



Centro Universitário de Brasília – Uniceub

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais- FAJS

ERUSA MATOS DO CARMO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E UNIÃO HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE A
PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Brasília
2014**

ERUSA MATOS DO CARMO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E UNIÃO HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE A
PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Monografia submetida a Universidade
Centro Universitário de Brasília como
requisito parcial para obtenção de título de
diploma de graduação em Direito.**

**Orientador: Paulo Gustavo Medeiros
Carvalho**

**Brasília
2014**

ERUSA MATOS DO CARMO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E UNIÃO HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE A
PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Monografia submetida a Universidade
Centro Universitário de Brasília como
requisito parcial para obtenção de título de
diploma de graduação em Direito.**

**Orientador: Paulo Gustavo Medeiros
Carvalho**

Brasília

2014

Banca Examinadora

Prof

Prof.

Prof.

A Deus, por me dar força, sabedoria, paciência, humildade nesta jornada de pesquisa, a qual foi acompanhada por intensos momentos de incertezas, angústias, inseguranças, medos. A minha mãe, por me apoiar neste crescimento pessoal e acadêmico, por acreditar na minha capacidade, pelas palavras doces de carinho e ternura que foram de suma importância para o andamento do trabalho. Aos amigos considerados irmãos de coração, os quais me deram força e apoio durante a evolução do projeto. Ao professor e orientador Paulo Gustavo Medeiros Carvalho através do seu olhar humano e posicionamento igualitário entre educador e aluno, foi capaz de proporcionar tranquilidade e segurança para o desenvolvimento da monografia, do mesmo modo que, se mostrou atencioso durante o período de orientação.

“Portanto, os bens subjetivos, tais como um caráter nobre, uma mente capaz, um temperamento feliz, um ânimo jovial e um corpo bem constituído e completamente saudável, logo, de modo geral, são o que há de primário e mais importante para a nossa felicidade; por isso, deveríamos estar muito mais aplicados na sua promoção e conservação do que na posse de bens e honra exteriores.”

Arthur Schopenhauer

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o fenômeno da mutação constitucional e seu reconhecimento no caso da união estável homoafetiva. O trabalho irá apontar a evolução da definição de família, bem como a necessidade de promoção de políticas públicas para amparar os grupos sociais desfavorecidos. A mutação constitucional é um processo de mudança informal no texto da Carta Magna, no atual estudo com a utilização de perfil aditivo, por meio do qual através do método interpretativo, a norma é extraída do enunciado normativo como um produto final, o que acarreta em uma nova visão da análise do texto constitucional no âmbito da jurisdição constitucional. Mostra a atuação ativa do Poder Judiciário ao proferir decisões em um contexto de ausência de norma regulamentadora para o caso controvertido, porém essa prática parece ser permitida e coaduna com os preceitos do Estado Democrático de Direito, representado pelo Neoconstitucionalismo. A mutação será identificada através de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mostrando a importância do órgão como guardião da Carta política. Do mesmo modo que, na defesa de proteção aos casais homossexuais com fundamento na interpretação conforme à Constituição, na esfera dos direitos fundamentais, princípios constitucionais, luta contra a homofobia, repúdio à discriminação e no conceito hodierno de família, a qual está pautada na afetividade como molde norteador da entidade familiar. E também apontar os limites de atuação do Supremo na interpretação da Constituição ao proferir decisões de perfil aditivo, criativo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. União homoafetiva. Princípios constitucionais. Mutação constitucional. Ativismo judicial. Decisões do supremo tribunal federal. Interpretação conforme à constituição. Sentenças aditivas.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 UNIÃO HOMOAFETIVA | 11 |
| 1.1 Conceito de família e sua evolução..... | 11 |
| 1.2 Atuação positiva do Estado na proteção aos homossexuais..... | 15 |
| 1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana..... | 20 |
| 2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL | 23 |
| 2.1 Conceito..... | 23 |
| 2.2 Classificação da mutação | 28 |
| 2.3 A mutação como processo de interpretação judicial..... | 37 |
| 3 ATIVISMO JUDICIAL e NEOCONSTITUCIONALISMO | 37 |
| 3.1 Ativismo judicial..... | 37 |
| 3.2 Neoconstitucionalismo..... | 40 |
| 4 A MUTAÇÃO A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 45 |
| 4.1 Análise da mutação através da ADI 4277/DF e ADPF 132 do Supremo Tribunal Federal..... | 45 |
| 4.1.1 <i>Voto do Ministro Relator Ayres Britto</i> | 45 |
| 4.1.2 <i>Voto da Ministra Carmen Lúcia</i> | 52 |
| 4.1.3 <i>Voto do Ministro Joaquim Barbosa</i> | 54 |
| 4.1.4 <i>Voto do Ministro Gilmar Mendes</i> | 56 |
| 4.2 Críticas à atuação ativa do Supremo Tribunal Federal..... | 66 |
| 4.3 A utilização de sentença aditiva no Supremo Tribunal Federal como veículo de mutação constitucional..... | 72 |
| 4.4 Legitimidade e limites da atuação do Supremo Tribunal Federal..... | 74 |
| CONCLUSÃO | 77 |
| REFERÊNCIAS | 79 |

INTRODUÇÃO

No Brasil, tema que repercute discussão por parte da doutrina, é acerca do papel particular do Poder Judiciário na aplicação e na interpretação da Constituição.¹

Ao órgão tem sido outorgado rótulo de ativista principal, por isso cabe à análise acerca da legitimidade e limites dos poderes de sua atuação no processo de concretização da norma.

O intuito do presente trabalho é o estudo acerca das mudanças informais na Constituição, as quais decorrem ao longo dos anos com as transformações sociais, entretanto sem modificar a letra da lei, e por meio da interpretação judicial. Sem olvidar o caráter rígido da Carta Magna Brasileira, a qual necessita de processo formal e profundo para alterar o seu texto.

Esse é o fenômeno da mutação constitucional que teve origem a partir da doutrina alemã com a introdução do conceito por Paul Laband.

Na pesquisa acadêmica, o tema será mostrado conforme a vertente da doutrina alemã e brasileira, bem como apontar o reconhecimento da mutação constitucional a partir do caso em tela através da decisão do Supremo Tribunal Federal. Então, o presente trabalho irá estudar o fenômeno da mutação por meio da interpretação judicial e apresentar a legitimidade e limites de atuação da Suprema Corte.

Será verificada a mutação constitucional via sentenças de perfil aditivo. Assim, será utilizada como referência a classificação feita por Riccardo Guastini a respeito dessas decisões, as quais estão pautadas no processo hermenêutico de interpretação, conforme a Teoria da Norma de Friedrich Müller, que a norma é produto da interpretação, é extraída do texto normativo para ganhar vida quando aplicada ao caso concreto, na concretização da norma.

O trabalho apresenta a ideia de que a Constituição deve estar concatenada com o mundo real e o fático. Assim, a norma jurídica é interpretada e concretizada inserida em um

¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes em entrevista concedida ao Conjur, alertou que o Judiciário brasileiro tem adotado um papel protagonista na interpretação e aplicação da Constituição, papel esse que não lhe é deferido no quadro da separação dos poderes. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues. Acesso em: 20 mar.2014.

programa normativo, a qual a norma jurídica está aberta aos fatos que a condicionam, mas dentro de uma limitação.

Esta temática gera muitas dúvidas em relação ao papel exercido pelo Poder Judiciário na incumbência de empreender a compatibilidade do ser e do dever-ser, no âmbito da mutação constitucional. A pesquisa monográfica visa mostrar a ocorrência da mutação por sentenças manipulativas de perfil aditivo, sua legitimação dentro do Estado Democrático de Direito, mesmo na atual conjuntura de separação entre os três poderes.

No primeiro capítulo do trabalho, será apontado o conceito de família antes da decisão do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e sua evolução após a decisão. Também sobre as medidas positivas do Estado para a proteção dos grupos homossexuais, bem como a necessidade de amparo legal e políticas públicas, as quais deveriam ter plena eficácia; entretanto, verifica-se que a realidade não é essa. E acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, contemplado na Constituição e norteador na filosofia do Neoconstitucionalismo.

O segundo capítulo estudará o conceito de mutação constitucional, sua classificação, terminologia e ocorrência via interpretação judicial, aplicando-se o método hermenêutico, assim, a mutação acontece quando a interpretação jurídica é feita e finaliza-se com a concretização da norma. Apontará a interpretação judicial como veículo de mutação constitucional. A visão do processo de interpretação é de que se deve respeitar um limite cabível, racional e ponderável do que pode ser extraído do enunciado normativo, sem ultrapassar o programa da Constituição. E também como um fator necessário para chegar a concretização da norma.

Será abordada também, a atividade criativa do intérprete no processo hermenêutico, à luz da jurisdição constitucional.

No terceiro capítulo, será mostrado o ativismo judicial empreendido pelo Poder Judiciário em face de casos controvertidos, os quais possuem ausência de respaldo legislativo e o Supremo Tribunal Federal acaba por responder os anseios da sociedade que batem à sua porta em busca do reconhecimento de direitos.

Este, como não poderá ficar inerte, ou silente ao exercício jurisdicional por falta de amparo legal, resulta em adequar a solução para o caso controvertido, com amparo no programa da Constituição. Atividade esta em pleno acordo com a Carta Magna, bem como com o propósito da filosofia Neoconstitucionalista. De efetiva proteção aos Direitos

Fundamentais em qualquer situação de violação, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana e a separação dos poderes. Considerando que a tripartição dos poderes, já não é mais vista como predizia Montesquieu, mas sim de forma independente e harmônica.²

Por fim, o quarto capítulo irá trazer uma análise interpretativa das decisões do Supremo Tribunal Federal, mostrando a ocorrência das sentenças manipulativas de perfil aditivo, empreendidas pela Suprema Corte na decisão do caso em cotejo. Bem como, sua legitimidade e limites na interpretação e concretização da norma, respeitando o programa normativo e parâmetros contemplados pela Constituição.

Assim, o presente estudo, irá apontar a ocorrência da mutação constitucional por interpretação judicial, através das sentenças manipulativas de perfil aditivo, dentro de uma legítima roupagem da tripartição dos poderes, e com respeito aos limites impostos no desenvolvimento e concretização da norma.

Metodologicamente, foi utilizado referencial bibliográfico e de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

²ATHAYDE DE A. VARELA, Maria da Graça Bellino de. Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das clausulas gerais e das lacunas legislativas. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, n.11, p. 201-220, jan/jun. 2012.

1 UNIÃO HOMOAFETIVA

1.1 Conceito de Família e sua evolução

No presente capítulo será apontado o conceito de família antes da promulgação da Constituição de 1988, e após. Os pontos que serão desenvolvidos adiante mostrarão como era o pensamento da sociedade brasileira e qual o tratamento que a legislação dava para os casais homossexuais. Bem como, a evolução desse contexto. Ou ainda, se houve uma evolução. Esse questionamento será apontado; pois essa modificação poderá aparecer de uma forma aparente, ainda sendo vista de forma arcaica.

No Brasil a família tinha essência patriarcal até a metade do século XIX. O pai era o chefe de família. A única modalidade de família aceita era de casamento religioso. O Estado não pronunciava sobre outras possibilidades, mantinha uma atitude conservadora. E sob a influência dos dogmas da igreja católica, a ideia era de preservar a família tradicional existente: patriarcal, hierarquizada e heterossexual.³

A Constituição Brasileira de 1824 não mencionava a família. Somente o casamento religioso, permeado nos moldes da igreja católica, era reconhecido. Qualquer forma distinta de união não possuía validade.⁴

Com o processo de urbanização, a emancipação das mulheres, a industrialização, as modificações econômicas e as revoluções tecnológicas, um conceito diferenciado de família passou a ser adotado, a qual o núcleo familiar tornou-se cada vez menor, compunha um número estreito de integrantes. Período no qual a mulher ingressou no mercado de trabalho e deixou de ser considerada apenas como dona de casa e reprodutora.⁵

Nesse viés, aquela ideia de família grande e com intuito de reprodução cedeu lugar a uma família menor e mais afetiva. Prevaleceu o companheirismo, o convívio familiar, as relações de afeto, a contribuição para o sustento de lar, ou seja uma nova realidade.⁶

³FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 394, p.140, nov /dez. 2007.

⁴LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.268.

⁵FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 394, p.140, nov /dez. 2007.

⁶FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 394, p.140, nov /dez. 2007.

Com a edição do Código Civil Brasileiro de 1916. O casamento ainda era o elemento formador da família, ademais a união estável já era admitida pela doutrina, jurisprudência, leis especiais.⁷

O Código Civil de 2012 atualizou antigas disposições. Excluiu do ordenamento jurídico, por exemplo, o pátrio poder, aquela família a qual o pai era o representante. E passou a denominar de poder familiar, fazendo uma inclusão da mãe no domínio familiar. Bem como, o reconhecimento da união estável e também do cônjuge como herdeiro.⁸

O grande salto foi com a hodierna Constituição de 1988. Reconheceu o instituto da família de uma forma mais ampla e atual. Capaz, em partes, de acompanhar as mudanças sociais.

Foi a partir do século XX, com a ocorrência das transformações sociais, que a homossexualidade passou a ser vista de uma forma menos preconceituosa, com aspectos de tolerância. O Estado, de forma gradativa, vai se distanciando dos preceitos religiosos. E os conceitos que eram vistos de uma forma restrita, com pouca abertura na sociedade, passam por um processo de modificação.⁹

O termo homossexualismo deixa de ser utilizado. O sufixo *ismo* significa doença. Estudos científicos foram realizados, e chegaram a conclusão de que não se trata de uma doença. Mas, sim de uma orientação sexual. Portanto o termo correto é homossexualidade.¹⁰

Foi com a promulgação da Constituição de 1988 que teve reconhecida a união estável e o núcleo familiar monoparental, aquele formado por um só ascendente e seus filhos, como entidade familiar. A Constituição reconheceu a possibilidade de formação de outros tipos de família, considerando-as como entidade familiar.¹¹

⁷LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

⁸FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 394, p.140, nov /dez. 2007.

⁹FERREIRA, Alex José de Souza e Junior; ARAÚJO, Vicente Gonçalves de . A união homoafetiva e ordenamento jurídico brasileiro: uma análise do posicionamento do STF. *Revista CEPPG- centro de extensão pesquisa e pós graduação* , Centro de Ensino Superior de Catalão-CESUC, ano 15, n. 26, 1 semestre 2012.

¹⁰LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

¹¹LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

Cabe ressaltar um aspecto importante. A Constituição Federal trouxe um rol exemplificativo no seu artigo 226 e parágrafos. Família é um conceito amplo. A constituição não mencionou expressamente uma possibilidade ou uma vedação dessa cláusula de caráter aberto.¹²

Nesse sentido Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do artigo 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.¹³

A afetividade tornou-se um princípio constitucional implícito, pois ele ampara, protege, concede subsídios, proteção, carinho para a família.¹⁴

Este princípio está mais que arraigado nas decisões judiciais. A exemplo, os casos de reconhecimento de paternidade. O judiciário reconhece o direito a paternidade para quem cria, educa, protege o interessado. Complementa Luiz Roberto Barroso ao dizer que os antigos valores como a consanguinidade e a capacidade de procriação foram deixados de lado.¹⁵ Hoje, os tribunais de 1º e 2º grau, bem como as tribunas superiores já consolidaram o entendimento de que a afetividade é o princípio o qual prevalece.

Como foi apontado, o princípio da afetividade tomou dimensões maiores, e é vista e utilizada nas decisões do Poder Judiciário. O instituto da família foi ampliado e seus conceitos foram revistos.

