

O reconhecimento de direitos a homossexuais pelo Poder Judiciário: interpretação autorizada ou ativismo judicial?

CAMILA DE JESUS MELLO GONÇALVES <sup>1</sup>

### **Abordagem do tema pelo ângulo do Direito Constitucional**

Uma das atuais preocupações concernentes à aplicação do Direito refere-se aos limites do Poder Judiciário na interpretação das leis. Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a separação entre os Poderes, caracterizadora da democracia, é desenhada pelo reconhecimento de direitos fundamentais que não podem ser desrespeitados e pela divisão funcional dos poderes governamentais entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.<sup>2</sup>

Com base no princípio constitucional da separação dos Poderes, atribui-se o papel de aplicador, e não de criador, da lei ao Judiciário, criticando-se eventual ingerência nas esferas do Executivo, pela intromissão nas decisões relativas às políticas públicas típicas da governança; ou do Legislativo, único Poder autorizado a prescrever comportamentos no plano geral e abstrato.

A doutrina identifica hipóteses de ultrapassagem dos limites próprios do Poder Judiciário, denominando-as de “ativismo judicial”, caracterizado por decisões de cunho ideológico, em que preponderariam a ideologia e as convicções pessoais do órgão julgador, em detrimento das prescrições majoritárias positivadas na lei. Na definição do professor Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial resulta do “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”, caracterizando-se pela “incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”, sendo que “é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe (e não nos procedimentos

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, atualmente convocada pela Corregedoria Geral da Justiça para ser Juíza Assessora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, mestre em filosofia do direito pela USP, autora da obra “Princípio da boa-fé – Perspectivas e Aplicações”, professora de Filosofia do Direito da Faculdade Zumbi dos Palmares e doutoranda em Direitos Humanos, pela USP.

<sup>2</sup> ESTADO e democracia em face dos conflitos sociais. In: *Aspectos de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009. Cap. 3: p. 30.

formais que deve seguir para fazê-lo – *due process of law*) que se há de buscar os critérios para a aferição da existência ou não de ativismo judiciário”.<sup>3</sup>

O subjetivismo estaria atualmente facilitado pelas normas de princípio e pelas cláusulas gerais, cuja abertura e vagueza ampliariam os poderes do juiz, atribuindo-lhe o preenchimento do conteúdo da norma à luz das particularidades do caso concreto.

### **Abordagem do tema sob o ângulo da filosofia do Direito**

Delineada a questão, passa-se a abordar o assunto por outro ângulo.

Um dos grandes temas da filosofia do direito, reconhecido inclusive pelos combatentes ao ativismo, é a Hermenêutica, cujas indagações voltam-se ao papel do intérprete diante do texto da lei e em que medida seria legítimo o papel criador do juiz. Várias escolas contribuíram para o desenvolvimento da Teoria da Interpretação, valendo citar o positivismo de Kelsen, o historicismo de Schleiermacher e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Atualmente, reconhece a moderna hermenêutica a existência de uma relação de polaridade-implicação entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser interpretado, de modo a reconhecer a insuficiência do texto e necessidade de integração da norma como condição antecedente a sua aplicação ao caso concreto. Como sintetizado pelo professor Elival da Silva Ramos, ao tratar do processo de interpretação preconizado pela moderna hermenêutica: “Disso resulta uma dissociação lógico-temporal entre enunciado normativo e norma de decisão, em que o texto é o ponto de partida do processo hermenêutico, que culmina com a formulação da norma concretizada pelo intérprete-aplicador, o qual traz para a atividade exegética toda uma carga de pré-compreensões, sendo, de outra parte, influenciado pelas circunstâncias fáticas que lhe incumbe normatizar”.<sup>4</sup>

Pode-se afirmar, destarte, que toda e qualquer interpretação resultará de uma relação entre o sujeito e o texto, desmistificando a idéia de objetividade absoluta ou da existência de uma única interpretação possível ou correta.

---

<sup>3</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo, SP: Saraiva, 2010. p. 308.

<sup>4</sup> *Ibid*, p. 306.

### **Exemplos de casos concretos – Acórdãos paradigmáticos**

A partir daí, verificando-se, de um lado, a preocupação democrática com a separação entre os Poderes e a realidade do ordenamento brasileiro constitucional e infraconstitucional rico em normas abertas; e, de outro, a inevitável carga subjetiva inerente a toda e qualquer interpretação, pretende-se debruçar sobre o reconhecimento de direitos aos homossexuais e, em que medida, tal reconhecimento resultaria da atividade interpretativa de acordo, ou extrapolando, os limites próprios do ordenamento.

