

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA Á LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 132 E ADI 4277

Danilo Santos Rosário¹

Tagore Trajano de Almeida Silva²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer reflexão acerca do ativismo judicial da decisão da ADPF 132 e ADI 4277 que reconheceu o status jurídico de união estável a relação homoafetiva. Perpassando a discussão sobre os modelos de famílias, conceito de homoafetividade, separação de poderes, ativismo judicial, classificações doutrinárias sobre ativismo, legitimidade constitucional, efeitos do ativismo, o julgamento e críticas ao julgamento à técnica jurídica da interpretação conforme a constituição, estabelecendo um paralelo a respeito da posição ativista da corte. Por meio da análise crítica, pretende-se, evidenciar as principais justificativas e razões da postura ativista adotada no julgamento.

Palavras chave: Modelos de Família; União homoafetiva; Ativismo Judicial; Legitimidade Constitucional.

ABSTRACT: This article aims to reflect on the judicial activism of the decision of ADPF 132 and ADI 4277 that recognized the legal status of stable union the homoaffective relationship. Perceiving the discussion about family models, concept of homoafetivity, separation of powers, judicial activism, doctrinal classifications on activism, constitutional legitimacy, effects of activism, judgment, criticism of judgment, technique of interpretation according to the constitution, a parallel on the activist position of the court. Through a critical analysis, it is then sought to highlight the main justifications and reasons for the activist stance adopted at the trial.

Keywords: Family Models; Homoafetive union; Judicial Activism; Constitutional legitimacy.

Sumário: 1. Introdução – 2. O Reconhecimento das Novas Formas de Família: 2.1 Modelos de Famílias 2.2 Homoafetividade 2.2.1 Conceito 2.2.2 Contexto jurídico – 3. Ativismo Judicial: 3.1 Parâmetros Conceituais; 3.2 O princípio da separação de poderes e ativismo na CF/88; 3.1.2 Legitimidade constitucional; 3.2 Riscos do ativismo judicial; 3.2.1 Decisionismo Judicial 3.2.2 Efeito *backlash* – 4. Reconhecimento Jurídico da União Homoafetiva: 4.1 O Posicionamento do STF; 4.1.1 Justificativas apontadas para o ativismo 4.1.2 A aplicação da técnica de interpretação conforme a constituição 4.2 Divergências doutrinárias do julgamento 5. Considerações finais – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O grande paradoxo do julgamento da ADPF 132 e ADI 4277 consistia na atuação do judiciário para assegurar os direitos e princípios constitucionais, sem, contudo deslegitimar a atuação dos outros poderes. Vale frisar que o desafio do julgamento era analisar a omissão constitucional, e julga-las conforme as diretrizes constitucionais, sem contrapor-se a vontade do legislador constituinte.

A partir de breve análise dos modelos de família, conceito de homoafetividade, separação de poderes, à técnica de interpretação conforme a

¹ Graduando em direito. danilorosario92@gmail.com

² Doutor em Direito Público pela UFBA/BA. tagoretrajano@gmail.com

constituição, busca-se analisar o fenômeno do ativismo judicial presente no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, realizando uma pesquisa crítica sobre os fatores determinantes e as principais razões apontadas pelo Supremo Tribunal Federal que legitimaram a atuação positiva perante o caso em concreto. Para tanto, deve-se analisar os modelos de família, a homoafetividade, a omissão da constituição e dos poderes públicos quanto ao reconhecimento jurídico da união homoafetiva, que ensejaram a postura ativista da corte, tendo em vista que as uniões homoafetivas não possuíam regulamentação jurídica.

Desde logo, deve-se expor que o presente trabalho possui como hipótese o entendimento de que, foi legítima a atuação positiva do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, pois havia afronta aos princípios e direitos constitucionais de uma minoria, por conta da omissão da constituição e dos outros poderes que permitia à perpetuação da violação as garantias fundamentais. Desta forma, o Poder Judiciário agindo no exercício de sua função atípica, por meio do sistema de freios e contrapesos, efetivou os ditames da Carta Magna, sem que significasse se sobrepor ao princípio da separação de poderes e a democracia, uma vez que decorre da própria constituição o papel de guardião.