Contudo, até o Direito chegar a esse posicionamento, já no século XXI, deve-se fazer referência ao processo de mudança de pensamento da sociedade. A qual ainda não

¹²FERREIRA, Alex José de Souza e Junior; ARAÚJO, Vicente Gonçalves de . A união homoafetiva e ordenamento jurídico brasileiro: uma análise do posicionamento do STF. *Revista CEPPG- centro de extensão pesquisa e pós graduação* , Centro de Ensino Superior de Catalão-CESUC, ano 15, n. 26, 1 semestre 2012.

¹³LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva 2009. p.61. Disponível em: <http://www.passeidireto.com/arquivo/2362277/direito-civil-familias---paulo-lobo-livro/27>. Acesso em: 17 mar.2014.

¹⁴LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

¹⁵FERREIRA, Alex José de Souza Junior; ARAÚJO, Vicente Gonçalves de , apud LÔBO. A união homoafetiva e ordenamento jurídico brasileiro: uma análise do posicionamento do STF. *Revista CEPPG- centro de extensão pesquisa e pós graduação* , Centro de Ensino Superior de Catalão-CESUC, ano 15, n. 26, 1 semestre 2012.

enxergava que os homossexuais deveriam ser detentores de Direitos tanto quanto os heterossexuais.¹⁶

A sociedade via a formação do matrimônio civil somente para os heterossexuais. Estes deveriam estar alheios de seus direitos, considerados como indignos, e suas uniões como de segunda categoria. Isso traduz em uma hierarquização das sexualidades, ou seja os heterossexuais postos em uma posição superior de direitos.¹⁷

Explica essa ideia Paulo Luiz Netto Lôbo:

o silêncio sobre a diversidade sexual é atrelado à naturalização da heterossexualidade- a heteronormatividade. Esta deixa pouco espaço para que outros sentidos da sexualidade surjam. O silêncio heteronormativo reflete visões homofóbicas de mundo, pois prioriza os discursos que ligam a sexualidade à reprodução, de maneira que a relação sexual heterossexual se torna a única possibilidade legítima. A heteronormatividade, ao silenciar sobre a diversidade sexual, acaba por não contribuir para o enfretamento da homofobia.¹⁸

Por vezes, a homofobia se apresenta de forma silenciosa, pela ausência de palavras. Ou seja, não há uma medida de proteção do Estado ou do ordenamento jurídico sobre o tema, o que acaba por ensejar um sentimento de preconceito implícito na população. Assim, parece que o problema quando tratado dessa forma, sem um posicionamento claro, pode ser pior e mais sofrível para quem sofre a exclusão. O preconceito não deve preponderar sobre a dignidade da pessoa humana, da afetividade, da isonomia, de todos os princípios que a Constituição protege e dizima.¹⁹

Perpassava a ideia de que as uniões homoafetivas eram vistas de uma maneira inferior. As uniões heterossexuais mostravam-se superiores devido ao fator biológico e possibilidade de reprodução.²⁰

¹⁶LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice. (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

¹⁷LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice. (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

¹⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.61. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>Acesso em: 17 mar. 2014.

¹⁹LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice. (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270.

²⁰LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice. (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270.

Hoje, prepondera a visão de uma família eudemonista. Calcada na singularidade de cada indivíduo, na sua particularidade, pouco importa a sua orientação sexual. O princípio da afetividade permeia a família. Se um casal de ambos os sexos desejam se unir por laços de afeto, de forma pública, duradoura, contínua, com o objetivo de constituir família, estabelecerão então, uma união estável.²¹

1.2 Atuação positiva do Estado na proteção aos homossexuais

No Brasil, já existe movimento de grupos sociais e organizações não governamentais com o intuito de proteger, tutelar o reconhecimento dos grupos que representam as minorias, assim como coibir a discriminação aos casais homoafetivos. Para José Reinaldo de Lima Lopes esse movimento em prol da proteção dos laços homoafetivos é característico, pois luta-se contra os grupos tradicionalistas e também aqueles que se dizem liberais.²²

Há no Congresso Nacional uma proposta de emenda à Constituição²³ e projeto de Lei²⁴ em tramitação, no qual buscam incentivar a inclusão social dos casais homoafetivos, bem como, o combate a homofobia. Contudo o legislativo ainda se mostra moroso em priorizar a análise das propostas. Conforme alude o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes na ADI 4277/DF, há um receio do representante do Poder Executivo em manifestar-se de forma clara sobre o tema, com o temor de descontentar parte da sociedade tradicionalista.²⁵

²¹LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice. (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270.

²²LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito ao reconhecimento para gays e lésbicas*. In: GOLIN, Celio; POCAHY; Fernando Altair ; RIOS; Roger Raupp (Orgs). *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 13-36.

²³Tramita, na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 392/2005, do Deputado Paulo Pimenta, a qual objetiva alterar o art. 3º da Constituição Federal, para garantir “direitos iguais a todos os indivíduos, sem preconceitos de estado civil, orientação sexual, crença religiosa, deficiência ou quaisquer outras formas negativas de discriminação”. O projeto também busca emendar o art. 7º, relativo aos direitos dos trabalhadores, para acrescentar proibição de discriminação “por motivo de raça, orientação sexual, crença religiosa ou deficiência”.

²⁴Vide Projeto de Lei nº 5003/2001 (PLC 122/2006).

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

Alguns estados- membros da Federação, já aprovaram emendas em suas respectivas Constituições, Alagoas e Pará, com o objetivo de aplacar a discriminação à homofobia. Assim como, os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Piauí, Rio Grande do Sul e Bahia já editaram leis no mesmo sentido.

Há o programa *Brasil Sem Homofobia* proposto pelo Governo Federal no de 2004,²⁶ e o *Plano Nacional da Cidadania dos Direitos Humanos LGBT*, de 2009,²⁷ o qual foi elaborado por uma Comissão Técnica Interministerial, e objetiva a busca de políticas públicas que consigam responder às necessidades, potencialidades e direitos da população homossexual.

A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República realizou a 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos em dezembro de 2008. Nesse sentido dispõe que:

ações de combate à discriminação em razão da orientação sexual, tais como (...) incorporar o conceito de família compreendendo os novos arranjos familiares e respeitando a orientação sexual e identidade de gênero, com as devidas alterações nas legislações pertinentes.²⁸

No âmbito das decisões proferidas pelos Tribunais de 1º e 2º graus, o Estado do Rio Grande do Sul ganhou destaque com a desembargadora Maria Berenice Dias. A qual, à época de sua atuação no Poder Judiciário, já proferia decisões com o entendimento de reconhecer a união estável como entidade familiar para as uniões homoafetivas, com equivalência dos mesmos direitos concedidos para os casais heterossexuais, pautado na predominância da afetividade como critério basilar no âmbito familiar.

O uso da expressão homoafetividade foi decorrente da visão de Maria Berenice Dias, que verificou o sentido errôneo anteriormente utilizado: homossexualismo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi, sem questionamento, o pioneiro a tratar a matéria de forma robusta, e com o objetivo de apresentar um novo posicionamento acerca das uniões homoafetivas.

²⁶CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia*: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde/ Conselho Nacional de combate à discriminação Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH, 2004. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais-1/catalogo/orgao-essenciais/secretaria-de-direitos-humanos/brasil-sem-homofobia-programa-de-combate-a-violencia-e-a-discriminacao-contralgbt-e-de-promocao-da-cidadania-homossexual/view>> Acesso em: 10 mar. 2014.

²⁷*Plano Nacional de promoção da cidadania e direitos humanos de LGBT*: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Presidência da República Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2014.

²⁸*Plano Nacional de promoção da cidadania e direitos humanos de LGBT*: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Presidência da República Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2014.

Foi este que atribuiu a competência da Vara de Família em detrimento da Vara Cível, para cuidar dos casos de união homoafetiva.²⁹ Bem como, ao reconhecer acerca do Direito das Sucessões.³⁰

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer os direitos dos casais homoafetivos como entidade familiar, contribuiu para a implementação de Políticas Públicas com o objetivo real de combate à homofobia. Apesar de haver alguns programas de enfrentamento a favor da causa, ainda verifica-se uma insuficiência de recursos para confrontar a questão. O Estado é o responsável pela proteção de grupos desprotegidos.

Conforme dados da secretária do Disque Direitos Humanos, após a decisão do Supremo, houve um avanço do número de crimes motivados por homofobia: violência física, discriminação, abuso sexual.³¹

Em 2012 foram criadas secretarias estaduais de segurança para enfrentar a violência contra homossexuais. A elaboração foi feita pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH) e Ministério da Justiça (MJ). “A finalidade é de monitorar as políticas contra a discriminação e a criação de redes de proteção para implementar centros de referência.”³²

Contudo, verifica-se que os programas de políticas públicas brasileiras com a proposta para enfrentar a discriminação e homofobia, ainda mostram-se bastante deficientes.

São: Brasil sem Homofobia (2000); Programa de Combate à violência e à discriminação contra GLBT e de promoção da cidadania homossexual (2004); Realização da I Conferência Nacional de GLTB com o tema "Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT)"; lançamento do "Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais" (PNDCDH-LGBT), em (2009); e publicação do decreto que cria o "Programa Nacional de Direitos Humanos 3" (PNDH-3), em 2009.³³

²⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. AI-AgR 599.075.496/RS. Oitava Turma Cível. Relator Des. Breno Moreira Mussi.

³⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. AC 70.001.388.982. Sétima Câmara Cível. Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis.

³¹*Governo elabora políticas públicas para combater homofobia*, 2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/governo-elabora-politicas-publicas-para-combater-homofobia,bef0cc00a90ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 18 mar. 2014.

³²*Governo elabora políticas públicas para combater homofobia*, 2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/governo-elabora-politicas-publicas-para-combater-homofobia,bef0cc00a90ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 18 mar. 2014.

³³MELLO, Luiz; REZENDE, Bruno de Avelar; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, vol.27, n.2, maio/ ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922012000200005> Acesso em: 19 mar. 2014.

O programa Brasil sem Homofobia acabou por não concretizar a proposta inicial. Os centros de referência criados encontram-se de portas fechadas. Há pouca verba pública destinada ao projeto. O programa é visto pelos ativistas como um bom discurso e ideologia, porém falta atuação dos órgãos responsáveis por sua implementação.³⁴

A Conferência Nacional realizada em 2008 aprovou a Carta de Brasília.

[...] urgência na criação do *Plano Nacional de Direitos Humanos e Cidadania GLBT*; o cumprimento dos objetivos do *Programa Brasil sem Homofobia* e a aprovação dos projetos de lei que criminaliza a homofobia; que reconhece a união civil de pessoas do mesmo sexo e que autoriza a mudança do nome civil das travestis e transexuais pelo seu nome social. (BRASIL, 2008b, p. 271)

Depoimentos de ativistas falam da insatisfação quanto aos programas implementados pelo Governo Federal pela falta de recursos, o que provoca uma inviabilidade na realização eficaz dos projetos.

Como tudo no Brasil, os recursos ainda são insuficientes pra quantidade da demanda. Para o tamanho da demanda, não dá! Então, um grande esforço nosso é fazer com que programas como esse se fortaleçam, e se fortaleçam em termos de proporção orçamentária, de repercussão orçamentária.³⁵

O Plano ainda é uma falácia né? Ainda não adentrou nas ruas, ainda não apareceu na sociedade, porque pra você efetivar o Plano você precisa de recursos e os recursos muitas vezes não são locados, os recursos, muitas vezes, eles são, inclusive, eles são boicotados por alguns grupos políticos e a gente sabe disso.³⁶

Outro ponto que merece ser mencionado ao tratar do tema mencionado neste tópico, e que coaduna com a ineficácia de políticas públicas, é sobre a *Teoria do Esforço Desproporcional*. Esclarece a respeito, Joaquim Barbosa:

[..]toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se

³⁴MELLO, Luiz; REZENDE, Bruno de Avelar; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, vol. 27, n.2, maio/ ago.2012. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922012000200005> Acesso em: 19 mar. 2014.

³⁵MELLO, Luiz; REZENDE, Bruno de Avelar; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, vol. 27, n.2, maio/ ago.2012. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922012000200005> Acesso em: 19 mar.2014.

³⁶MELLO, Luiz; REZENDE, Bruno de Avelar; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, vol. 27, n.2, maio/ ago. 2012. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922012000200005> Acesso em: 19 mar. 2014.

em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas.³⁷

Para melhor elucidar a matéria, a Teoria divide as espécies de discriminação em dois grupos: as discriminações intencionais implícitas e as discriminações não intencionais.³⁸

As primeiras, são difíceis de serem detectadas pelo agente responsável pela exclusão ou então, não manifesta um caráter nítido. Ainda, poderá ser fruto de uma conjectura legislativa incorreta, mas neste caso poderá ser submetida ao crivo de um Controle de Constitucionalidade.³⁹

Esse tipo de discriminação não aparece de maneira evidente. E há duas subespécies: em um subtipo, a norma aparece de forma a não contemplar um grupo de pessoas, há um claro e aparente prejuízo de um grupo em detrimento de outro. Contudo, a norma não possui um elemento de segregação cristalino. No outro subtipo, o parâmetro de discriminação não é afirmado com um propósito claro, porém é posto com a intenção de discriminação. Há um extravio no efeito da norma legislativa.⁴⁰

As discriminações não intencionais decorrem do descaso da postura inerte do poder público em relação aos grupos desfavorecidos. Os quais são renegados e descuidados, por um erro do conceito de igualdade, comparado ao de igualdade formal.⁴¹

Assim, verifica-se que o Brasil, carece de eficiência nas políticas públicas no combate à discriminação, violência e homofobia. Deve haver uma atuação nas três esferas de poder na realização e execução de medidas positivas na proteção dos grupos homossexuais.

O programa Nacional dos Direitos Humanos representou um grande progresso na promoção da proteção à cidadania aos grupos LGBT. Há a existência dos programas de proteção. Contudo, deve-se ater ao fato de existir uma distância entre o conteúdo programático dos projetos. Primeiro: em relação às verbas destinadas para uma eficaz realização das medidas positivas, e segundo: quando se trata de uma efetivação operativa e

³⁷BARBOSA, Joaquim. apud SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

³⁸SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 20 mar. 2014

³⁹SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

⁴⁰SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

⁴¹SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

competente do que está escrito e estipulado nos programas de políticas públicas para a realidade social.

1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com o advento da Constituição Federal de 1988, acoplada ao Estado Democrático de Direito, contemplou em seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, III. A partir de então, este princípio tornou-se o basilar, do mesmo modo que, norteador da filosofia hodierna de Neoconstitucionalismo.

Traz o conceito desenvolvido da dignidade humana Ingo Sarlet:⁴²

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade , implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de lhe propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana está ligado de forma intrínseca ao conceito moderno de família e estende para todos os integrantes da ordem familiar.

O Direito de Família está relacionado com a dignidade humana, do mesmo modo, com os Direitos Fundamentais. Nesse sentido, compreende-se o conceito de cidadania, a qual encoraja a um desenvolvimento do Direito de Família.

A cidadania presa pela não exclusão, isto é deve-se considerar os vários tipos familiares existentes e respeitar a inserção social de seus integrantes, assim como os laços de afeto entre eles. Assim, o Direito de Família abarca a dignidade humana e considera importante a independência e a liberdade dos indivíduos.⁴³

Então, não cabe no momento contemporâneo fazer uma diferenciação de tratamento para as diversas formas de entidade familiar.⁴⁴ O respeito é prioridade.

Complementa a ideia, Rodrigo da Cunha Pereira:

⁴²SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

⁴³LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

⁴⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

A dignidade, portanto é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do Direito de Família -, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores.⁴⁵

Maria Berenice Dias, defensora dos direitos aos homossexuais, afirma que a discriminação motivada pela orientação sexual representa uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição Federal é a principal garante desse princípio.

