação sexual nos currículos escolares (Lei nº 3.576/05 – Distrito Federal; Lei nº 1.592/95 – Mato Grosso do Sul; Lei nº 12.491/97 – Minas Gerais; Lei nº 12.284/06 – São Paulo);

c) ações afirmativas: estabelecem políticas voltadas para a promoção dos direitos dos homossexuais (Lei nº 7.901/05 – Paraíba; Lei nº 8.225/02 – Rio Grande do Norte; Lei nº 11.872/02 – Rio Grande do Sul).<sup>14</sup>

De volta ao plano federal, somente em 2001 teremos a primeira legislação que faz referência à orientação sexual, a Lei Nacional de Transtornos Mentais (Lei nº 10.216/01) que, em seu art. 1º, dispõe: “Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, *orientação sexual*, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos, e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.”

Com maior repercussão, a Lei de Combate à Violência contra a Mulher (Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06) também proíbe expressamente a discriminação por orientação sexual, em dois de seus dispositivos: “Art. 2º. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, *orientação sexual*, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.” e art. 5º: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (...) Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de *orientação sexual*.”

Nota-se, portanto, que o legislador, a partir de 1988, passou a explicitar que a orientação sexual não pode ser utilizada como critério

<sup>14</sup> A lei gaúcha, além de conter dispositivos similares aos das leis do primeiro grupo, inova ao obrigar a administração pública a promover a educação para os direitos humanos, enfatizando a discriminação por orientação sexual (art. 1º, § 6º); ao exigir que nos contratos, convênios, acordos, parcerias ou quaisquer relações mantidas com a Administração Estadual, direta ou indireta, deva constar cláusula fazendo referência expressa à observância da lei (art. 3º, § 1º); e ao obrigar a Administração Pública, direta e indireta, e seus prestadores de serviço, conveniados ou contratados a promoverem “condições de trabalho que respeitem a dignidade e os direitos fundamentais ameaçados ou violados em virtude da condição ou das situações referidas no art. 1º desta Lei.” (Art. 4º).



de discriminação, reconhecendo, além disso, que os preconceitos e o tratamento discriminatório existentes na sociedade devem ser objeto de políticas públicas de promoção da igualdade.<sup>15</sup>

Além dessas decisões tomadas no plano legislativo, vale destacar, também, o reconhecimento havido em várias esferas administrativas. Assim, a igualdade de direitos entre uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas foi reconhecida em diversos campos:

a) direitos previdenciários: adotada a partir de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, a Instrução Normativa nº 25/00, do INSS, disciplinou o pagamento de pensão por morte e auxílio-reclusão a companheiro ou companheira homossexual. O conteúdo dessa Portaria foi ratificado pela Portaria nº 513/2010, do Ministério da Previdência Social, que estabeleceu que os dispositivos que tratam de dependentes no âmbito do Regime Geral da Previdência Social “devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” (art. 1º).<sup>16</sup>;

b) direito à educação: a Portaria Normativa nº 5/2009, do Ministério da Educação, que regulamenta o processo seletivo do Programa Universidade para Todos (PROUNI), de concessão de bolsas em instituições particulares de ensino superior, estendeu o conceito de grupo familiar, para apuração da renda familiar (art. 6º, § 5º), “aos grupos familiares nos quais ocorra união estável, inclusive homoafetiva”. Tal norma foi mantida nos anos seguintes;

c) direito à saúde: a Agência Nacional de Saúde Suplementar, invocando “os princípios dispostos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente o da igualdade (art. 5º, caput), o da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), o da liberdade (art. 5º, caput) e o da proteção da segurança jurídica”, editou a Súmula Normativa nº 12/2010, estabelecendo que “Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário ti-

<sup>15</sup> O principal exemplo dessas políticas encontra-se no plano federal, com a criação do Programa Brasil sem Homofobia, a realização das Conferências LGBT e a criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT.

<sup>16</sup> Cabe observar que o próprio STF, por meio do Ato Deliberativo 27/2009, reconheceu como dependente econômico de seus servidores “o companheiro ou a companheira de união homoafetiva estável” (art. 1º), decisão esta tomada antes do julgamento da ADIn 4.277. No Estado do Rio de Janeiro, a inclusão de companheiros do mesmo sexo como dependentes dos servidores públicos foi admitida pela Lei 5.034/2007.



tular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo” (art. 1º);

d) direitos dos contribuintes: respondendo a pedido de uma servidora pública federal, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do Parecer nº 1503/2010, reconheceu a possibilidade de inclusão do companheiro ou companheira homossexual como dependente para efeito de apuração do Imposto de Renda.