Com esse objetivo, dividiu-se em três partes o corpo do artigo, em primeiro momento, a análise dos modelos de família no ordenamento jurídico e o conceito de homoafetividade, logo após o estudo do fenômeno do ativismo judicial e por fim, o julgamento do STF e sua posição ativista. Os tópicos possuem subdivisões: em relação aos modelos de famílias, verificaremos os modelos juridicamente reconhecidos, além dos requisitos e características das uniões estáveis; em relação ao ativismo judicial, será analisado seu surgimento, seu conceito, a doutrina favorável e contrária, a legitimidade constitucional do ativismo em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, passando ainda pelo riscos que circundam as decisões de teor ativista; em relação ao julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, será feita uma análise do julgamento passando pela fundamentação dos votos que reconheceram o status jurídico da união homoafetiva, a técnica de interpretação conforme a constituição, e as críticas ao julgamento. No mesmo subtópico, será examinada de maneira crítica a relação entre o posicionamento do STF com o ativismo judicial, legitimidade democrática, separação de poderes e as justificativas apontadas para sua atuação positiva.

2. O RECONHECIMENTO DAS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 88 dá tratamento à família como o núcleo formador da sociedade, da qual se origina todos os laços afetivos, culturais e sociais. A entidade familiar é o elemento propulsor das nossas características e afetividades, ao mesmo tempo que é o objeto central dos nossos mais belos sentimentos e o braço de apoio para as angústias da vida. Neste sentido, os princípios constitucionais trouxeram evolução ao direito de família no ordenamento jurídico, principalmente com o objetivo de fortalecer as diversas entidades familiares existente no plano fático, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo do tempo. Esta nova perspectiva do direito de família trouxe princípios mais abrangentes, alcançando os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, o pluralismo e a afetividade que, nesse contexto, ganhou dimensão jurídica³.

O legislador constituinte passou a ser tratar a entidade familiar como pilar da sociedade, bem como objeto de direitos do Estado, qual tem como dever desenvolver políticas públicas para satisfazer as garantias fundamentais inerentes ao instituto familiar, como a dignidade da pessoa humana para que o desenvolvimento social familiar, a solidariedade que representa o tratamento igual e recíproco entre os cônjuges e companheiros e o da afetividade no que se refere a proteção aos laços⁴.

2.1 Modelos de Famílias

Na Carta Magna, o legislador se preocupou com os tipos arranjos familiares no ordenamento jurídico, deste modo elencou no art. 226 da CF/88 os modelos de família que seriam reconhecidos pelo texto constitucional, do qual podemos extrair os seguintes modelos: a) a família formada pelo casamento, civil ou religioso com efeitos civis; b) a família formada por união estável; c) a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Deve-se analisar ainda que, as inovações trazidas pela CF/88, representaram uma quebra do paradigma de que a

³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a Justiça**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 99-100.

família seria apenas aquela fruto de um casamento formal, mas também aquela oriunda de uma união estável entre o homem e a mulher, assim como a formada unicamente por um dos seus pais⁵.

Destaca-se ainda, que a Constituição Federal de 1988, além dos novos moldes de família, e da ruptura do paradigma social de que a família só seria formada através do casamento, ainda trouxe a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal e união estável, e o tratamento igualitário aos filhos, sem qualquer distinção, demonstrando o avanço sobre as retóricas morais já não mais condizentes com as garantias individuais e direitos sociais trazidos pela constituição⁶.

2.2 Homoafetividade

2.2.1 Conceito

Homoafetivo é o adjetivo que qualifica uma pessoa que goste sinta-se atraído por uma pessoa do mesmo sexo. O termo homoafetivo foi criado para diminuir a conotação pejorativa que se dava ao termo homossexual, qual associava-se a doença, e tornou-se uma expressão jurídica para tratar do direito relacionado a união de casais do mesmo sexo. Ressalte-se que a sexualidade é própria da natureza humana, pois é uma característica que surge com o nascimento, assim, a orientação sexual está ligada ao tipo a relação afetiva que ocorrerá entre os sujeitos, podendo ser desenvolver entre pessoas de sexo distintos e do mesmo sexo⁷.