⁴⁶Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Afirma a autora que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é basilar nas relações de família, com destaque para as uniões homoafetivas. De forma que, ao reconhecer essas uniões como entidade familiar, sem discriminação, sem preconceito, pautadas no afeto, na escolha da opção sexual, de forma desprendida, solta, sem dano para terceiros, traduz à proteção a dignidade humana.⁴⁷

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador e basilar dentre os Direitos Fundamentais, protegidos e aclamados pela carta Magna, representam a filosofia do Neoconstitucionalismo, pautado no Estado Democrático de Direito.

Princípio este, o qual serve de base para a argumentação do conceito hodierno de entidade familiar, nas suas variadas formas. Estas merecem ser vistas no atual estágio da Democracia, sem preconceito, abarcando a concepção de cidadania, na proteção daqueles que se encontram em posição desfavorecida pela sociedade.

Como será visto no último capítulo do trabalho, o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, bem como o de Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia, foi exaustivo e taxativo ao mencionar a importância da dignidade da pessoa humana.

⁴⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 100.

⁴⁶DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.p. 46.

⁴⁷DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.p. 46.

É sabido que a implementação dos Direitos Fundamentais não foi em vão. Antes da Segunda Grande Guerra Mundial, houve um massacre terrível a um determinado grupo de pessoas, as quais sofreram atrocidades, tendo seus direitos civis, políticos, humanos violados. Então após esse temido momento histórico ocorrido na Europa, houve a necessidade de redobrar a atenção quanto à proteção desses direitos. Com a finalidade de impedir a repetição de uma onda ao desrespeito dos direitos fundamentais.

Hoje, a visão de boa parte da doutrina estrangeira e brasileira é de conter movimentos em prol da discriminação, em especial no caso em tela, o repúdio à homofobia. Com um sentimento de esperança, acredita-se que a tendência é na busca de uma maior eficiência na proteção aos homossexuais. Espera-se na atuação dos governantes, uma verdadeira vontade de efetivar e amparar os homossexuais.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Conceito

O Direito, uma ciência utilizada como um instrumento de regularização dos conflitos sociais, no intuito de alcançar a segurança almejada, atua na sua forma imperativa. E é através do Estado que o Direito estatui essa atmosfera. O objetivo é de assegurar que uma ordem jurídica seja obtida e a paz social seja alcançada. É necessário, portanto, que o Direito seja protegido e amparado pelo Estado, assim como por uma legislação rígida.⁴⁸

A Constituição é a Lei Maior no Direito Brasileiro e é dotada de um caráter rígido, bem como de uma estabilidade, típicas de um Estado Democrático de Direito. A estabilidade e a rigidez constitucional são elementos presentes quando se trata de um Estado Democrático de Direito. Assim como, são quesitos que trazem uma segurança jurídica para sociedade, a qual é importante na vida política de um governo atuante.⁴⁹

Entretanto, a Constituição também é um organismo vivo. Ela possui um vínculo de interação com a sociedade.⁵⁰ Pois, é a sociedade que representa, que vive o reflexo das mudanças advindas por meio das transformações ocorridas ao longo dos séculos. As quais evoluem e são trazidas para o momento atual. A sociedade é quem busca aspirações, desejos e crenças.⁵¹ Então, cabe a constituição o dever de acompanhar essa evolução social.

A lei acha-se bastante conectada com as transformações que ocorrem na vida social, a qual encontra-se em um processo de mudanças contínuas em vários campos: políticos, econômicos, tecnológicos, dentre outros.

A Carta Magna por mais acabada e primorosa que tenha sido sua construção, é incapaz de se manter intacta, e também impassível de impedir a ocorrência de mudanças com o decorrer do tempo. Não está no alcance do legislador constituinte prever todas as possíveis e inimagináveis questões que podem ser suscitadas. Ele faz a constituição nos moldes de sua

⁴⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.64.

⁴⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.70.

⁵⁰BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3.

⁵¹GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação constitucional*. *Revista da AGU*, Brasília, ano 5, n.9, abr.2006.

época. Então, deve-se atribuir a constituição um caráter de elasticidade, para que assim novas ideias e argumentos sejam recebidos.⁵²

A Constituição possui um caráter de continuidade, não está estagnada no tempo, o texto constitucional é um reflexo dentro de um contexto político e histórico da sociedade, é necessário que o direito acompanhe essa mudança.⁵³

Há dois pontos que se contrapõem. De um lado tem-se a Constituição na sua forma suprema, rígida e estável que traz uma segurança jurídica para a sociedade. De um outro, tem-se uma sociedade que está vivenciando modificações, reformas a todo momento. O que acarreta na concepção de que a Constituição deve acompanhar esse ritmo de intenso dinamismo, colocando-a em uma posição de progresso. Contudo, são questões que merecem ser vistas de forma complementar.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito visa a abarcar as duas ideias. O conceito de Neoconstitucionalismo hodierno, o qual a Constituição é posta como norma máxima, de rigidez, estabilidade e de uma Carta Magna escrita. Além da atuação do Poder Judiciário como o órgão garante dos Direitos Fundamentais. Sem esquecer que a Constituição por mais perfeita e acabada que tenha sido sua elaboração, não é capaz de prever todas as mudanças sociais recorrentes. A Constituição é considerada uma Carta Suprema, com fundamento de ser uma protetora dos direitos dos cidadãos.⁵⁴

Portanto, ocorre uma junção desses aspectos mencionados. Um complementa e abarca o outro. Não verifica-se um atropelamento de conceitos, ou princípios regidos constitucionalmente.

Destarte, há dois tipos de mudanças no texto constitucional. A primeira e mais conhecida é o chamado processo formal de mudança no texto da constituição.

Esse processo caracteriza-se por meio da realização de um quórum de votações em ambas as casas do Congresso Nacional. Processo o qual é exemplificado e externado através de emendas, supressões e alterações do texto normativo.⁵⁵ É o que denomina-se de reforma da constituição, pois o seu texto é alterado.

⁵²BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.6.

⁵³GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação constitucional*. *Revista da AGU*, Brasília, ano 5, n.9, abr.2006.

⁵⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.70.

⁵⁵FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.9.

Já o segundo processo de mudança do texto constitucional realiza-se por meio da mutação constitucional. Denomina-se esse processo de informal, pois não altera o texto normativo, porém altera o alcance de seu significado.⁵⁶

Mutação Constitucional informal é o processo em que há mudança do significado, do sentido e do alcance do texto normativo, o que provoca uma elasticidade, um alargamento em seu significado. Contudo, sem alterar a letra da lei, ou seja seu texto exposto, e o seu espírito.⁵⁷

Para melhor compreender o assunto proposto e o que acontece no processo de interpretação, é necessário que alguns conceitos fiquem claros: texto normativo, significado e norma.

Texto normativo é o texto constitucional escrito. É o teor literal da letra da Lei. Já o significado linguístico, são as possíveis formas de interpretação desse texto. É tudo o que pode ser extraído do enunciado normativo. Implica dizer que há uma multiplicidade de perspectivas as quais podem ser retiradas desse texto. E norma, é o produto final. É a escolha de um significado e a sua aplicação no caso em destaque.⁵⁸

A mutação não mudará o texto escrito, tampouco irá desrespeitar os Direitos Fundamentais previstos e assegurados constitucionalmente. Bem como, não tem o condão de ocasionar um conflito entre normas, ou conceitos, ou quaisquer princípios constitucionais já consolidados perante a doutrina e também legitimados diante da sociedade brasileira.⁵⁹

As mutações constitucionais são aquelas que não resultam da atividade formal do processo de revisão constitucional. As formas de ocorrência da mutação informal podem aparecer sob algumas óticas. O que será explanado mais adiante.⁶⁰

A mutação constitucional, por meio da interpretação judicial ocorre no momento em que o intérprete constitucional extrai do texto normativo, um de seus possíveis significados jurídicos do qual seja capaz de dar luz, vida, a uma nova conotação quando aplicada ao caso suscitado. Sem alterar o texto constitucional escrito.

⁵⁶FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.9.

⁵⁷FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁵⁸GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵⁹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

⁶⁰FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 8.

O caminhar das mudanças informais na constituição ocorre quando as modificações sociais acontecem, impondo-lhe um outro significado que até então não fora atribuído.⁶¹ Mutação informal seria uma incongruência entre o que está escrito e a realidade social. Ou seja, a constituição real é diversa da veracidade social. O que a Lei suprema emana não corresponde com a prática da sociedade.⁶²

As mutações constitucionais surgem de forma silenciosa, decorrem de maneira inconsciente. São por tanto imperceptíveis. Elas ocorrem com as mudanças sociais, porém não modificam o texto constitucional. A constatação da mutação acontece com a comparação de um enunciado normativo com a correspondente realidade social.⁶³

Na visão de Milton Campos as Constituições adaptam-se sem deformações maliciosas e sem subversões traumatizantes às mutações da vida dos povos, que cada vez mais concorrem para, nesta hora de aceleração, tornar mais cambiante e instável a famosa realidade.⁶⁴

No que tange o conceito de mutação informal deve-se apontar alguns requisitos que caracterizam sua existência: a) a mutação modifica o significado, o sentido e o alcance das disposições normativas. B) a mutação não decorre de um processo formal de mudança do texto constitucional. C) a mutação não modifica o texto, ou seja a letra, e tampouco o espírito da Constituição.⁶⁵

Esclarece também sobre o conceito de mutação constitucional, Inocêncio Mártires, ao dizer que o texto normativo é dotado de caráter aberto. O que significa dizer que a semântica jurídica não possui barreiras para as mudanças que o significado das palavras sofrem com o decorrer do tempo.⁶⁶

Afirma que as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação.⁶⁷

⁶¹BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57.

⁶²HSÜ, Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Traducción Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública,1998. p. 29.

⁶³BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

⁶⁴CAMPOS, Milton apud. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁶⁵FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 11.

⁶⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.151.

⁶⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.152.

Acrescenta, esclarecendo que o fenômeno, por vezes, acontece com o desenvolvimento de um fato o qual reflete em uma norma, ou por força de uma nova visão jurídica acerca desta, e que passa a preponderar na sociedade.⁶⁸

Complementa a ideia de mutação Miguel Reale, ao dizer:

Leis há, sem dúvida, que durante todo o período de sua vigência, sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isso corre quando não se verifica mudança de relevo na tábua dos valores sociais, nem inovações de monta no concernente aos suportes públicos.⁶⁹

Para Georges Burdeau [...] a mutação constitucional informal é obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*.⁷⁰

Uma observação faz-se pertinente quanto a colocação do conceito do doutrinador. Há que se ater que os juízes no âmbito do Poder Constituinte Difuso, tem a função de continuar o trabalho feito pelo constituinte originário. Os magistrados exercem uma atribuição de intérpretes constitucionais. A lei foi elaborada pelo legislador para ser interpretada, e não somente ser uma mera aplicação do conteúdo exato nela outorgado. Ou seja, o juiz exerce o papel de reproduzidor do conteúdo enviado pelo constituinte. O que acarreta em uma produção renovada de ideias.⁷¹

A proposta da pesquisa acadêmica é estudar o reconhecimento da mutação por meio do Controle Concentrado de Constitucionalidade, representado pela Corte Constitucional máxima: O Supremo Tribunal Federal.

⁶⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.263.

⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.152.

⁷⁰BURDEAU, Georges apud. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.p.10.

⁷¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.152.

2.2 Classificação da mutação

Ponto de relevante destaque é o nome utilizado pelos doutrinadores ao fazerem referência ao tema mutação constitucional.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz denomina de processo informal.⁷² Processo não formal por Teixeira Meirelles. Já Pietro Merola Chierchia define como processo de fato. E por fim, revisão formal, nomenclatura dada por José Gomes Canotilho.⁷³

No trabalho acadêmico adotou-se a nomenclatura mutação constitucional por ser o entendimento para a maior parte da doutrina. Bem como, como ser uma expressão que facilita a distinção entre mutação e reforma constitucional. O que torna mais fácil o entendimento acerca do tema proposto.

Para Paulo Bonavides existe um segundo poder constituinte. Inspirado nas ideias de Georges Burdeau, explana que as mutações constitucionais surgem de uma interpretação criativa do poder judiciário. Fruto do poder constituinte difuso.⁷⁴

A concepção trazida pelo autor é a de que esse poder constituinte o qual legitima a ocorrência da mutação constitucional não está pautada somente nos dizeres constitucionais. Haveria então, um despreendimento no modo de interpretar, não mais restrito ao que está emanado ao pé da letra da norma constitucional. O que significa uma atividade criativa do judiciário.⁷⁵

Inocência Mártires Coelho também faz referência quanto a classificação das mutações informais. Entende que as mutações decorrem de um processo de transformações sociais ou através de fatos axiológicos.⁷⁶

Com base nos estudos de Hsü Dau-Lin, afirma que a mutação ocorre :a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) pela impossibilidade de ser

⁷²FERRAZ, Anna Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.p. 10.

⁷³TEIXEIRA, Meirelles; CHIERCHIA, Pietro Merola; CANOTILHO, José Gomes apud. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10.

⁷⁴BONAVIDES, Paulo apud. SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

⁷⁵SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público,Brasília, 2012.

⁷⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.152.

exercidos certos direitos estatuídos constitucionalmente; c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição, e d) através da interpretação judicial.⁷⁷

Na doutrina brasileira poucos foram os autores encontrados que discorrem acerca do tema mutação constitucional. Os doutrinadores que se propuseram a estudar o tema de forma mais abrangente, foram: Anna Cândida da Cunha Ferraz e Uadi Lammêgo Bulos.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz segue a classificação da mutação constitucional de acordo com Biscaretti Di Ruffia em : a) interpretação judicial como processo de mutação constitucional; b) os usos e os costumes como processo de mutação constitucional.⁷⁸

A autora também aborda a classificação quanto à existência de mutações constitucionais e as mutações inconstitucionais.⁷⁹ Aquelas são decorrentes de mudança do significado e alcance do sentido adotado pelo texto constitucional, sem mudar-lhe a letra e o espírito.⁸⁰ Estas representam as mutações que vão de encontro ao que o texto constitucional diz. Então seriam mutações prejudiciais.⁸¹

Uadi Lammêgo Bulos classifica a mutação constitucional quanto ao seu aspecto: a) por interpretação Constitucional; b) por construção constitucional e; c) pelos usos e costumes.⁸²

Milton Campos classifica a mutação constitucional como: a) complementação legislativa; b) construção judiciária e; c) consenso costumeiro.⁸³

Na doutrina estrangeira, o desenvolvimento sobre o tema mutação constitucional teve início na Alemanha através de Paul Laband, o pioneiro a mencionar a ocorrência do fenômeno. Constatou as mudanças informais que estavam ocorrendo na época de 1985.

⁷⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.151.

⁷⁸DI RUFFIA, Biscaretti apud. FERRAZ, Anna cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁷⁹FERRAZ, Anna cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁸⁰FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁸¹FERRAZ, Anna cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁸²BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

⁸³CAMPOS, Milton apud. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.61

Porém, não foi quem melhor desenvolveu o estudo. Seu trabalho não obteve uma conclusão. A definição do conceito não ficou detalhada.⁸⁴

O autor foi quem criou a expressão mutação constitucional na época da Constituição do II Reich de 1871. Ao fazer uma análise do processo informal verificou a ocorrência da mutação através de mudanças na seara administrativa, da Fazenda e da Justiça Federal.⁸⁵

Depois George Jellinek, foi quem desenvolveu um estudo e delineou melhor os contornos, as definições sobre a mutação constitucional na conferência de 1906 na cidade de Viena. Para o autor mutação é: [...] sem que ocorra a modificação da Constituição, que deixa o texto intacto, sem alterar formalmente, que é causada por eventos que não têm de ser acompanhadas de uma intenção ou consciência de uma mutação.⁸⁶

Hsü Dau-Lin evidencia que a mutação constitucional acontece quando há a presença de uma Constituição escrita. E que o processo informal ocorre quando a Constituição escrita não corresponde com a situação constitucional real.⁸⁷

Classifica a mutação constitucional mediante: a) uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; c) uma prática estatal contraditória com a Constituição e d) a sua interpretação.⁸⁸

Para o presente estudo, não foi oportuno apontar de maneira detalhada acerca de todas as possibilidades e nuances da ocorrência da mutação, mas sim apresentar um apanhado geral acerca de sua classificação. O objetivo foi o de desenvolver o tema da mutação indicando a sua classificação e ocorrência, para assim, poder demonstrar a sua existência a partir do caso concreto, através da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁴LABAND, Paul apud. HSÜ, Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Traducción Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 29.