Esse conjunto de decisões demonstra que, também na esfera administrativa, foi sendo promovida a igualdade de direitos entre uniões heteroafetivas e homoafetivas, corroborando a ideia de que a orientação sexual não pode ser utilizada como critério de discriminação para negar direitos às pessoas que possuem orientação homoafetiva. Observa-se que, nessas decisões, busca-se aplicar diretamente o direito fundamental à igualdade, tal como se desenvolve no parecer da PGFN acima citado, que serve como exemplo das razões que as justificam: “inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações mediante traço distintivo genético ou sexual, sem qualquer justificativa jurídica para tanto. Não se pode dispensar a uniões com a mesma finalidade estabilizadora e familiar tratamento diferenciado tão somente em razão da orientação sexual íntima dos parceiros”.

Por fim, no âmbito judicial, além de várias decisões que reconheciam a união estável homoafetiva, algumas delas citadas no acórdão do STF, vale lembrar o importante precedente firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em aplicação do art. 14, § 7º, da Constituição da República, segundo qual o cônjuge de titular de cargo executivo é inelegível no território de sua jurisdição. Em 2004, ao julgar o Respe nº 24.564/PA, o TSE decidiu que, verificada a convivência contínua e duradoura, essa norma também se aplicava à relação estável homossexual, tendo em vista sua similitude com as relações estáveis entre pessoas de sexo diferente, bem como as de concubinato e casamento.

Na fundamentação de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, Relator, afirmava que, embora o ordenamento jurídico brasileiro ainda não houvesse admitido a “comunhão de vida” entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, esse relacionamento deveria ter reflexo na esfera eleitoral, tendo em vista a existência nele de “forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns”. Em defesa dessa tese, o TSE aduzia ainda decisões judiciais anteriores que haviam reconhecido os efeitos patrimoniais e previdenciários dessas relações. Assim, embora a decisão do TSE impusesse, na prática, uma



restrição de direitos como decorrência da convivência homossexual, ela também afirmava o igual tratamento das uniões entre pessoas do mesmo sexo e pessoas de diferentes sexos.

A decisão do STF, portanto, não foi tomada em meio a uma completa indeterminação sobre o significado do princípio da igualdade no campo da orientação sexual no direito brasileiro. Nos vários casos aqui apresentados, um conjunto de decisões legislativas, administrativas e judiciais tiveram o mesmo sentido de vedar a discriminação negativa por orientação sexual. Sua coerência ao longo do tempo evidencia de que maneira o direito à igualdade foi sendo interpretado, nesse campo, na prática constitucional brasileira.

## 5 CONCLUSÃO

A análise dos fundamentos da decisão do STF na ADIn 4.277 e da construção do direito à igualdade em matéria de orientação sexual na prática constitucional brasileira enfraquecem os argumentos contrários ao reconhecimento das uniões homoafetivas que se baseiam na crítica ao “ativismo judicial” do STF. Mesmo que o legislador federal não tenha regulamentado essas uniões, nota-se que o sentido traçado a partir de 1988 é o crescente reconhecimento de direitos a essas formas de união estável, o que ajuda a entender porque nenhum Ministro do STF encontrou argumentos que autorizassem utilizar a orientação sexual como critério de discriminação negativa. O fato de que não tenha havido reação à decisão do Congresso Nacional, manifestada, por exemplo, pela aprovação de legislação que vedasse esse reconhecimento, também demonstra a dificuldade de se opor ao sentido das decisões anteriores tomadas sobre o tema.

Nesse caso, portanto, o STF cumpriu corretamente o seu papel. O direito constitucional brasileiro autoriza o poder judiciário a reconhecer direitos implícitos, por exemplo, estendendo direitos expressamente reconhecidos a situações similares. Essa autorização constitucional é particularmente importante – tal como destacado pelos Ministros – quando envolve direitos das minorias, cuja possibilidade de obterem reconhecimento pela via legislativa é dificultada por preconceitos arraigados na sociedade.<sup>17</sup> Tendo em vista o sentido tomado pelo orde-

<sup>17</sup> Cabe observar que, mesmo autores que defendem uma visão procedimental da justiça constitucional ou o minimalismo judicial, reconhecem que os direitos das minorias podem exigir uma intervenção mais firme do poder judiciário. Ver Ely (1980, cap. 6) e Sunstein (1993, cap. 5).



namento jurídico a partir de 1988, a ausência de deliberação legislativa sobre a matéria abre justamente o espaço para que a justiça constitucional possa proteger o direito à igualdade.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BLANCO VALDÉS, Roberto. **El valor de la constitución**. Madrid: Alianza, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1992.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Cambridge: Harvard, 1980.
- FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MAUÉS, Antonio Moreira. **Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. Circuitos interrompidos: as ADIns dos partidos políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MAUÉS, Antonio Moreira; ARRUDA, Paula. Instituições, formações sociais diversas da família e condição dos homossexuais no Brasil. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SCAFF, Fernando Facury (Orgs.). **Discriminação por orientação sexual**. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional. Florianópolis: Conceito, 2012.
- POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.



RUBIO LLORENTE, Francisco. **La forma del poder**. Estudios sobre la Constitución. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, nº 2, p. 75-83, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard, 1993.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