2.2.2 Contexto jurídico

Na sociedade brasileira, é nítida a rejeição social as pessoas com orientação sexual homoafetiva. Esse estigma social se perpetua durante décadas, evidenciando o preconceito ao estereótipo diferente do modelo convencional, a relação heterossexual. Uma consequência dessa discriminação, é a tentativa de

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: Direito de Família**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17-19.

⁶ Idem, p. 20-24.

⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a Justiça**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

suprimir e excluir do mundo do direito as relações homoafetivas. Porém, com o advento da CF/88 os direitos fundamentais incluíram implicitamente o direito à homoafetividade como garantia da liberdade individual em consonância aos direitos da liberdade e personalidade, inclusive, qualquer tratamento discriminatório baseado na orientação sexual do indivíduo configuraria violação à dignidade humana⁸.

Entretanto, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, não foram previstas expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. A falta de regulamentação dessas uniões, enseja debates jurídicos acerca da possibilidade do reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar, pois a falta de previsão não caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que não existia vedação e sim uma omissão normativa, que conjuntamente a um estigma social discriminatório, marginalizou o reconhecimento da relação homoafetiva como titular de direitos⁹.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Parâmetros conceituais do ativismo judicial

O fenômeno do ativismo judicial, apesar de ainda não possuir esse nome, surgiu em 1803, nos Estados Unidos da América, no caso *Marbury vs Madison* em que a Suprema Corte Americana analisou um conflito entre uma lei federal e a constituição americana, no qual prevaleceu o entendimento de que as leis infraconstitucionais deviam seguir a constituição¹⁰. Assim, da decisão da Suprema Corte originou as primeiras reflexões sobre o ativismo judicial¹¹ e também sobre o controle difuso de constitucionalidade.

Neste diapasão, a primeira vez em que foi utilizado o termo ativismo judicial ocorreu apenas em 1947, também nos Estados Unidos da América, pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schlesinger Jr., em um periódico direcionado a comentar as linhas de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos

⁸ DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva)>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

⁹ Idem.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005. p. 3-4.

¹¹ MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: editora RT, 2004. p. 20.

na época¹². Nota-se que o fenômeno do ativismo surgiu há décadas, porém só ganhou força com o advento do neoconstitucionalismo, quando passou a então exercer uma maior interferência no Poder Judiciário.

Atualmente, o ativismo judicial é utilizado para definir a postura ativista dos juízes ou tribunais, quando provocados para aplicação e interpretação de leis, atos normativos, omissões constitucionais, ou quando os poderes públicos não cumprem as incumbências insculpidas na constituição, no que se refere às políticas públicas. Assim, o juiz exerce um papel de juiz-político, se manifestando ou não a cerca do mérito do ato impugnado. Nota-se assim, que ativismo judicial é a superação das linhas demarcatórias da função jurisdicional em relação da função legislativa e executiva, o que não se caracteriza um exercício desregulado da função atípica, qual poderia vir a ocorrer em circunstâncias delimitadas pela própria Constituição, e sim pelo desvio da função típica do Poder Judiciário sobre o dos outros poderes. Desta maneira, a partir das premissas expostas, podemos conceituar de forma sintética, que o fenômeno do ativismo judicial consiste na prática do Poder Judiciário em atuar além do âmbito judicial, sobrepondo-se suas atividades sobre as esferas dos outros poderes, desrespeitando os limites substanciais da função jurisdicional constitucionalmente estabelecida¹³.

3.2 O princípio da separação de poderes e ativismo na CF/88

A separação de poderes no Estado surgiu com Aristóteles, em sua obra “Política” que previa a separação da função administrativas da pólis da função julgadora dos conflitos. Posteriormente, John Locke (filósofo inglês) elaborou uma teoria que abordava a separação dos poderes de forma que o Poder Legislativo formularia as leis, o Poder Executivo cumpriria estas e o Poder Federativo seria responsável pelas guerras, inexistindo nesta teoria o Poder Judiciário¹⁴.