⁸⁵LABAND, Paul apud. SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

⁸⁶LABAND, Paul apud. HSÜ, Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Traducción Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

⁸⁷HSÜ, Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Traducción Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

⁸⁸HSÜ, Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Traducción Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

Portanto, o foco deste trabalho será de expor a presença da mutação constitucional como um processo de interpretação judicial conforme a Constituição e a sua aplicação por meio de um caso judicial, o qual será explorado e demonstrado no último capítulo do trabalho.

2.3 A mutação como processo de interpretação judicial

A interpretação do texto normativo tem seu início a partir do processo de compreensão. E a finalização do processo hermenêutico acontecerá com a sua aplicação no caso controvertido, por meio do qual resultará a norma jurídica.

A norma jurídica é o resultado de uma interpretação/compreensão do texto normativo, no qual foi extraído o seu valor, e que é possível resultar em vários significados jurídicos. Então, a norma jurídica compreende o produto final da interpretação e extração do conteúdo contido no texto jurídico, é o sentido escolhido pelo intérprete o qual visualizou o melhor significado linguístico,⁸⁹ dentre vários que foram extraídos do texto normativo igualmente constitucionais⁹⁰, ou seja dentre as possibilidades de interpretação da letra da Lei.

O intérprete opta por escolher aquele significado que melhor se enquadra ao caso concreto, no âmbito do contexto histórico, valorativo e normativo.

O que está na disposição legal não deve ser compreendido como um conteúdo válido, fundamentado e suficiente para ser analisado somente no seu teor literal.⁹¹

Para Friederich Müller a norma pura não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma.⁹²

Então, o significado da norma é produzido pelo trabalho hermenêutico do intérprete.⁹³ O texto normativo isolado estaria estático. Ele ganha vida e coerência a partir do

⁸⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.147.

⁹⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.147.

⁹¹MÜLLER, Friederich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. v.1.

⁹²MÜLLER, Friederich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.v.1.

trabalho hermenêutico do intérprete constitucional. Esse traduz a mensagem proposta pelo constituinte originário.⁹⁴

Com clareza de palavras, Eros Roberto Grau ensina : o significado da norma é produzido pelo intérprete.⁹⁵ Complementa o autor conforme enunciado de Ruiz e Cárcova: [...] por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem.⁹⁶

Acrescenta Friederich Müller que [...] “a norma jurídica não está pronta nem substancialmente concluída.”⁹⁷

O autor ressalta a diferença entre texto literal positivado no ordenamento jurídico e de norma jurídica. A normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizada⁹⁸.

É nesse contexto que ocorre a mutação constitucional. A partir do método de hermenêutica dos juízes constitucionais. Sem olvidar a ocorrência da mutação como processo de interpretação judicial pelos juízes e tribunais de 1º e 2º grau, no chamado Poder Constituinte Difuso.⁹⁹

Friederich Müller acrescenta: Os Textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes- isto é, por serem destituídos de clareza, mas porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios.¹⁰⁰

Assim, [...] a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto.¹⁰¹

⁹³GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2005.

⁹⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.147.

⁹⁵GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2005.

⁹⁶RUIZ E CÁRCOVA apud. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros,2005.

⁹⁷MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Max Limond, 2000.

⁹⁸MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ed. São Paulo:Max Limond, 2000.

⁹⁹Exemplo da atuação do Poder Constituinte Difuso e tema pertinente do trabalho acadêmico, foram as decisões proferidas pela ex - desembargadora, Maria Berenice Dias. Em suas decisões, ampliou o conceito de união estável, estendo também esse direito para os casais homoafetivos. A juíza foi quem abriu os olhos do judiciário brasileiro para que pudessem apreciar a questão, concedendo, assim igual direito para aqueles que não estavam contemplados na Carta Magna. A partir dessa nova visão que os casos de união homoafetiva bateram à porta do Supremo Tribunal Federal. A Corte Constitucional, como se verá adiante ratificou e unificou o entendimento da matéria.

¹⁰⁰MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ed. São Paulo:Max Limond, 2000.

Eros Roberto Grau faz uma distinção entre norma jurídica e norma de decisão. Aquela é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação dar-se-á sob a forma de produção de uma sentença, a qual caracteriza a norma de decisão.¹⁰²

A essa extração das normas de decisão, Hans Kelsen denomina de o intérprete autêntico: o juiz.¹⁰³

De acordo com Friederich Müller[...] o texto normativo não contém imediatamente a norma. A norma é construída pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito(o preceito jurídico é uma matéria jurídica que precisa ser trabalhada).¹⁰⁴

Assim, conclui-se que o processo de conclusão de uma decisão, como denominada acima de ‘sentença judicial’ que será a decisão da questão levantada, percorre todo um caminho. Inicia-se com a elaboração da norma jurídica pelo legislador, depois ocorre uma remoção do texto normativo e extrai um de seus possíveis significados e então, a escolha daquele significado que melhor será aplicado no caso em análise.

Complementa Eros Roberto Grau:

o texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A completude do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.¹⁰⁵

A partir dessa concretude do texto normativo, tem-se então, a norma jurídica, que não se limita nos dizeres literais expostos pelo legislador, ou seja, uma análise positivista legalista. Caso a norma jurídica fosse interpretada de maneira limitada, a sua interpretação também se tornaria restrita.

Miguel Reale aponta a norma jurídica como um texto volitivo, ou seja o enunciado normativo não obriga o puro querer individual do legislador.¹⁰⁶

O entendimento atual é que os valores sociais preponderam na fase de interpretação. Então, conclui-se que a vontade do legislador ao elaborar a norma não será

¹⁰¹MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Max Limond, 2000.

¹⁰²GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰³GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰⁴MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ed. São Paulo:Max Limond, 2000.

¹⁰⁵GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo:Malheiros, 2005.

¹⁰⁶REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

seguida de forma imperativa. Contudo, é importante ressaltar que as intenções e os propósitos do legislador devem servir de um guia interpretativo, sem ferir o que a Carta Magna propõe.

Nos dizeres de Miguel Reale na realidade, a norma jurídica emancipa-se da pessoa do legislador no ato mesmo em que é promulgada, pela simples razão de que ela jamais foi simples conteúdo de seu querer individual, mas encontrou antes em seu ato volitivo a necessária mediação para objetivar-se como “querer social”, expressão esta que só adquire significação precisa quando traduz o complexo de valorações prevalecentes em cada processo nomogenético.¹⁰⁷

Miguel Reale diz que a trajetória do processo de interpretação da lei, pode sofrer alterações, utilizando-se o operador do impulso, imanente à norma, para fins originalmente não previstos. Ou seja, o doutrinador explica que após a fase de elaboração da norma, o seu conteúdo poderá nortear-se por caminhos distintos no processo de interpretação, tornando-se autônoma, até mesmo desvinculando-se de suas fontes originárias. Quando o intérprete terá que aplicar a letra da Lei.¹⁰⁸

A constatação de lacunas na letra da Lei é um tópico que deve ser observado. Pois, dá vazão a uma confusão entre os conceitos mencionados. Mutações constitucionais não ocorrem por existir a presença de lacunas legislativas. São conceitos distintos. A mutação acontece através de uma mudança de significados normativos, que evoluem e sofrem transformações ao longo do tempo. As lacunas são omissões legislativas.

Para Hans Kelsen na verdade, as lacunas são uma mera ficção, assim também é o seu entendimento quanto ao termo omissão do legislador.¹⁰⁹

Explica o autor que ao falar em lacuna do Direito, significa dizer que não cabe a ideia de não haver meios para que o intérprete aplique uma decisão, diante de uma ausência legislativa. Quer dizer, diante de uma possível decisão escolhida pelo intérprete, dentre os possíveis significados, diante de uma ausência legislativa, esta escolha poderá ser considerada inoportuna pelo órgão aplicador, por isso a insistência em denominar que há uma lacuna legislativa.¹¹⁰

¹⁰⁷ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2.ed. São Paulo:Saraiva, 1992.

¹⁰⁸ REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2.ed. São Paulo:Saraiva, 1992.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans apud. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: livraria do advogado,2000.

¹¹⁰ KELSEN, Hans apud. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: livraria do advogado,2000.

O órgão aplicador tem um certo receio ao solucionar casos os quais não estão previstos na lei, por considerar que a solução tomada não seria a decisão justa ou correta. Então, verifica-se um embate entre o que Hans Kelsen denomina de dois Direitos: o Direito positivado e o Direito considerado melhor.¹¹¹

Defende de forma contrária, Lenio Luiz Streck. No seu entendimento diz não haver lacunas. Pois a própria legislação permite ao intérprete lançar mão de recursos, tais como: analogia, costumes, princípios gerais de direito para alcançar uma solução ao caso controvertido.

Bem como, o próprio ordenamento jurídico alude que o intérprete não deve deixar de solucionar qualquer impasse por falta de legislação regulamentadora, assegurado pelo artigo 126 do Código de Processo Civil.¹¹²

Explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior “isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completável, através de uma auto-referência ao próprio sistema jurídico.”¹¹³

Superada essa questão, conclui Rudolf Ihering: O Direito é como um Saturno devorando seus filhos: não lhe é possível renovação alguma senão rompendo com o passado.¹¹⁴

Outro ponto merece destaque é sobre o caráter das decisões proferidas pela Corte Constitucional. Nos Estados Unidos em meados da década de 60, surge a discussão acerca de introduzir e aplicar o estudo das ciências sociais na análise das decisões constitucionais, procuravam demonstrar que as decisões tomadas pela Corte Constitucional: a Suprema Corte, eram providas de caráter político.¹¹⁵

Com base no que foi explanado, chega-se ao entendimento que é nesse processo de hermenêutica jurídica que acontece o fenômeno da mutação constitucional. A mutação neste caso, nada mais é que o reflexo de uma interpretação do enunciado normativo, e que

¹¹¹KELSEN, Hans apud. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2000.

¹¹²BRASIL. Lei n 5869 de 11 de Janeiro de 1973. “O Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivi_03/leis/15869.htm> Acesso em: 26 fev. 2014.

¹¹³STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2000.

¹¹⁴IHERING, Rudolf apud. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

¹¹⁵QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

tem seu alcance alargado, pois este não contempla uma situação jurídica a um determinado grupo de pessoas as quais são igualmente detentoras daquele direito.

Exemplifica essa questão com base no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal que considera como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. Os casais homoafetivos não foram contemplados no texto constitucional. Por isso a ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ foram requeridas judicialmente, por meio do Controle Concentrado de Constitucionalidade, com o intuito de haver o reconhecimento da união estável e como consequência, o instituto da entidade familiar serem concedidos para os casais de pessoas de ambos os sexos.

Elucidando a questão, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma interpretação conforme à Constituição. Extraiu do artigo 226, parágrafo 3º, o significado de que a aplicação da união estável também se estenderia para os casais homoafetivos, detentores do mesmo direito dos casais heteroafetivos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e o aplicou ao caso concreto.

3 ATIVISMO JUDICIAL E NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1 Ativismo judicial

Para discorrer sobre o tema, será apontado os seguintes aspectos: definição, características, modalidades e origem. O segundo subtítulo mostrará a diferença entre ativismo judicial e judicialização. Depois os aspectos críticos, e por fim a legitimidade do poder judiciário.

Explica Luiz Roberto Barroso acerca da definição de ativismo judicial da seguinte forma:

a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de 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 deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹¹⁶

O ativismo judicial é a forma como o Poder Judiciário enfrenta as questões de cunho constitucional, embasadas na Carta maior. Porém ao interpretarem, os intérpretes, incluem-se os juízes de primeiro grau, bem como os Ministros da Suprema Corte, criam normas, direito ou princípios, na visão de Arthur Schlesinger,¹¹⁷ os quais não estão configurados expressamente em seu texto.

Ocorre uma ampliação no sentido e abrangência da norma constitucional, a qual ganha uma nova conotação, sem haver um parecer do constituinte originário.

¹¹⁶BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 ago, 2013.

¹¹⁷SCHLESINGER, Arthur apud. ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

O judiciário vai além de sua atuação, compreendendo também a atuação que caberia ao legislativo e ao executivo.¹¹⁸

Lênio Luiz Streck define ativismo e judicialização como termos que não se identificam. Para o autor define judicialização em algo contingencial.¹¹⁹ Enquanto que o ativismo seria uma espécie de comportamento, um behaviorismo cognitivo-interpretativo.¹²⁰

Também se denomina o fenômeno de decisões contramajoritárias.¹²¹ Trata-se de um dos aspectos no qual o fenômeno do ativismo judicial se faz presente.

Na concepção de José Afonso da Silva

O ativismo judicial se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais. [...] O ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva.¹²²

O ativismo judicial poderá ocorrer nas seguintes modalidades, conforme a classificação de Luiz Roberto Barroso: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. B) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹²³

¹¹⁸BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 27 ago, 2013.

¹¹⁹STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 29 ago, 2013.

¹²⁰STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 29 ago, 2013.

¹²¹ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹²²SILVA, José Afonso da. *Ativismo Judicial*, 2013.

Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>> Acesso em: 29 set.2013.

¹²³BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 27 ago, 2013.

Nas lições de Arthur Schlesinger¹²⁴ classifica ativismo judicial em duas formas: a) o ativismo inovador, que o intérprete cria uma norma, princípio ou direito e b) o ativismo judicial revelador.

O juiz, nesse caso, cria uma regra, princípio ou norma, porém ele inova, a partir dos princípios e diretrizes constitucionais, quando há lacuna legislativa.¹²⁵

O ativismo judicial teve suas bases no direito norte-americano a partir do caso (*Dred Scott vs. Sanford*, em 1857) na decisão de segregação racial, onde encontrou amparo. Tem-se a atuação ativa e ampla da Suprema Corte estadunidense. Também acrescenta a lista o caso (*Brown vs. Board of education*, em 1954) relacionado com negros. A Suprema Corte já nessa época adota uma postura mais progressista quanto ao caráter de suas decisões.¹²⁶

O caso clássico no direito brasileiro de ativismo judicial é da fidelidade partidária. O STF declarou que a vaga no Congresso Nacional seria composto por partido político. Ou seja, criou uma nova forma de perda de mandato parlamentar. Utilizou de uma norma Constitucional expressamente prevista em um caso concreto que não havia legislação regulamentadora.¹²⁷

Ao tratar das políticas públicas o caso clássico é o dos medicamentos destinados a tratamento de doenças via decisão do Supremo.¹²⁸

Assim, define-se ativismo judicial como a forma no qual o intérprete constitucional, utiliza-se da hermenêutica para criar, ou até mesmo inovar na interpretação dada a determinada norma, regra ou princípio, sem um parecer legislativo sobre o caso, para solucionar a questão enfrentada. Ocorre quando há lacuna legislativa. Denomina-se de atuação proativa do judiciário.¹²⁹

¹²⁴Arthur Schlesinger foi um jornalista norte-americano que conforme a autora Vanice Regina Lírio do Valle menciona pela primeira vez o termo ativismo judicial.

¹²⁵SCHLESINGER, Arthur apud. ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹²⁶BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 ago, 2013.

¹²⁷BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 ago, 2013.

¹²⁸BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 ago, 2013.

¹²⁹BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 ago, 2013.