Para tanto foram escolhidas, entre os inúmeros precedentes versando sobre a matéria, duas decisões: uma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e outra do Tribunal de Justiça de São Paulo, ambas pendentes de julgamento nas instâncias extraordinárias. A primeira consistente na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 (TRF), ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, objetivando a inclusão do companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial na mesma classe dos heterossexuais (art. 16, I, da Lei 8.213/91), para fins de concessão dos benefícios da pensão por morte e auxílio-reclusão; e a segunda, ajuizada por membro de casal homossexual, pretendendo a adoção da filha biológica de sua companheira (Apelação nº 994.09.224403-6 – TJ/SP).

Pelo acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pendente de Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, foi mantida a sentença de procedência. O Relator Des. Federal João Batista Pinto Silveira vislumbrou a existência de um conflito entre princípios e normas constitucionais: ao mesmo tempo em que o Estado apenas protege a união estável entre homem e mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º), consagra, como princípio, a igualdade de todos, sem preconceito por qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV); e decidiu pela prevalência do princípio para a solução do conflito. Tal conclusão foi construída com base em outros dispositivos constitucionais, em decisões judiciais internacionais e nacionais e na avaliação do contexto social, desenvolvendo-se em discurso argumentativo fundamentado nas fontes normativas que compõem o ordenamento. Entendeu o Relator que o rol indicativo das entidades familiares era exemplificativo, diante do § 4º, do mesmo art. 226, da Constituição, assentando a impossibilidade de interpretação ampliativa de normas restritivas de direitos. Afirmou que impedir ou prejudicar alguém do gozo de direitos por conta da orientação sexual seria dispensar tratamento indigno ao ser

humano, ignorando sua identidade pessoal. Consignou que o tratamento diferenciado aos companheiros e companheiras homossexuais fere a igualdade, inexistindo desigualdade substancial relativamente ao custeio da previdência e ao recolhimento de contribuições previdenciárias que justificasse a desigualdade de tratamento. Discorreu sobre as transformações da família e a existência no plano dos fatos de comunidades de afeto e de comunhão de vida formadas por pessoas do mesmo sexo, que não devem ficar à margem do sistema nem impedidas de receber tutela jurídica. Admitiu que a orientação sexual cinge-se à esfera da vida privada do indivíduo, na qual não se admitem restrições pela interpretação extensiva. Lembrou que o governo brasileiro, na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, no ano de 2001, apresentou relatório pronunciando-se pelo reconhecimento institucional da união estável entre homossexuais, indicando que tal reconhecimento parece estar no bojo da sociedade brasileira e em breve se refletirá no legislativo. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial, admitido implícita ou explicitamente pelos ordenamentos de vários países e, no Brasil, de forma precursora pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e com precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido da extensão aos companheiros homossexuais de direitos gozados pelos heterossexuais, tendo o primeiro caso julgado inclusive já sido confirmado pelo STJ. Lembrou que, no caso da previdência pública, o trabalhador vincula-se involuntariamente e passa a contribuir obrigatoriamente para o sistema de seguridade, independentemente de sua opção sexual, de modo que deve ser assegurada sua cobertura em contrapartida da contribuição obrigatória. Ao final, o Relator concluiu, com base em uma “interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria”, que a entidade familiar abarca a união entre homossexuais, de modo que “a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo deve-se dar nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais” (Disponível em: [www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=2000.71.00.009347-0/RS](http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=2000.71.00.009347-0/RS)), p. 27), assentando que “o Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas” (p. 28).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no segundo caso escolhido, enfrentou a mesma questão de fundo no que toca aos direitos das pessoas que mantém relacionamentos homossexuais públicos, contínuos e duradouros, agora sob o enfoque da adoção. O Relator, Desembargador Eduardo Pereira Santos, e o Revisor

Desembargador Fernando Antonio Maia da Cunha, decidiram pela possibilidade da adoção unilateral da criança pela companheira homossexual de sua genitora, vencido o Terceiro Desembargador, Luis Antonio Ganzerla. Cumpre consignar o imenso respeito a todas as decisões, ora trazidas para ilustrar a riqueza da atividade interpretativa e investigar se a tutela de direitos aos homossexuais está amparada pelo ordenamento ou implica no ativismo judicial, sem qualquer pretensão de advogar o acerto ou erro de qualquer das posições adotadas pelos ilustres Desembargadores.