Neste sentido, inspirado na obra de Locke, Montesquieu elaborou seu livro “Do Espírito das Leis” em que previa a necessidade não apenas da separação de poderes, mas também da cooperação entre os entes estatais, para que desta maneira houvesse limites e ligação entre os mesmos. Esta teoria ficaria conhecida

¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23.

¹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo ed: Malheiros. 1998, p.126.

como o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), qual prevê que cada poder teria sua função típica e atípica, ou seja, o Poder Judiciário iria tipicamente julgar, mas atipicamente cumpriria função dos outros poderes¹⁵. As teorias de Montesquieu, Locke e Aristóteles influenciaram as constituições que posteriormente surgiriam, consagrando como característica basilar constitucional a separação de poderes. No Brasil, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 segue o modelo clássico da separação de poderes, porém, relativiza ainda mais as funções típicas e atípicas de cada poder¹⁶.

Na Constituição Brasileira de 1988, a visão da teoria da separação de poderes possui novas formas de relação entre as instituições, diferente da rigidez estabelecida pela teoria clássica. Assim, faz-se uma nova leitura sobre o princípio de separação de poderes, trazendo consigo uma nova visão sobre as funções de cada um dos Poderes¹⁷.

A Carta Cidadã atribuiu ao Poder Legislativo a função típica fiscalizar (os demais órgãos) e legislar (leis complementares, leis delegadas, emendas constitucionais, decretos legislativos e resoluções), atipicamente exerce também funções de administrar (prover cargos de suas estrutura) e de julgar (O Presidente da República, Vice-Presidente e seus Ministros). A função executiva compete atos típicos da Chefia de Estado (relações com Estados estrangeiros) e atos de Chefia do governo e administração em geral, como fixar diretrizes políticas, iniciativa de projetos de leis, administrar as forças armadas, planejar o controle orçamentário do Estado, e todas as atividades que não se englobam do Poder Legislativo e Judiciário. A função do Poder Judiciário tem por finalidade principal aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos, atipicamente administra (seus órgãos internos) e legisla (resoluções, súmulas, súmulas vinculantes)¹⁸.

Note-se que, a Constituição da República de 1988 prevê, expressamente, o princípio da separação dos poderes em seu bojo¹⁹, inclusive protegendo-o como

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014. p. 192.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 102.

¹⁷ Idem, p. 109.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 988- 991

¹⁹ art. 2º, **CFRB/88 (BRASIL,1988)**: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

cláusula pétrea²⁰. Esses poderes, são independentes e harmônicos entre si, com normas de cortesias e trato recíproco com prerrogativas para exercer suas atribuições próprias, que não dependem da autorização dos outros poderes, sendo livres cada um, na própria organização, respeitadas as regras constitucionais. Deve-se destacar que a independência e funções entre os órgãos não são absolutas, e nesta busca de equilíbrio, foi estabelecido um sistema de freios e contrapesos para evitar o arbítrio e interferência demasiada de um poder em detrimento de outro ²¹.

Ademais, não devemos confundir a distinção das funções do poder com a divisão dos poderes, embora haja conexão. A diferenciação de funções é a especialização das tarefas governamentais, ou seja, há órgãos especializados para cumprir cada uma delas. A divisão de poderes consiste em confiar cada função de governo a órgãos diferentes, quais recebem o nome de cada atribuição. Assim temos o sentido uno de Poder, que distribui aos órgãos a competência para determinada função, servindo estes ao mesmo governo²².

O legislador constituinte, através do sistema de freios e contrapesos, estabeleceu a possibilidade de revisão dos atos dos Poderes Legislativos e Executivo, através do Judiciário e vice-versa. Esse sistema de controle dos atos contribuiu para a atual postura ativista do STF, qual vem ganhando notoriedade e força no meio jurídico, isto porque devido ao extenso rol de direitos fundamentais e as possibilidades de acionamento do Supremo Tribunal através das ações de controle de constitucionalidade, no Brasil, se criou um modelo “juriscêntrico”, em que na maioria dos casos, caberá ao Judiciário se pronunciar por último, a cerca da constitucionalidade de determinada lei ou ato²³.