E Judicialização é o termo utilizado para denominar as questões de cunho político ou social que deveriam ser enfrentadas pelo poder executivo ou legislativo, porém passaram a ser decididas pelo Supremo tribunal Federal. Há uma transferência de assuntos para o judiciário no qual chegam via ações que são julgadas de forma abstrata via controle abstrato de constitucionalidade. Não há criação ou ausência de norma regulamentadora. Apenas, o intérprete julga e soluciona o caso em questão.¹³⁰

3.2 Neoconstitucionalismo

Para um melhor entendimento acerca da matéria, é necessário ressaltar alguns pontos determinantes que em conjunto participam da definição atual de Neoconstitucionalismo. Supremacia da Constituição, Defesa dos Direitos Fundamentais com ênfase no Princípio da Dignidade da pessoa humana e atuação do Poder Judiciário, ou seja, a Jurisdição Constitucional.

O Neoconstitucionalismo ou Estado Constitucional Moderno consolidou-se no Brasil através da promulgação da Constituição de 1988. Essa superação da dogmática jurídica, contudo já existia na Europa logo após a 2ª Grande Guerra Mundial.¹³¹

Primeiro o Direito era interpretado por uma conotação do jusnaturalismo. Depois aparece a idealização de direitos por meio do Estado Liberal, pós revoluções burguesas (inglesa e francesa) e Independência Norte Americana. Então, caminha-se para um Estado Democrático de Direito, uma concepção de positivismo. Até chegar no atual pós-positivismo jurídico.¹³²

¹³⁰BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 27 ago, 2013.

¹³¹BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2013/07/barroso-neoconstitucionalismo.pdf>> Acesso em: 25 fev.2014.

¹³²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.66.

A Força Normativa da Constituição deu-se com a sua elevação a status de norma jurídica. Assim, foi atribuída a Carta Magna, um caráter de imperatividade, ou seja, seus comandos deveriam ser vinculativos e obrigatórios.¹³³

O Neoconstitucionalismo parte da premissa da aplicação do comando constitucional ao caso concreto, e adota o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um ideal e ponto de partida para fundamentar sua discussão filosófica.¹³⁴

A partir dessa perspectiva anota salientar alguns aspectos para análise do Estado de Direito Constitucional Moderno:

Atuação do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal deve estar pautada no âmbito dos Direitos Fundamentais; a legitimidade de atuação do poder Judiciário e da Suprema Corte deve estar calcada nos limites da função compartilhada de poderes com ênfase no estado garante de Direitos Fundamentais; uma metódica concretista aberta, via Peter Harbele.¹³⁵

Para Peter Harbele, o Estado Constitucional é um arquétipo jurídico-político onde os poderes públicos se acham conformados e limitados pelo direito através de princípios constitucionais formais e materiais[...].¹³⁶

A ideia que permeia o Neoconstitucionalismo é a proteção dada aos Direitos Fundamentais. O Poder Judiciário, em especial a Corte Suprema, atua como um órgão garante desses direitos. O Estado Constitucional Moderno permeia suas diretrizes para uma proteção acirrada dos Direitos Fundamentais, e o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre os demais, é o que mais ganha destaque nessa proteção.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável pelo exercício da jurisdição constitucional, que possui atribuições de interpretar e concretizar as normas constitucionais, bem como na hermenêutica dos direitos fundamentais.¹³⁷

¹³³BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2013/07/barroso-neoconstitucionalismo.pdf>> Acesso em: 25 fev.2014.

¹³⁴SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Jurisdição e a defesa da constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <xa.yimg.com/.../A+Jurisdição+e+Defesa+da+Constituição+no+Estado+Constitucional+Brasileiro.pdf> Acesso em: 18 mar.2014.

¹³⁵HABERLE, Peter apud. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Jurisdição e a defesa da constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <xa.yimg.com/.../A+Jurisdição+e+Defesa+da+Constituição+no+Estado+Constitucional+Brasileiro.pdf> Acesso em: 18 mar.2014.

¹³⁶HABERLE, Peter apud. PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

Cabe ressaltar, se o juiz no âmbito do Poder Judiciário fará às vezes de legislador, pois ele é o intérprete da Constituição e das normas jurídicas.¹³⁸ Essa questão já foi apresentada e discutida no capítulo anterior.

Luiz Roberto Barroso menciona como um dos ingredientes presentes no Estado Constitucional Moderno: a interpretação judicial. O trabalho hermenêutico ganhou novos contornos. O modo de interpretar avançou,¹³⁹ e não está orientada somente naqueles métodos propostos por Savigny: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.¹⁴⁰

Peter Häberle propôs mais um elemento de interpretação: o método comparativo.¹⁴¹

Na visão de José de Oliveira Baracho “ diz que o direito constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas e que também se concretizam por intermédio de ações processos e procedimentos os quais tornam possível a participação da cidadania em seus diversos aspectos e consequências.”¹⁴²

Luiz Guilherme Marinoni entende que a atuação direta do juiz o coloca numa posição de intérprete da Lei, no âmbito da jurisdição constitucional. O juiz de primeiro grau, tem o condão de decidir acerca de inconstitucionalidade de uma determinada lei, via Controle Difuso de Constitucionalidade.¹⁴³

¹³⁷SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Jurisdição e a defesa da constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <xa.yimg.com/.../A+Jurisdição+e+Defesa+da+Constituição+no+Estado+Constitucional+Brasileiro. pdf.> Acesso em: 18 mar.2014.

¹³⁸SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Jurisdição e a defesa da constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <xa.yimg.com/.../A+Jurisdição+e+Defesa+da+Constituição+no+Estado+Constitucional+Brasileiro.pdf> Acesso em: 18 mar.2014.

¹³⁹BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2013/07/barroso-neoconstitucionalismo.pdf.> Acesso em: 25 fev.2014.

¹⁴⁰SAVIGNY apud. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Jurisdição e a defesa da constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <xa.yimg.com/.../A+Jurisdição+e+Defesa+da+Constituição+no+Estado+Constitucional+Brasileiro. pdf.> Acesso em: 18 mar.2014.

¹⁴¹HABERLE, Peter apud. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Jurisdição e a defesa da constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <xa.yimg.com/.../A+Jurisdição+e+Defesa+da+Constituição+no+Estado+Constitucional+Brasileiro. pdf.> Acesso em: 18 mar.2014.

¹⁴²BARACHO, Oliveira apud. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Jurisdição e a defesa da constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <xa.yimg.com/.../A+Jurisdição+e+Defesa+da+Constituição+no+Estado+Constitucional+ Brasileiro. pdf.> Acesso em: 18 mar.2014.

¹⁴³MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*, 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br.>Acesso em: 18 mar.2014.

O Controle Incidental é imprescindível na jurisdição constitucional, pois permite ao juiz realizar controle de constitucionalidade frente a leis. Pois, a partir das técnicas de interpretação o intérprete irá avaliar se determina lei obedece ou não os princípios constitucionais, a partir da análise de um caso concreto.

Nesse contexto o juiz depara-se com a análise de uma Lei que conforme tenha declarada sua constitucionalidade ou não, repercutirá no caso em questão suscitado inicialmente. A análise da lei é feita em decorrência de uma necessidade, para que por meio desta possa assim, proferir a decisão final.

Para Francesco Carnelutti, por meio da relação angular, de Estado-juiz, autor e réu, o juiz cria uma norma individual que será aplicada ao caso concreto. Com a concretização da composição da lide, a sentença proferida torna a norma geral particular para as partes.¹⁴⁴

O Estado Constitucional é marcado pela primazia da Constituição e também é um marco da garantia e proteção dos direitos de 3º geração.

Peter Häberle aponta o Estado Constitucional como o melhor representante de uma sociedade aberta e pluralista.¹⁴⁵

O Estado Constitucional se contrapõe a essa visão ideológica do Estado de Direito. Esse coloca a Lei como suprema, aquele vivencia a Constituição como suprema, por meio da coexistência de princípios e valores que a colocam no topo do ordenamento jurídico.¹⁴⁶

Conclui o conceito, nos dizeres de Manuel Garcia Pelayo, que o Estado Constitucional é uma continuidade e um processo de desenvolvimento do Estado de Direito. Ou seja, é um aperfeiçoamento, uma evolução de um Estado para o outro. Não uma anulação.¹⁴⁷

Então, com o advento do Neoconstitucionalismo, ocorreu uma mudança nos paradigmas que foram adotados antes da publicação da Constituição de 1988. Hoje, pauta-se

¹⁴⁴CARNELUTTI, Francesco apud. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*, 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: [16 jul] 2013.

¹⁴⁵HABERLE, Peter apud. PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

¹⁴⁶HABERLE, Peter apud. PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

¹⁴⁷HABERLE, Peter apud. PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

na ideia de que a interpretação da Carta Magna seja característica com os dizeres constitucionais: a Supremacia da Constituição, rigidez e primazia dos Direitos Fundamentais. O que proporciona aos intérpretes constitucionais a consciência do valor o qual são submetidos, isto é criadores do direito.¹⁴⁸

Nesse diapasão, tem-se uma atuação ativa do juiz constitucional, o qual exerce atividade no processo hermenêutico de duas maneiras. De forma complementar, analisa a situação em questão, na ausência de uma legislação pertinente ao caso controvertido. Bem como, no processo natural de interpretação constitucional, pois o juiz não somente aplica o texto da Lei, ele exerce função precípua de apreciar o enunciado normativo.¹⁴⁹

O Poder Judiciário, no âmbito de atuação da Jurisdição Constitucional, exerce função de órgão protetor dos Direitos Fundamentais. Destarte, estes serem direitos que ganham destaque, devido a necessidade de proteção. Estes compreendem os fundamentos do Estado Constitucional Moderno.

O Judiciário atua como garantidor do Estado Democrático de Direito.¹⁵⁰

Assim, ocorre a atuação ativa do Poder Judiciário frente os demais poderes, com o objetivo de responder aos anseios da sociedade e na proteção dos direitos constitucionais.

¹⁴⁸MACEDO FILHO, Cícero Martins de. Ativismo judicial. *Revista jurídica consulex*, ano 13, n.304, p. 48-51, set. 2009.

¹⁴⁹ATHAYDE DE A. VARELA, Maria da Graça Bellino de. Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, n.11, p. 201-220, jan/jun. 2012.

¹⁵⁰MACEDO FILHO, Cícero Martins de. Ativismo judicial. *Revista jurídica consulex*, ano 13, n.304, p. 48-51, set. 2009.

4 A MUTAÇÃO A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 Análise da mutação através da ADI 4277/DF e ADPF/RJ 132 do Supremo Tribunal Federal

Este tópico mostrará como o processo de mutação constitucional foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade. Apontará adiante, quais foram os argumentos utilizados pelo plenário da Suprema Corte, a partir do estudo dos votos proferidos pelos ministros.

E como os ministros chegaram ao entendimento de equiparação da união estável para os casais homoafetivos, bem como, seu reconhecimento como uma entidade familiar. Pedidos estes contidos nas ações propostas, com embasamento jurídico no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal com a redação dada ao artigo 1723 do Código Civil.¹⁵¹

A ADPF 132/RJ teve seu pedido julgado e recebido por meio da ADI 4277/DF. Pois, seus elementos de fato e de direitos estavam presentes também na ADI, houve uma perda de seu objeto. A ADPF é considerada uma ação subsidiária as demais, portanto na presença de uma ação mais abrangente que contenha os mesmos pedidos da Arguição, esta terá seu pedido julgado pela ação mais ampla, neste caso pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

4.1.1 Voto do Ministro relator Ayres Britto

Segue adiante os argumentos utilizados pelo Ministro Relator Ayres Britto na ADI em destaque.

Na preliminar de mérito do julgamento da ADI, esclarece o ministro a validade dos pedidos formulados pelas partes, bem como reconhece o pedido de “interpretação

¹⁵¹BRASIL. Lei n 10406, de 10 de Janeiro de 2002. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família”.

conforme a constituição” do enunciado normativo do artigo 1723 do Código Civil. Texto este que trata da união estável entre o homem e a mulher.¹⁵²

Menciona também o decaimento da utilização do termo homossexualismo para se referir a união entre casais do mesmo sexo. O sufixo *ismo* significa doença. Foi retirado então, dos dicionários de língua portuguesa a expressão, e substituída por homossexualidade, que significa união entre iguais. A ciência esclareceu que a homossexualidade não era uma doença, mas sim orientação sexual.¹⁵³

O relator na defesa da união entre pessoas do mesmo sexo, acolhe o pedido de forma favorável. Vale da argumentação no campo afetivo e amoroso. Menciona uma passagem de Platão ao dizer que é através do amor que se conhece a filosofia.¹⁵⁴

O termo sexo utilizado na Constituição, refere-se aos dois gêneros humano: feminino e masculino. Sem desconsiderar a diferença biológica entre ambos. Portanto, quando o termo aparece no texto normativo, não faz diferenciação entre os sexos, salvo expressa disposição em contrário. Ou seja, o próprio inciso IV do artigo 3º veda qualquer tipo de ato de cunho discriminatório em desfavor do gênero humano. Esse ato de desigualdade entre os sexos passa a colidir com o preceito constitucional de “promover o bem de todos”.¹⁵⁵

Bem de todos é um valor posto pela Constituição o qual denomina-se de uma Constituição fraterna. Valor constitucional colocado com o intuito de se adotar uma integração social.¹⁵⁶

¹⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em:

E esta integração deve ser feita pelo Estado, por meio de políticas públicas afirmativas em prol de proteger aqueles que se encontram em uma situação de desvalorização perante a sociedade. Exemplo são os homoafetivos. O Estado deve realizar essa promoção de medidas que venham a combater de forma eficaz o preconceito. Pois assim, ocorre uma maior facilidade de aceitação por parte da sociedade, vivenciando um pluralismo sócio-político-cultural.¹⁵⁷

Esse pluralismo é elemento da própria democracia. Porém, dentro desse conceito deve ocorrer a inclusão da convivência respeitosa dos contrários.¹⁵⁸

O termo preconceito, empregado na Constituição, seria um conceito prévio. Ou seja, um juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela.¹⁵⁹

O artigo 3º, inciso IV¹⁶⁰ da Constituição Federal é bem claro quanto a negação ao preconceito. O texto menciona de forma transparente a abominação e proibição constitucional de qualquer tipo de preconceito. “Não se é mais digno, ou menos digno pelo fato de ter nascido homem ou mulher”.¹⁶¹

Essa diferença entre os sexos, entre os órgãos genitais e suas respectivas funções, faz com que seja possível a procriação, e também a descoberta de desejos sexuais, a libido, os

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁶⁰ “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”..

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

prazeres. Nos casais homoafetivos, esses prazeres, os instintos, são provocados por pessoas do mesmo sexo, no que traduz em sentimentos e afetos.¹⁶²

Nesse mesmo sentido o relator faz referência a três possibilidades de utilização do órgão genital feminino e masculino: estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. A Constituição é silente quanto a esses modos de utilização do aparelho sexual humano. Implica dizer que a Constituição não proíbe, ou seja cada indivíduo utilizará a seu bel prazer, de forma instintiva e particular. É uma liberdade de busca em si mesmo. Autêntica e individual.¹⁶³

Nesse diapasão, conjuga-se a autonomia da vontade particular de cada indivíduo mais o fato da Constituição ser omissa em relação a utilização das formas de prazer do ser humano, então constitui-se em um direito subjetivo. A liberdade se concretiza por meio do direito à intimidade e à privacidade.¹⁶⁴

O indivíduo é detentor do direito de exercer a sua liberdade sexual como bem entender, pois o texto constitucional nada veda em relação a sua preferência sexual.¹⁶⁵

E além de serem direitos outorgados pela Constituição, são também Direitos Fundamentais, trazidos e amparados no artigo 5º da Carta Magna, e ainda protegidos pelo Supremo Tribunal Federal. Junção de todos os elementos do Neoconstitucionalismo.