A argumentação do Relator baseou-se na preponderância da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade, para concluir pela possibilidade de adoção unilateral pela companheira da mãe biológica. O argumento vencido, por outro lado, assentou na aproximação entre os efeitos da adoção e os da geração, cujo pressuposto são genitores de sexo diferente, para concluir pela inviabilidade da adoção e da admissão de duas mães, sob pena de exposição da criança. O segundo julgador, Desembargador Fernando Antonio Maia da Cunha, acrescentou reflexão sobre o papel do julgador diante do fato social, considerando que a criança já estava inserida no contexto pouco convencional que se procurava regularizar. Vale transcrever trecho do voto: “Nesse ponto, retoma-se a questão do papel do Judiciário diante do fato submetido a julgamento, abrindo-se a possibilidade de encampá-lo e submetê-lo ao direito, ou não, pelo argumento da falta de previsão. A opção não é nova, considerando a velocidade da mudança dos fatos e das relações sociais, cuja rapidez o legislador não consegue alcançar. O Tribunal, nessas hipóteses, não tem se furtado de reconhecer as novas realidades, na aplicação concreta da lei, muitas vezes provocando a alteração legislativa, como ocorreu no caso do concubinato, antes da regulamentação das uniões estáveis, para citar um exemplo”. Por maioria, destarte, o Tribunal de São Paulo autorizou a adoção unilateral pretendida.

### **Análise das interpretações dos Acórdãos paradigmas**

As decisões trazidas resultaram de raciocínio argumentativo e da atividade hermenêutica, não deixando de ser inovadoras, cumprindo investigar se a interpretação extensiva em benefício dos homossexuais e se a conduta ativa do Judiciário na ampliação de direitos, à luz do fato social, implica em ativismo judicial ou resulta do exercício da atividade hermenêutica dentro dos limites do ordenamento e em respeito ao princípio da separação entre os Poderes. Para tanto,

proceder-se-á ao teste de legalidade das decisões, confrontando-as com as atuais fontes normativas brasileiras: princípios, regras, costumes, doutrina e jurisprudência.

Poder-se-ia obter-se que, à vista do texto expresso do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, que limita a união estável à união entre o homem e a mulher,<sup>5</sup> as decisões teriam ultrapassado os limites da atividade interpretativa resvalando, portanto, no combatido ativismo judicial.

Contudo, não se crê tratar-se de hipótese de ativismo, já que, ao lado do parágrafo referido, a Lei Maior traz princípios, como a dignidade da pessoa humana e a vedação ao tratamento discriminatório, igualmente positivados e de idêntica, senão maior força normativa, considerando tratar-se de fundamento e objetivo fundamental da República, respectivamente (CF, art. 1º, III, e art. 3º, IV). Nesse panorama, o teor do § 3º, do art. 226, por si só, não seria suficiente para concluir pelo ativismo judicial nas decisões analisadas. Como anota o professor Celso Lafer no prefácio ao livro *Ativismo Judicial*, de autoria do professor Elival Silva Ramos, os princípios promovem a expansão axiológica do Direito, propiciando uma interpretação extensiva no campo dos direitos humanos.<sup>6</sup>

É verdade que a vagueza dos princípios dificulta a compreensão de seu exato alcance, o que poderia resultar na utilização da norma para qualquer tipo de decisão, e, em última instância, no subjetivismo típico das decisões fundadas na ideologia ou nas convicções pessoais do julgador. De fato, a dignidade pode justificar tanto o reconhecimento, quanto o não reconhecimento de direitos aos homossexuais, dependendo do que se entenda por dignidade; do mesmo modo que o tratamento desigual a diferentes não implicaria em discriminação.

Para resolver esta problemática questão e auxiliar no preenchimento do conteúdo dos princípios de modo objetivo e de acordo com o ordenamento, socorrem as demais fontes normativas, como os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

Os costumes são cristalizados pela reiteração de condutas, criando expectativa da repetição de determinados padrões de comportamento, também denominados *standards* de comportamento. Na lição de Larenz, os *standards* são formas de comportamento social típico, com caráter normativo integrado na consciência

---

<sup>5</sup> “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”

<sup>6</sup> op. cit., p. 14.

daqueles que atuam ou julgam determinada comunidade, identificados com a moral social dominante, referida na fórmula “bons costumes”.<sup>7</sup> Nos dias de hoje, as relações homossexuais são uma realidade presente, inviabilizando enquadrá-las como ofensivas aos bons costumes. A partir daí, verificada a visibilidade e a expansão da compreensão social das relações homossexuais, autorizado concluir que a interpretação expansiva de direitos aos homossexuais está adequada aos costumes atualmente vigentes.