Pois bem, o artigo 5º, inciso X¹⁶⁶ e parágrafo 1º da CF não fazem menção expressa a uma vedação quanto ao estilo de utilização da intimidade sexual de cada indivíduo.¹⁶⁷

¹⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

Bem esclarece o relator ao dizer que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido.”

“nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.”¹⁶⁸

Conclui o relator que:

[..] tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos[...]¹⁶⁹

Alude que o caput do artigo 226º da Constituição Federal, é o mais importante, porque é nesse dispositivo que se invoca a proteção do Estado no que concerne a família. Ou seja, é dever do Estado garantir essa proteção.¹⁷⁰

¹⁶⁶“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁶⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁷⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

A palavra família é contemplada em sentido amplo, aberto, sem restrições. Define-a como um organismo, como uma complexa instituição social, em sentido subjetivo.

171

Não faz distinções de tipos familiares. O termo homem e mulher na definição de união estável foi posto na redação do texto constitucional com o intuito de proteger a mulher na relação. O legislador quis amparar o elo feminino, em decorrência de um abandono do lar pelo marido.¹⁷²

Empatia, afetividade, elo conjugal, aconchego habitacional, propósito de felicidade são os ingredientes de uma família, independe ser composta por membros heterossexuais ou homossexuais.¹⁷³

Pois bem, a família mostra-se um elo, significa uma locomotiva social. Une indivíduos, faz nascer um lar. É uma forma de comportamento assecuratório de sobrevivência.

174

Esse conceito de família que traz o caput do artigo 226º da Constituição traz preceitos como: princípio da dignidade da pessoa humana, cidadania, valores sociais, dentre outros. Incisos II, III e IV do artigo 1º da CF.¹⁷⁵

A Constituição ao mencionar o termo família, traduz em sentido coloquial do termo, de caráter aberto a outras possibilidades. Não restrita somente a uma família composta

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

por um casal heterossexual. Hoje há a formação de uma multiplicidade de núcleos familiares.
176

Assim, faz uma interpretação não-reducionista do termo família. Caso contrário, se houver uma interpretação contrária, estaria indo de encontro ao propósito constitucional e implicaria em uma interpretação eivada de preconceito. Então, o termo família se fará bem compreendido se tratar de forma isonômica qualquer tipo de núcleo de pessoas que tenham o intuito de constituir família, diga-se: união duradoura, pública, contínua. Sem discriminação em relação as pessoas que irão formar essa união.¹⁷⁷

A dualidade do termo homem e mulher no artigo 226º, justifica-se para enfatizar e incentivar a união e formação de uma família. O instituto do casamento é uma tradição cultural e religiosa.¹⁷⁸

Outro motivo o qual ocorre essa dualidade no texto constitucional é para a proteção da mulher. Até nos tempos mais remotos se a mulher contraísse união com um parceiro, porém sem ser casada, estaria sob o julgo da sociedade. Portanto, o instituto da união estável veio a amparar esse tipo de junção entre casais.¹⁷⁹

Desde que preenchidos os requisitos legais para a caracterização de uma união estável, não se fará jus ser de caráter heterossexual ou homoafetivo. A Constituição, o Código Civil, não fazem menção expressa de uma proibição legal que possam coibir outras formas de constituição de família. Portanto, válida é a união homoafetiva.¹⁸⁰

¹⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁷⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁷⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁸⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

Outro sim, é que não cabe falar em uma superioridade hierárquica de relações. Aqui, trata-se uma visão igualitária de direitos. Pois, o que cabe para os heterossexuais cabe de forma igual para os homoafetivos. Bem como, não está diante de uma situação de perda de um direito de um grupo para beneficiar o outro. O lema está em amparar todos de forma igualitária.¹⁸¹

Por fim, reconhece o relator a interpretação conforme à Constituição do artigo 1723 do Código Civil. Ou seja, a ocorrência da mutação constitucional. Julga procedentes os pedidos de reconhecimento da união estável para os casais homoafetivos, desde que presentes os requisitos legais. Entende que a entidade familiar significa família, esta vista de forma ampla.¹⁸²

4.1.2 Voto da Ministra Carmen Lúcia

A Ministra Carmem Lúcia enfatiza que a Constituição é contra todas as formas de preconceito e a Tribuna Suprema tem o condão de proteger os direitos constitucionais.¹⁸³

Profere seu voto e acompanha o entendimento do ministro relator. Segue a ideia de que orientação sexual é uma escolha individual.¹⁸⁴

Conforme alude o relator, a interpretação conforme do artigo 1723º do Código Civil, deverá ter consonância com o 226º da Constituição. Porém com maior ênfase no dispositivo constitucional para que não haja dúvidas em relação ao que a Carta Magna emana,

¹⁸¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁸²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

ou seja a decisão não poderá ir de encontro aos princípios constitucionais positivados. Pelo contrário, foi através destes que surgiram argumentos favoráveis para que haja o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar. Uma análise de interpretação do artigo 226º, parágrafo 3º da Constituição.¹⁸⁵

Carmen Lúcia Considera o momento contemporâneo pertinente para que haja esse reconhecimento, dado os acontecimentos de atos de repúdio contra os homossexuais que são noticiados nos tele jornais.

Ressalta também as formas de interpretação, como foi explanado no último tópico do Capítulo 2 deste trabalho. Verifica a importância do trabalho hermenêutico do intérprete.

Explica a Ministra que apesar do texto constitucional ser expresso quanto ao termo homem e mulher, entende a ministra que isso não pode caracterizar o entendimento de que a união homoafetiva deva ser rechaçada pela sociedade.¹⁸⁶

Pelo contrário, defende que homens e mulheres são iguais perante a Lei. E não vê como um óbice estender para os casais homoafetivos os mesmos direitos concedidos aos heterossexuais, desde que sejam respeitados e obedecidos os critérios legais. Vale-se dos princípios constitucionais da: dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, respeito à intimidade.¹⁸⁷

Enfatiza o princípio da igualdade. A escolha da vida em comum é íntimo e humano. Não há que se falar em uma obrigatoriedade de escolha, ou seja optar por aquilo que é socialmente aceito e entendido como normal, certo ou legítimo. Este campo é de cunho pessoal. O indivíduo deve sentir que possui essa liberdade de escolha e seja qual for, será amparado pelos princípios constitucionais. Enfim, terá uma igualdade de condições.¹⁸⁸

¹⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

Pertinente faz os dizeres de José Afonso da Silva

o intérprete da Constituição tem que partir da ideia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pelo qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material.¹⁸⁹

Por fim, conclui a ministra que a interpretação deve ser dada para o reconhecimento da união estável para os casais homoafetivos, haja vista que o posicionamento contrário acarretaria em uma colisão com os princípios constitucionais, a exemplo a dignidade da pessoa humana, liberdade, intimidade e o pluralismo social e político. Expressamente consolidado no artigo 1º, inciso IV, da Constituição.¹⁹⁰

4.1.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa começa a proferir o seu voto em que pese sobre a função da Constituição acompanhar as mudanças sociais, bem como no âmbito global. Acompanha a visão de Hsü Dau-Lin ao dizer que a Constituição não acompanha o mundo dos fatos. Enfoca o papel das Cortes Constitucionais no exercício do papel de interlocutor entre o direito e a sociedade.¹⁹¹

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

O Ministro fala da existência já antiga das relações homoafetivas. E o que se busca no atual contexto histórico, não se restringe apenas a aceitação social sobre o tema, mas o reconhecimento jurídico da questão¹⁹².

Outro ponto de destaque é acerca do silêncio constitucional em não amparar os casais homoafetivos na letra da lei. Contudo, indaga se esse silêncio deva ser interpretado de forma hostil, ou com desprezo e indiferença. O Ministro entende que o silêncio do legislador não implica em uma rejeição quanto ao tema.

Agora, passa-se a análise da interpretação dessas relações. Se essas correspondem com o espírito constitucional.¹⁹³

Joaquim Barbosa menciona que a Constituição não traz em seu texto menção expressa sobre as uniões homoafetivas. Porém, explana que o rol dos Direitos Fundamentais não é taxativo, não se limita a aqueles escritos no texto da Lei. Nesse sentido entende que com base no princípio da dignidade da pessoa humana, é cabível o acolhimento das relações homoafetivas.¹⁹⁴

Acompanha o voto do relator ao mencionar os princípios constitucionais da intimidade, igualdade, dignidade, não discriminação já difundidos e consolidados pela Carta Magna e também no âmbito global.¹⁹⁵

Nessa ideia, o Ministro reconhece a união estável homoafetiva, não pelo artigo 226º, parágrafo 3º da Constituição. Mas, sim por todos os artigos constitucionais que emanam

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

sobre os Direitos Fundamentais. É com base na proteção dos Direitos Fundamentais que utiliza como argumento na sua decisão final.¹⁹⁶

4.1.4 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes inicia seu voto, com o questionamento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para utilizar essa técnica de interpretação conforme à Constituição do artigo 1723 do Código Civil. O Ministro alega que o pedido em questão suscita dúvidas e indagações quanto a sua utilização pelas Cortes Constitucionais. Contudo, já se mostra uma prática do Supremo em outras decisões.¹⁹⁷

Entende que a interpretação conforme à Constituição deve respeitar limites. Não poderá ultrapassar a vontade do legislador, e também não mudará a letra da Lei. Ou seja, a interpretação feita deve buscar não violentar o desejo do constituinte originário.¹⁹⁸

O Ministro explica que a interpretação feita não acolhe significado que ultrapasse a intenção do legislador. A interpretação é utilizada quando se mostra possível dentro dos limites do texto literal.¹⁹⁹

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes menciona a dificuldade em visualizar os limites semânticos trazidos pelo texto literal. Muitas vezes, não são dotados de clareza. Há uma gama de possibilidades de significados. Por isso, essa técnica pode acarretar em perigos

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

na hora de interpretar. Pois, pode ocorrer da interpretação ultrapassar o desejo do legislador.
200

A Corte Constitucional Italiana demonstra que em determinados casos trazidos para a tribuna, a aplicação da interpretação da norma com produção de efeitos modificativos ou corretivos é a melhor solução. Caso contrário, ou seja, a não aplicação, a Corte poderia declarar a inconstitucionalidade da Lei, total ou parcial a depender do nível das consequências desse ato ou então não conhecer a ação.²⁰¹

Menciona o Ministro que a interpretação conforme à Constituição têm sido cada vez mais utilizada pelos Tribunais Constitucionais e também no controle difuso de constitucionalidade. Essas decisões que eram consideradas atípicas, tornaram-se típicas [...] “decorrem de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional”.²⁰²

O debate deve estar pautado não em aceitar a utilização dessa técnica, mas sim em delimitar os seus limites.²⁰³

O Supremo Tribunal Federal exerce função de legislador negativo quando está diante de situações de uma interpretação que ocasiona uma decisão com efeito corretivo da lei. Exemplo do julgamento das ADIs 1105 e 1127.²⁰⁴

É possível verificar que o Tribunal com embasamento jurídico na doutrina italiana, proferiu decisões a partir da interpretação conforme à Constituição, o que se denomina de decisões manipulativas de efeitos aditivos. Exemplo encontra-se na decisão da

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

ADI 3105. Com base no princípio da igualdade foi eliminada uma norma que restringia direitos para um grupo de pessoas. O Direito tratado deveria abarcar as demais categorias de pessoas também detentoras daquele Direito.²⁰⁵

Gilmar Mendes, até então relata as circunstâncias do emprego da interpretação conforme à Constituição. Bem como, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em interpretar por meio de decisões manipulativas de efeitos aditivos. Os quais deve-se ater em relação aos limites dessa interpretação, para não incorrer em uma ampliação além do desejo do legislador.²⁰⁶

A princípio, o Ministro pensou que a interpretação conforme à Constituição não se aplicaria ao caso em tela. Contudo, o argumento utilizado de forma positiva para o reconhecimento do feito, foi o de que o texto normativo ao empregar o termo homem e mulher conteria uma objeção para o reconhecimento da união homoafetiva. Haveria um impedimento para estender o direito aos casais homossexuais.²⁰⁷

Foi com ressalvas que o Ministro proferiu esse argumento. Deixa claro o seu entendimento no qual o texto constitucional não está passível de dúvidas quanto ao uso dos substantivos homem e mulher. Esse foi o desejo do constituinte. Portanto, realça que o uso da interpretação conforme à Constituição neste caso, deve ter ressalvas e também se atentar as peculiaridades.²⁰⁸

²⁰⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²⁰⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

Gilmar Mendes afirma uma atuação positiva do Tribunal para tratar deste caso. Pois, há o emprego nítido de um papel ativo, já que era de se esperar uma resposta legislativa para a solução da questão.²⁰⁹

Frente o silêncio do legislador, diante a falta de um aparato jurídico, o Judiciário que estará apto a responder as perguntas feitas pela sociedade. E neste caso, o judiciário vem a substituir o legislativo, então a resposta será de caráter positivo.²¹⁰

Passa então a temática, quanto ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.²¹¹

A união entre pessoas do mesmo sexo é mais que evidente e presente na sociedade, não somente na contemporânea, como também em tempos mais remotos.²¹²

O Estado não oferece a devida proteção ao caso. Há a ausência de Leis Federais, Estaduais, que regulem a matéria e tragam uma segurança jurídica para esse grupo desprotegido. Cabe salientar que ocorre uma dificuldade do legislativo em cuidar da matéria. Por se tratar de questões que no Direito Brasileiro ainda envolvem um grau de complexidade devido a sua natureza, e também pelo receio da opinião pública quanto ao tema.²¹³

Outro aspecto mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes é sobre as tentativas de regulamentação da situação jurídica dos casais homoafetivos pelo Congresso Nacional.²¹⁴

²⁰⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator:Min. Carlos Ayres Britto,Brasília,5, de maio de 2011.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional,

Propostas de Lei, Emendas Constitucional, Leis Estaduais, desde a década de 90 estão percorrendo uma tramitação no Congresso Nacional, ou nas casas legislativas. Porém, muitas dessas tentativas morreram pelo caminho.²¹⁵

O Projeto de Lei 1151/1995, proposto pela deputada Marta Suplicy, foi um dos primeiros que propôs assegurar o direito a união civil dos casais homoafetivos. O deputado Roberto Jefferson apresentou algumas ressalvas quanto ao Projeto de Lei em andamento, o qual fazia restrição a uma parte dos Direitos contemplados na proposta. Depois, a Câmara dos Deputados retirou da pauta a discussão e arquivou o projeto.²¹⁶

A PEC 66/2003 foi apresentada e abarcava o que estava contemplado na Proposta de Emenda Constitucional 139/1995, também de propositura da deputada Marta Suplicy. No entanto encontra-se em tramitação.²¹⁷

Quanto a tentativa em legislação local, exemplo pertinente é o da ADPF132/RJ proposta pelo Estado Federativo do Rio de Janeiro.²¹⁸

Observa-se que as intenções de regulamentação quanto ao tema dos Direitos dos casais homoafetivos foram arquivadas, ou até mesmo, depois de feita a propositura, ocorreu a desistência do feito pelo parlamentar que a propôs. Ou ainda, estão em tramitação.²¹⁹

dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

O Ministro esclarece que houveram tentativas de que a situação jurídica dos casais homoafetivos seguisse o trâmite de mudança formal do texto constitucional.²²⁰

Contudo, como foi apontado, nenhum Projeto de Lei ou Emenda, obteve uma resposta favorável até então. Cabe ao Judiciário, promover essa questão por falta de uma legislação pertinente ao caso que venha a detalhar e contemplar os Direitos dos homossexuais.²²¹

O Ministro faz uso do Direito Comparado para argumentar seu voto. Mostra que nos países Europeus como: Alemanha, Holanda e Dinamarca o tema já é tratado de forma detalhada e com contornos mais estabelecidos, sem deixar a mercê os grupos homossexuais. Todavia, até mesmo nos países desenvolvidos, essa tomada de decisão ocorreu de maneira madura. Estudos foram feitos, pesquisa de opinião pública, também foi um fator considerado para que o sistema jurídico chegasse a uma solução. Vê-se a complexidade que o tema envolve.²²²

Também Gilmar Mendes não se esquivava ao dizer das opiniões contrárias a essa atuação ativa do Judiciário. Explica seu entendimento ao apontar que o tema abordado trata de Direitos Fundamentais e o reconhecimento de minorias desfavorecidas no campo social, nada mais são que exercício da função jurisdicional. Não seria ativismo.²²³

Menciona a importância dos Direitos Fundamentais contemplados na carta Magna: cidadania; dignidade da pessoa humana; os fundamentos de uma sociedade livre, justa e solidária na promoção do bem comum a todos, sem preconceitos de idade, sexo, cor, religião, dentre outras formas de discriminação; proteção aos Direitos Humanos; igualdade de

²²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

todos perante a lei (artigo 5º, caput CF) e a não exclusão dos Direitos e garantias constitucionais abarcados pela Carta Magna.²²⁴

Diante os Direitos protegidos pela Constituição, a orientação sexual deve ser considerada como uma liberdade de escolha de cada indivíduo, de um livre desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, deve ser protegido, sem preconceito ou discriminação. Então, pauta-se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, com base na livre escolha da opção sexual de cada ser humano.²²⁵

Gilmar Mendes enfatiza nos seus argumentos que a seu ver o artigo 226º, parágrafo 3º é bem claro ao mencionar os substantivos homem e mulher para o reconhecimento da união estável, não há dúvidas quanto ao desejo do legislador.

Ressalta que fazer uma interpretação alargada desse enunciado estaria em descompasso com o preceito do constituinte originário, bem como em desconformidade com a interpretação conforme à Constituição. Esclarece o seu voto de maneira favorável, porém utiliza-se da seguinte argumentação.²²⁶

Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.²²⁷

²²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

²²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

O Ministro menciona a falta de legislação pertinente ao caso, como também a falta de políticas públicas, das ações positivas do Estado para proteger esse grupo de minorias.

228

[..] mas, sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.²²⁹

O Ministro aponta que no atual momento do constitucionalismo é compreensível o reconhecimento das uniões homoafetivas com base nos princípios constitucionais expostos.²³⁰

Contudo, aponta uma preocupação quanto a essa decisão não incorrer em uma insegurança jurídica. Pois, a seu ver deveria haver uma atuação do legislativo na edição de normas que venham a regulamentar a questão de maneira detalhada, para que não haja a inserção de dúvidas. Como também a atuação do Estado na promoção de políticas públicas que venham a exterminar o preconceito e discriminação da sociedade.²³¹

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar.²³²

²²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional,

Nota-se, no caminhar dos argumentos do ministro que pairou sérias dúvidas a respeito de sua posição quanto ao reconhecimento da união estável homoafetiva.

Por fim, entende seguir o caminho do pensamento jurídico do possível, inspirado nas ideias de Zagrebelsky.²³³ Peter Häberle também defensor desse conceito explicita que [...] o pensamento jurídico do possível expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional[...].²³⁴

Define Peter Häberle como um pensamento do possível. Fala da existência de alternativas em relação à realidade.²³⁵

Destaca o Ministro que, em outra ocasião, já se fez valer da teoria do pensamento do possível. Em um caso do Supremo Tribunal Federal e o outro no Tribunal Superior Eleitoral.²³⁶

Assim, o Ministro Gilmar Mendes finaliza sua argumentação ao dizer que caso não fosse possível embasar o seu voto à luz da teoria do pensamento do possível, utiliza o que foi dito em momento anterior.²³⁷

A solução para a controvérsia está na aplicação do reconhecimento da união homoafetiva como constitucional, por meio da aplicação do direito fundamental à liberdade

dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

²³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn.>> Acesso em: 7 mar.2014.

do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da não discriminação dessa opção, conjugado com os princípios constitucionais contemplados.²³⁸

Conclui que a utilização da teoria do pensamento do possível é viável devido a falta de ordenamento jurídico adequado para a questão.²³⁹

Finaliza a argumentação ao expor as divergências de pontos de vista em relação a proposta trazida pelo relator.²⁴⁰

Fala que há a presença de uma lacuna legislativa no que concerne a proteção dos casais homoafetivos, desta forma a Suprema Corte traz uma solução provisória para o pleito, o que nada impede em uma atuação regulamentadora pelo legislativo.²⁴¹

Aponta também o âmbito da repercussão que o reconhecimento das uniões homoafetivas traria nos campos do direito civil e criminal.²⁴²

Reconhece a existência da união estável homoafetiva no que for cabível e aceitável com o instituto da união estável.²⁴³

Assim, a Suprema Corte proferiu a decisão de reconhecimento da união estável homoafetiva, com base nos princípios constitucionais da: dignidade da pessoa humana,

²³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

²⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, dentre outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>>. Acesso em: 7 mar.2014.

liberdade, igualdade, dos direitos fundamentais. Decisão pautada no conceito hodierno de família que é a afetividade nas relações familiares independente dos laços consanguíneos.

4.2 Críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal

Neste tópico serão apontados os argumentos desfavoráveis acerca da decisão proferida pelo STF na ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ. O STF por unanimidade de votos reconheceu a constitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil, a equiparação da união estável para os casais homoafetivos.

Neste caso de controle concentrado de constitucionalidade, quando há a indeterminação referente ao conteúdo da norma, deve ser interpretado conforme os preceitos constitucionais.²⁴⁴

Entretanto, é claro o texto do artigo invocado, bem como o texto constitucional. Na opinião de Andréa Maria dos Santos Santana Vieira o texto normativo não contém incerteza, a intenção do legislador é convincente ao dispor os efeitos do casamento para os casais heterossexuais. O Supremo estaria então, questionando o seu texto constitucional, haja vista que o artigo invocado e o dispositivo constitucional, contém essência semelhante. Portanto, diz que a decisão em destaque nega a Constituição.²⁴⁵

Nesse contexto, aponta que o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma interpretação para buscar uma exegese a qual defendesse a posição da Suprema Corte.²⁴⁶

Sob o argumento de proteção das minorias fez uma criação de mecanismos para efetivação dos Direitos Fundamentais.²⁴⁷

Nesse sentido, o STF praticou uma aspiração não pretendida pelo legislador ordinário.²⁴⁸ Também concorda com esse entendimento Ives Gandra da Silva Martins. Entende

²⁴⁴SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁴⁵SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁴⁶SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁴⁷SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

que a união homoafetiva não pode constituir uma família, pois, não foi a vontade do legislador constituinte ao promulgar a Constituição de 1988.²⁴⁹

Ives Gandra da Silva Martins menciona de forma clara que não é contra a união estável homoafetiva, contudo entende que o STF agiu além de suas funções ao substituir a função que caberia ao Congresso Nacional e a Constituinte. Da mesma maneira legislou e acrescentou ao texto da Carta Magna a extensão dos substantivos homem e mulher para referir-se a junção de casais do mesmo sexo.²⁵⁰

Lenio Luiz Streck complementa: isso é espaço para discussão do legislador, como se fez na Espanha e em Portugal. Lá, esse assunto foi discutido pelo Parlamento. O Judiciário, nesse ponto, não pode substituir o legislador.²⁵¹

Outro ponto mencionado é que, diverso do que alude a decisão, o dispositivo constitucional não traz uma vedação de Direitos para os casais homoafetivos, apenas não foram contemplados no dispositivo.²⁵²

Em se tratando do reconhecimento da união estável homoafetiva, não poderá ser olvidado que esse tratamento traz consequências jurídicas. Dentre elas, a possibilidade de conversão em casamento civil religioso. O que não está disciplinado no ordenamento jurídico.²⁵³

Assim, Ives Gandra da Silva Martins explica que, haja vista a falta de ordenamento jurídico no campo do direito de família, o qual contemple os casais homoafetivos, não impede que constituam união por meio do direito das obrigações. Mas não concorda que esse grupo deva ser reconhecido no âmbito do direito de família como ocorreu

²⁴⁸SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁴⁹SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em: 12 mar.2014.

²⁵⁰SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em: 12 mar.2014.

²⁵¹SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em: 12 mar.2014.

²⁵²SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁵³SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

na decisão proferida pelo STF. Mas sim, no contexto do processo formal de mudança no texto da Constituição.²⁵⁴

Explica que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana os casais do mesmo sexo podem estreitar laços por meio do direito das obrigações, inclusive na proteção de interesses de cunho patrimonial. Então, entende que a dignidade está sendo adotada para o ser humano, independente de orientação sexual. Ao contrário da posição do STF ao dizer que o princípio da dignidade humana estaria sendo esquecido para os grupos homoafetivos, o autor discorda desse argumento.²⁵⁵

Ainda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana Ives Gandra da Silva Martins tece algumas considerações. Fala que as uniões heterossexuais e homossexuais são diferentes sim, do ponto de vista jurídico e fático. Sem reconhecer essa diferença como fator de diminuição na dignidade dos seres humanos.²⁵⁶

A grande diferença que o autor aponta é de cunho biológico. As uniões de casais homoafetivos não podem gerar prole, enquanto os heterossexuais podem. Ou seja, no seu entendimento, a Constituição não pode equiparar as uniões homoafetivas as heterossexuais. Pois, estes possuem a capacidade de procriação pelos meios naturais e é fator essencial e magno que impede a equiparação as uniões homoafetivas.²⁵⁷

Ives Gandra da Silva Martins esclarece

A família, pois, decorrente da união de um homem com uma mulher, que biologicamente pode gerar proles que dão continuidade à sociedade, no tempo, é que o constituinte pretendeu proteger, a meu ver, sendo todos os dispositivos referentes à entidade familiar, cláusulas pétreas, pois dizem respeito aos direitos individuais mais relevantes, ou seja, de perpetuação da espécie e de preservação do Estado.²⁵⁸

²⁵⁴SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em: 12 mar.2014

²⁵⁵SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em: 12 mar.2014.

²⁵⁶SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em: 12 mar.2014.

²⁵⁷SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em: 12 mar.2014.

²⁵⁸SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em: 12 mar.2014.

Portanto, no entendimento do autor, a família é composta pelo homem e pela mulher, a qual é protegida pelo Estado. Então, o casamento civil é equiparado ao religioso e passa ser o ideal do Estado.²⁵⁹

O discurso proferido pela Suprema Corte é de tamanha beleza e representa uma semiologia de poder, o que pode vir a esconder contornos linguísticos, os quais estão propensos a gerar discussão. Exemplo quando a afetividade ganha contornos de proteção pelo direito.²⁶⁰

A semiologia de poder vincula a ideia de uma legitimidade do poder por meio de um exercício discursivo, que será obtido através de adequada manipulação de palavras. Ou seja, perpassa a ideia de que há um discurso bem provido pelos ministros da Suprema Corte, para preponderar a afetividade sobre elementos constitucionalmente consagrados e legítimos no caso da decisão da união estável.²⁶¹

Andréa Maria dos Santos Santana Vieira defende a presença do ativismo judicial na decisão proferida. Além do mais, ressalta uma preocupação em relação as incertezas advindas de opiniões individuais e casuísticas dos ministros. Complementa a ideia ao dizer que o Judiciário está a definir suas decisões com base em valores.²⁶²

Com base nas ideias de Ronald Dworkin que faz uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio, cabe ao Judiciário decidir acerca de questões de princípio. Não cabe ao órgão expor ideias de cunho pessoal, político, moral, ou de um grupo de pessoas. Ou seja, a decisão a ser proferida não deve ficar a disposição das opiniões individuais de seus membros.²⁶³

²⁵⁹SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

²⁶⁰SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁶¹SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁶²SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁶³STRECK, 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*. Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

Andréa Maria dos Santos Santana Vieira aponta “que o Tribunal esta fazendo justiça segundo sua própria lei, através de decisões que não lhe conferem legitimidade e traz insegurança jurídica para todos os seus destinatários.”²⁶⁴

O Judiciário deve atuar com base em argumentos jurídicos, e não pessoais. [...] “o direito não é e não pode ser aquilo que o Judiciário diz que é”.²⁶⁵

Para Andréa Maria dos Santos Santana Vieira a decisão do caso em tela proferida pela Suprema Corte, não condiz com os desejos da sociedade. E que não houve uma participação popular na decisão. A seu ver o STF usurpou competência a qual seria do legislativo, órgão competente para tomada de decisões de cunho político. O qual seus representantes foram eleitos pelo voto popular.²⁶⁶

Com inspiração em Habermas “a participação popular também ocorre nos âmbitos social e cultural, através do debate permanente acerca das questões de interesse público.”²⁶⁷

Ives Gandra da Silva Martins, por exemplo, afirma que o STF está “conformando a Constituição Federal à sua imagem e semelhança, e não àquela que o povo desenhou por meio de seus representantes”.²⁶⁸

Não cabe ao Judiciário decidir de forma política. Sob a argumentação de ser um órgão contramajoritário, retira a participação popular, primordial no Estado Democrático de Direito.²⁶⁹

No mesmo entendimento Lenio Luiz Streck afirma que a Constituição deve ser mudada, mas é a sociedade que deve decidir.²⁷⁰

²⁶⁴SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁶⁵STRECK, 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*. Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

²⁶⁶SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁶⁷SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁶⁸MARTINS, Silva apud. MONTEIRO, Mauricio. *O STF e as uniões homoafetivas*, 2011. Disponível em:<<http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=114491&titulo=mauriciomonteiro.>>Acesso em: 12 mar. 2014.

²⁶⁹SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁷⁰STRECK, Lenio Luiz. *União homossexual estável: o “STF não pode se transformar num constituinte”*, afirmam juristas, 2011. Disponível em: <<http://projetoorigem.wordpress.com/page/34/>>. Acesso em 12 mar.2014.

Complementa ao citar Peter Häberle “a participação de todos os destinatários da norma para integração da realidade ao processo de interpretação, com vistas à legitimação da participação democrática no processo de atualização e interpretação.”²⁷¹

O entendimento contrário à atuação do Supremo no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, não cabe ao órgão suprir as lacunas legislativas com o intuito de incentivar a criação do Judiciário, e não respeitar a vontade do constituinte originário. No propósito de que na ausência legislativa o Judiciário vê-se apto a substituí-lo na função de criador de normas.

quando a constituição não diz o que a gente quer, não dá alterá-la ou esticá-la a partir de princípios construídos *ad hoc*. Não se altera a Constituição por meio de ativismos judiciais. Quem sabe deixemos isso ao parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! Mas, depois, não nos queixemos do excesso de judicialização ou de ativismos ..! Isso as vezes é bom; as vezes é ruim...!²⁷²

Para Lenio Luiz Streck não cabe ao Poder Judiciário preencher uma lacuna que não existe. A seu ver, a Constituição foi clara ao dispor os substantivos homem e mulher, sem olvidar dúvidas.²⁷³

Este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros, e não por um homem só, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar substituindo o único Poder que reflete a vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas.²⁷⁴

Ives Gandra da Silva Martins expõe de forma aberta a sua objeção ao ativismo judicial do STF na decisão da união estável homoafetiva. Para o autor, a Suprema Corte substituiu o Poder Legislativo, eleito pelos representantes do povo, o que fere o equilíbrio dos

²⁷¹SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁷²STRECK, 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. Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

²⁷³STRECK, Lenio Luiz. *União homossexual estável*: o “STF não pode se transformar num constituinte”, afirmam juristas, 2011. Disponível em:<<http://projetoorigem.wordpress.com/page/34/>> Acesso em 12 mar.2014.