Passa-se ao exame do tema pela doutrina. Orlando Gomes reconhece à doutrina um papel de suma importância, pois “São os doutrinadores que constroem as *noções gerais, os conceitos, as classificações, as teorias, os sistemas*, contribuindo para a criação, reforma e aplicação do Direito”.<sup>8</sup>

Na atualidade, a idéia de família está ligada à de espaço de realização pessoal,<sup>9</sup> no qual a afetividade se expande e a personalidade se desenvolve, independentemente do casamento institucional. A família passa a ser encarada como uma qualidade construída de interação humana e como um processo ativo,<sup>10</sup> que demanda a participação e o envolvimento de seus integrantes, e não mais como uma estrutura estática. Nesse panorama, abre-se a possibilidade do reconhecimento de muitos modelos de família, ao lado do modelo burguês-monogâmico-paternalista-heterossexual, o que parece já estar ocorrendo.<sup>11</sup>

Por isso, afirma-se que a família não é protegida como um fim em si, mas como um meio de permitir a cada um de seus integrantes sua realização como pessoa, num ambiente de comunhão, suporte mútuo e afetividade.<sup>12</sup>

Nesse sentido, considerando que o afeto não é privilégio dos heterossexuais, entende a doutrina que o relacionamento entre homossexuais deve ser tutelado pelo Direito, naquilo que preencher os requisitos da união estável (CC, art. 1.723: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de

---

<sup>7</sup> *Metodologia da Ciência do Direito*. [S.l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 660.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. [S.l.]: Forense, [200-?]. p. 44.

<sup>9</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, [200-?]. p. 66.

<sup>10</sup> GLANZ, Semy. A família mutante, p. 65.

<sup>11</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. União estável ou União instável? *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 99, p. 147.

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (ORG). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, p. 641.

constituição de família), em atenção aos princípios da dignidade e da liberdade individual e como resultado do princípio da igualdade.<sup>13</sup>

Diante das lições supra, destarte, pode-se afirmar que as decisões judiciais em foco estão de acordo com a doutrina especializada, constatando-se o afinamento entre a interpretação do TRF - 4ª Região e do TJ/SP e os estudos atuais, no que toca ao reconhecimento de direitos aos homossexuais.

Cumprido, então, investigar a jurisprudência sobre o tema. Caio Mario da Silva Pereira, após reconhecer que a função do Poder Judiciário não é formular regras, mas aplicá-las, atribui ao julgador um papel atualizador da lei, adaptando-a às transformações sociais e econômicas, concluindo: “Nesse sentido, é irrecusável que jurisprudência atua como força científica, induzindo até o legislador a elaborar novas normas de disciplina e de solução de problemas que repercutem no pretório antes de nas assembléias legislativas”,<sup>14</sup> como ocorrido no caso da união estável, por exemplo.

A jurisprudência caminha no sentido do reconhecimento de direitos aos integrantes de uniões estáveis homossexuais, com base nos princípios constitucionais e recorrendo à analogia, já que não há exclusão expressa às uniões estáveis homossexuais no art 226, § 3º, da Constituição, nem por outra norma do direito positivo.

Em caso de lacuna, entendida como formulação incompleta da vontade do legislador,<sup>15</sup> recorre-se à analogia, forma de integração da norma pelo preenchimento da parte faltante, tornando-a capaz de disciplinar outros casos, além daqueles nela expressamente previstos. O que autoriza essa expansão do ordenamento jurídico é a *ratio legis*. A situação prevista e a não prevista na lei devem apresentar a mesma *ratio*, não idêntica, mas semelhante, sendo esta semelhança que autoriza a analogia. No caso da entidade familiar formada pela união estável, protege-se a relação de convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, das pessoas que se concedem mutuamente o tratamento de consideração e respeito semelhante ao das pessoas casadas, sendo este o objetivo da lei. É indispensável o elemento subjetivo, consistente na vontade e no propósito de se compromissar pessoal e mutuamente, para constituir família (Zeno Veloso, Código

---

<sup>13</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Comentários ao Novo Código Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Forense, p. 65-69.

<sup>14</sup> INSTITUIÇÕES de Direito Civil. 20. ed. [S.l.]: Forense, v. 1: p. 58/59.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico*, p. 215.



Civil Comentado, Atlas, vol XVII, art. 1.723), compromisso este que não é exclusivo entre pessoas de sexos diferentes, pois o mesmo tipo de relação pode existir entre homossexuais, como se verifica no plano da realidade dos fatos, o que autoriza a analogia com base na *ratio legis*. Esta a conclusão dos Tribunais, em diversas oportunidades (STJ, REsp 820.475/RJ, j 02/09/2008; TJ/RS – Ap. 70.005.488.812, j. 25/06/2003 – RBDFam 31/92), existindo ainda inúmeros outros precedentes no mesmo sentido. Verifica-se, portanto, que as decisões objetos desta análise não são isoladas.

### **Conclusão**

A partir daí, com base nos princípios, nos costumes, na doutrina e na jurisprudência, conclui-se que as decisões reconhecedoras de direitos aos homossexuais não implicam em ativismo judicial, já que não se apoiaram em elementos metajurídicos, naturais, ou próprios das convicções pessoais, particulares da moral individual do julgador, mas sim nas fontes normativas previstas pelo próprio ordenamento, tratando-se de interpretação inovadora e criativa, dentro e de acordo com os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.