²⁷⁴STRECK, Lenio Luiz apud. MONTEIRO, Mauricio. *O STF e as uniões homoafetivas*, 2011. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=114491&titulo=mauriciomonteiro.>> Acesso em: 12 mar. 2014.

três poderes, colocando o Poder Judiciário à frente dos demais, em uma verdadeira atuação além de seus limites.²⁷⁵

Assim, põe o Supremo Tribunal Federal em uma posição de autoritarismo ao reconhecer a união estável homoafetiva. Ocorre, um deslocamento da legitimidade da população para decidir, bem como a Corte estaria atuando além de suas atribuições democráticas.²⁷⁶

4.3 A utilização de sentença aditiva no Supremo Tribunal Federal como veículo de mutação constitucional

Para Riccardo Guastini, a atuação como legislador negativo tem sido frequente nas decisões proferidas pelos membros das Cortes Constitucionais, tanto a brasileira quanto a estrangeira. Há uma verdadeira postura legislativa.²⁷⁷

Com o intuito de efetivar os dizeres constitucionais, os membros da Suprema Corte, a partir da técnica de interpretação conforme à Constituição, acabam por utilizar das espécies de sentenças normativas, as quais dividem-se em: I) decisões interpretativas em sentido estrito: a) sentenças interpretativas de rechaço e b) sentenças interpretativas de aceitação; II) decisões manipuladoras: a) sentenças aditivas e b) sentenças substitutivas.²⁷⁸

Para o presente trabalho, o enfoque será nas decisões manipuladoras, em especial as sentenças aditivas. Aquelas ,ocorrem quando a Corte Constitucional não delimita somente a inconstitucionalidade de uma lei, porém age como legislador negativo ao empreender uma modificação, ou uma adição no ordenamento jurídico, com o intuito de adequar a lei à Constituição²⁷⁹.

As sentenças aditivas compreendem aquelas em que a Suprema Corte reconhece a inconstitucionalidade de uma disposição, no elemento o qual não está contemplado de forma

²⁷⁵SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *A Constituição “conforme” o STF*, 2011. Disponível em : <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2005201107.htm>> Acesso em: 12 mar. 2014.

²⁷⁶SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

²⁷⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.146.

²⁷⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.146.

²⁷⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.147.

expressa em determinada norma, e que deveria estar disposto para ser coadunável com a Constituição. Esse tipo de sentença acontece quando da aplicação do princípio da igualdade.

280

Enquadra-se nessa situação o tema em destaque. Para melhor entender a questão faz-se uso dos artigos envolvidos no cotejo: o artigo 226º, parágrafo 3º da Constituição Federal²⁸¹ e o artigo 1723º do Código Civil.

No julgamento da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ julgadas em conjunto, o Supremo reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, apesar de o dispositivo do Código Civil e a Constituição não declararem de forma expressa.

Verifica-se então, uma decisão que utilizou a técnica da interpretação conforme à Constituição, ou seja a presença nítida do emprego da mutação constitucional e de perfil aditivo.²⁸²

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, com base nos princípios constitucionais da: dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, direitos fundamentais (clausula pétrea). Também com o objetivo de repudiar qualquer forma de discriminação ou preconceito.²⁸³

A Tribuna, no caso em destaque, utilizou a técnica da interpretação conforme, com o objetivo de excluir qualquer indicativo do dispositivo do Código Civil que vedasse a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo. Interpretação esta em consonância com à Constituição, ou seja com o programa proposto pelo constituinte e com base no princípio da dignidade e igualdade.²⁸⁴

Nas sentenças aditivas o intérprete declara inconstitucional parte de um enunciado, o qual não expressa determinada norma, e que assim, deveria, para ser compatível com a Constituição. Então, o trabalho do intérprete é de criar uma norma autônoma para

²⁸⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.147.

²⁸¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 mar.2014.

²⁸²SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público,Brasília, 2012.

²⁸³SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público,Brasília,2012.

²⁸⁴SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público,Brasília,2012.

estender os benefícios para aqueles que se encontravam excluídos, que antes eram concedidos apenas para um grupo de pessoas.²⁸⁵

Portanto, é notória a decisão de perfil aditivo. Empreendeu a Suprema Corte uma mutação constitucional na concretização da norma, através da interpretação.²⁸⁶ Pois, foi empregada uma nova leitura ao texto do Código Civil: de uma situação que não estava contemplada no dispositivo, desmerecendo um determinado grupo de pessoas detentoras dos mesmos direitos, as quais encontram-se em semelhante igualdade de condições dos já beneficiados no texto.²⁸⁷

Essas decisões interpretativas foram incorporadas no direito brasileiro, com a edição da Lei 9868//1999, no seu artigo 28, parágrafo único.²⁸⁸

Destarte, o uso das sentenças de perfil aditivo é aceito pela legislação e justificável para amparar o silêncio do legislador e até mesmo da Constituição. Processo o qual resulta em uma mutação, quando incorre no emprego do uso de sentenças manipuladoras aditivas e que seja compatível com os programas traçados pelo constituinte, ou seja esteja de acordo com os princípios emanados na Carta Magna.²⁸⁹

No caso em estudo, o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar trata de uma nítida decisão de perfil aditivo e empreendeu uma mutação constitucional.

4.4 Legitimidade e limites da atuação do Supremo Tribunal Federal

A exemplo do julgamento da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, o Supremo Tribunal Federal têm utilizado de interpretações conforme à Constituição, por meio das decisões

²⁸⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.147.

²⁸⁶SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

²⁸⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.147.

²⁸⁸BRASIL. Lei 9868//1999. Parágrafo único. “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

²⁸⁹SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

manipuladoras com o perfil aditivo, empreendendo uma mutação constitucional na concretização da norma.

O ponto relevante nesta discussão é se o Poder Judiciário, no contexto de um Estado Democrático de Direito, possui legitimidade para proferir decisões interpretativas de cunho criativo, haja vista a composição de seus membros não serem eleitos através do voto popular.

O exercício da atividade de jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal é legítima e encontra proteção na própria Constituição da República. O Supremo é posto como o guardião da Carta Magna, contudo essa prestação deve condizer com os princípios e programas da Lei Maior.²⁹⁰

Essa atividade de jurisdição está em consonância com a democracia. Fato é que os magistrados não são eleitos por meio do voto popular.²⁹¹

Nesse sentido, caberia então, a alegação de que o Supremo não estaria apto para proferir decisões que resultem em uma mutação constitucional.²⁹² Porém, deve-se reconhecer o exercício da magistratura como uma legitimidade de exercício suscetível a críticas.²⁹³

Assim, é necessário apontar que o conceito hodierno de democracia deve estar pautado em um conjunto de instituições capazes de dirimir conflitos. Com sustentação nos princípios da: liberdade, na igualdade e na proteção dos direitos humanos.²⁹⁴

Logo, a legitimidade da Suprema Corte é permitida na atividade criativa de interpretação com perfil aditivo e que resulta em uma mutação constitucional.²⁹⁵

Para Inocêncio Mártires Coelho entende que não há uma diferença entre limites da interpretação constitucional e limites da mutação constitucional. Pois, a partir do conceito de mutação, muda o sentido do texto normativo em decorrência da modificação do contexto. Então, fala-se em conceitos semelhantes, quer dizer uma nova visão advinda de uma mesma situação.²⁹⁶

²⁹⁰SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

²⁹¹SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

²⁹²SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

²⁹³MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.148.

²⁹⁴SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

²⁹⁵SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012.102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

²⁹⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.153.

Considerando a existência de mais de uma interpretação do texto normativo, o intérprete deve fazer uma ponderação das interpretações e descartar aquelas as quais se mostrem incompatíveis com os princípios constitucionais. Isto é, a interpretação deve atingir um reconhecimento social e não algo que satisfaça a vontade do intérprete.²⁹⁷

Deve-se atentar para a existência de duas situações no decorrer do processo de interpretação. Uma é que os limites os quais estão calcados na Constituição devem ser preservados. A outra seria oposta, o qual intérprete excede no processo hermenêutico e traz enunciados descompassados com o teor da carta Magna.²⁹⁸

Isto é, na primeira situação, o intérprete constitucional não deve ultrapassar os limites da vontade do legislador, bem como os preceitos da Constituição. Este modelo de atuação é permitida pelo intérprete. O segundo modelo não é legítimo.²⁹⁹

Portanto, para que a atuação do Supremo Tribunal Federal seja legítima, ao proferir decisões de perfil aditivo o qual resulta em uma mutação constitucional, não poderá o intérprete constitucional exceder no programa constitucional de princípios elencados na Carta Magna.

Deve observar para tanto: a previsão para o exercício da atividade jurisdicional e a atuação dentro do âmbito do programa normativo de princípios arraigados na Constituição.

²⁹⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.153.

²⁹⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.153.

²⁹⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.153.

CONCLUSÃO

Como visto anteriormente, deve-se calcar em um respeito grandioso frente aos princípios constitucionais abarcados pela Carta da República.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, apesar de ser alvo de críticas, contempla de maneira unânime o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual por meio deste deveria ser reconhecido o benefício da união estável para os casais de mesmo sexo.

Os princípios constitucionais estão mais que arraigados na carta Magna, bem como, foram utilizados como base na argumentação favorável da decisão.

O questionamento apontado, vide voto do Ministro Gilmar Mendes, é referente a responsabilidade atribuída ao Supremo em empregar essa decisão sem o devido amparo legal, pois o precedente é dotado de efeito vinculante *erga omnes*, ou seja vale para todos, os envolvidos ou não, e todos os Tribunais pátrios devem seguir o entendimento adotado.

Não obstante, a mutação constitucional surgiu na doutrina alemã e seu percussor foi Paul Laband, é uma realidade que pode ser verificada no ordenamento jurídico de vários Estados da Federação Brasileira.

Embora a Constituição Federal seja dotada de alta rigidez, fruto da inspiração da Constituição Norte Americana, várias normas de origem política são resultado de processos informais de mudança constitucional.

Um dos veículos de mutação suscetível a empreender mudança informal na Constituição, é através do emprego das sentenças manipulativas de perfil aditivo, pouco estudado no ordenamento jurídico brasileiro.

Se o texto de lei não se mistura com a norma, e se a norma é resultado da interpretação e concretização, então é o intérprete que a cria dentro de um aparato legislativo traçado pelo legislador.

Então, nesse contexto é possível admitir a utilização de sentenças aditivas como meio para a mutação constitucional coerente com o sentido e o programa normativo, o que está ocorrendo pela aplicação de decisões de perfil aditivo, exemplo é o caso em tela, o qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva.

Neste caso, a Tribuna corrigiu uma ocultação constitucional e legislativa, ao embasar, com o argumento nos princípios constitucionais, de que a união estável homoafetiva deveria ser respeitada, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana o carro chefe,

não sendo impedimento o conteúdo literal do artigo 226, parágrafo III da Constituição Federal.

Assim, considerando a roupagem atual da separação dos poderes, é plenamente legítima a atuação do Supremo, desde que haja um respeito ao alcance dos possíveis significados do texto normativo, e que seja compatível com o programa normativo justificado pelas normas contempladas na Carta Magna.

O Judiciário deve corresponder a competência o qual lhe foi atribuído, na atuação de legislador negativo, empreendendo mutação constitucional por meio de sentenças manipulativas de perfil aditivo.

Deve haver respeito aos princípios consagrados pela Constituição, não há dúvidas quanto a legitimidade do exercício de atuação do Poder Judiciário, o que implica em uma nova leitura à luz do princípio da tripartição de poderes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

ATHAYDE DE A. VARELA, Maria da Graça Bellino de. Ativismo judicial e discricionariiedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das clausulas gerais e das lacunas legislativas. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, n.11, p. 201-220, jan/jun. 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2008]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 27 agosto,2013.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2013/07/barroso-neoconstitucionalismo.pdf>>Acesso em: 25 fev.2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 mar.2014.

_____. Lei n 10406, de 10 de Janeiro de 2002. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família”.

_____. Lei n 5869 de 11 de Janeiro de 1973. “O Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivi_03/leis/l5869.htm> Acesso em: 26 fev.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF*. Plenário. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado (os): Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros-ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e à Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família- Ibdfam, Associação Eduardo Banks e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil- CNBB. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 5, de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8fm7mn>> Acesso em: 7 mar.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. AI-AgR 599.075.496/RS. Oitava Turma Cível. Relator Des. Breno Moreira Mussi.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. AC 70.001.388.982. Sétima Câmara Cível. Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes em entrevista concedida ao Conjur, alertou que o Judiciário brasileiro tem adotado um papel protagonista na interpretação e aplicação da Constituição, papel esse que não lhe é deferido no quadro da separação dos poderes. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues> Acesso em: 20 mar.2014

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia*: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde/ Conselho Nacional de combate à discriminação Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH, 2004. Disponível em:<<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais-1/catalogo/orgao-essenciais/secretaria-de-direitos-humanos/brasil-sem-homofobia-programa-de-combate-a-violencia-e-a-discriminacao-contralgbt-e-de-promocao-da-cidadania-homossexual/view>> Acesso em: 10 mar. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Alex José de Souza e Junior; ARAÚJO, Vicente Gonçalves de . A união homoafetiva e ordenamento jurídico brasileiro: uma análise do posicionamento do STF. *Revista CEPPG- centro de extensão pesquisa e pós graduação* , Centro de Ensino Superior de Catalão-CESUC, ano 15, n. 26, 1 semestre 2012.

FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 394, p.140, nov /dez. 2007.

GALLO, Ronaldo Guimarães. Mutação constitucional. *Revista da AGU*, Brasília, ano 5, n.9, abr.2006.

Governo elabora políticas públicas para combater homofobia, 2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/governo-elabora-politicas-publicas-para-combater-homofobia,bef0cc00a90ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>Acesso em: 18 mar. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HSÜ, Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Traducción Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito ao reconhecimento para gays e lésbicas*. In: GOLIN, Celio; POCAHY, Fernando Altair ; RIOS, Roger Raupp (Orgs). *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do conceito de família: diversidade sexual e direito homoafetivo*. In: DIAS, Maria Berenice. (Org). *Diversidade homossexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACEDO FILHO, Cícero Martins de. *Ativismo judicial*. *Revista jurídica consulex*, ano 13, n.304, p. 48 51, set. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*, 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>. > Acesso em: 18 mar. 2014.

MELLO, Luiz; REZENDE, Bruno de Avelar; MAROJA, Daniela. *Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil*. *Sociedade e Estado*, Brasília, vol. 27, n.2, maio/ ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922012000200005.> Acesso em: 19 mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Mauricio. *O STF e as uniões homoafetivas*, 2011. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=114491&titulo=mauriciomonteiro>.> Acesso em: 12 mar. 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Max Limond, 2000.

_____. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução Peter Naumann. v.1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

Plano Nacional de promoção da cidadania e direitos humanos de LGBT: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Presidência da República Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>.> Acesso em: 18 mar. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 100.

PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTANA VIEIRA, Andréa Maria dos Santos. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.78, ano 20, p. 72-73, jan/mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Jurisdição e a defesa da constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <xa.yimg.com/.../A+Jurisdição+e+Defesa+da+Constituição+no+Estado+Constitucional+Brasileiro.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2014.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *A Constituição “conforme” o STF*, 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2005201107.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Ativismo Judicial*, 2013. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: 29 set. 2013.

_____. *União homossexual estável: o “STF não pode se transformar num constituinte”*, afirmam juristas, 2011. Disponível em:

<<http://projetoorigem.wordpress.com/page/34/>>. Acesso em 12 mar. 2014

SOARES, Denise Vargas. *Mutação constitucional via decisões aditivas: limites e legitimidade*. 2012. 102 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2000.

_____. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 29 agosto. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Ativismo Judicial*, 2013. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>> Acesso em: 29 set.2013.

_____ *União homossexual estável*: o “STF não pode se transformar num constituinte”, afirmam juristas, 2011. Disponível em: <<http://projetoorigem.wordpress.com/page/34/>> Acesso em 12 mar.2014.

_____ 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. Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

Projeto de Lei nº 5003/2001 (PLC 122/2006).