Este mecanismo de controle recíproco, visa equilibrar e evitar os abusos dos poderes um com os outros. Assim, o ativismo judicial torna-se um fenômeno cada vez mais comum e utilizado no meio jurídico, pois o poder Judiciário, ao ser convocado para analisar a viabilidade constitucional dos atos comissivos ou omissivos dos outros poderes, acaba decidindo sobre a luz do caso em concreto, ensejando muitas vezes numa atuação aquém de sua função típica de julgador, o

²⁰ art. 60, §4º, III, **CFRB/88 (BRASIL, 1988)**: “.Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes;

²¹ Cunha Jr., Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2006. p.72.

²² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 101.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 5

levando a realizar um processo criação do direito com base nos princípios e normas constitucionais, nas situações onde as leis são insuficientes ou quando se faz necessária sua interpretação, e assim insere-se o ativismo judicial nas decisões emanadas pelos tribunais e juízes²⁴.

3.3 A legitimidade constitucional do ativismo

Inicialmente devemos entender, que em um Estado Democrático de Direito, não existe órgão mais ou menos legítimo para exercer sua função, todos são indispensáveis à existência da democracia e da concretização dos direitos e garantias fundamentais. O Judiciário vem ganhando cada vez mais importância nos Estados pós-guerra, seja porque os direitos cidadãos estão cada vez mais positivados, e assim demanda-se uma maior atuação positiva do Estado, assim como a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, contribuem para uma maior judicialização dos direitos fundamentais²⁵.

Desta forma, o protagonismo judicial visto nos tempos atuais, é reflexo de um cenário político em descrédito, que conseqüentemente leva o Poder Judiciário a adotar decisões que adentrem nas funções dos outros poderes, pois, o tribunal, deve garantir a concretização dos direitos fundamentais, não havendo assim o que se falar em falta de legitimidade para atuação nos limites estabelecidos pela jurisdição constitucional. Este papel ativista faz parte da consequência de democratização do direito e da tentativa de alcançar a máxima de eficácia dos direitos fundamentais²⁶.

Neste sentido, a supremacia da Constituição Brasileira atribuiu ao Poder Judiciário, mais propriamente ao Supremo Tribunal Federal, o papel de guardião da Constituição para controlar e analisar a constitucionalidades dos atos emanados pelo poderes públicos. O STF passou a exercer tal encargo, através de uma postura mais ativa, pós advento da CF/88, ao mesmo tempo que se tornou o órgão a analisar a constitucionalidade do ato ou lei, emanados pelo outros órgão

²⁴ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p.101.

²⁵ CUNHA JR., Dirley da. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais'**. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. p. 83.

²⁶ Idem, p. 84.

institucionais da república, se tornando numa espécie de salvo-conduto da democracia²⁷.

Uma das consequências desta postura, se configura na obrigação da análise prévia de constitucionalidade que os outros poderes devem fazer antes de emanarem seus atos. A recente atuação dos tribunais brasileiros alterou a dinâmica da construção das políticas públicas, pois de acordo com o nosso modelo democrático, o Congresso além de precisar “negociar” seu plano político, necessita também se preocupar em não infringir as normas constitucionais, pois os atos emanados poderão ser objeto de análise na esfera judicial²⁸.

Ademais, a Constituição Federal consignou os objetivos e princípios do Estado brasileiro, bem como dirimiu os sentidos que deveriam contornar as medidas dos poderes públicos. Porém, por vezes, tais medidas contrariam a vontade do legislador constituinte, obrigando, quando provocado, o Poder Judiciário analisar o conteúdo, não podendo o tribunal eximir-se desta função, pois a ele cabe atuar para garantir a ordem e segurança normativa constitucional. Assim, a renúncia a tal encargo, comprometeria a integridade do sistema político e da estabilidade e segurança normativa, uma vez que a divisão de competências, estabelece a Corte Constitucional para julgar as questões que versem sobre a constitucionalidade dos atos²⁹.

Neste sentido, a jurisprudência da Corte admite, a possibilidade excepcional do Poder Judiciário, quando os órgãos estatais competentes descumprem seus encargos políticos, utilizarem-se do papel do juiz-político para garantir a eficácia e integridade de direitos individuais ou coletivos³⁰. Esta tarefa não é típica e exclusiva do Poder Judiciário, ao contrário, deveria partir dos poderes Legislativo e Executivo. Porém, à mora destes órgãos para possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais, faz com que o cidadão busque proteção junto ao Judiciário, tal situação ocasiona na atuação do julgador como legislador ou

²⁷CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 64.

²⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 133.

²⁹ Supremo Tribunal Federal. **Discurso de posse Ministro Gilmar Mendes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Poss epresidencial_GilmarMendes_NOVACAPA.pdf> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004. DJ. 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 11 de outubro de 2018.

administrador, sem que viole a democracia e a separação de poderes, eis que, essa função atípica é assegurada na própria Constituição³¹.

Desta forma, uma vez acionado o STF, seja porque algum direito não regulado, deixe os cidadãos à margem da vontade política, ou que ato do poder público possa lesar direitos fundamentais, o tribunal não poderá ficar inerte, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, qual deve atuar em nome da supremacia da Constituição para assegurar os direitos ali previstos. A inércia dos Poderes Públicos ocasionam na provocação do Poder Judiciário, qual não pode deixar de se manifestar, desde que, dentro do limite dos pedidos formulados nas ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, não havendo o que se falar em usurpação de competência, uma vez que preenchidos os requisitos de cabimento da ação, deve a Corte julgá-las a fim de verificar a constitucionalidade dos atos ou omissões³².

Outro ponto que legitima o caráter democrático da interferência do Poder Judiciário, seria o fato da publicidade de suas decisões terem como finalidade esclarecer a população sobre as razões que levaram o tribunal ultrapassar seus limites, em busca do real sentimento de “equidade e justiça social”, pois o acesso a população das teses apontadas pelos julgadores, corrobora com a legitimidade da decisão proferida³³.

Nesta linha, a atividade política do juiz resulta de sua independência e criatividade, do mesmo modo que não ocasiona na sua parcialidade ou em um julgamento afastado da lei. O juiz-político continua sendo imparcial para não ceder aos interesses de grupos e partidos. A função política do magistrado é resultado do paradoxo de: dever de decidir e fundamentar sua decisão conforme o direito vigente, assim como o dever interpretar construir, formular novas regras, acomodar a legislação face as influências do sistema política. Nesse sentido, o juiz atua sem comprometer sua imparcialidade e legalismo, preservando assim o sistema jurídico que é cognitivamente aberto ao sistema político e portanto torna a politização da magistratura algo inevitável³⁴.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 66-67.

³² Idem p. 89.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre:Fabris, 1999. p. 19.

³⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.p. 62.

3.2 Riscos do ativismo judicial

O ativismo judicial encontra oposição em parte da doutrina. Podemos citar que os tribunais ao interpretarem *ex legem*, dão margem a atividade política por parte dos juízes, quais não possuem legitimidade para criar normas o que acabaria violando a separação de poderes. O ativismo pode significar o rompimento com a constituição, eis que o juiz ativista ao dar interpretação a uma norma, diferente do objetivo almejado pelo legislador, ignorando assim o texto constitucional, pois passaria a impor seu ponto de vista sobre a visão dos demais poderes. Os juízes devem aplicar a constituição ajustando-se a prática constitucional, ou seja, não poderiam usurpar a vontade política do Poder Legislativo e Executivo, pois o julgamento interpretativo envolve política, qual o órgão jurisdicional não é incumbido de tal função³⁵.

O ativismo judicial pode caracterizar a perda de legitimidade do Legislativo do seu papel de criador das normas, pois interpretação e aplicação dos princípios constitucionais pelo Judiciário, podem ocasionar no rompimento do limite de atuação do judiciário no processo de criação do direito através de sua interpretação, invadindo a seara da inovação legislativa que deve advir do Legislativo, limite tênue que enseja a cautela na aplicação do ativismo, sob pena de romper com o princípio da separação de poderes.³⁶

Verifica-se que a outra face do ativismo é o deslumbramento dos juízes diante dos princípios e da possibilidade de através deles passem a negligenciar a fundamentação racional dos seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço para o “decisionismo judicial”, que se caracteriza pela perda do valor das normas jurídicas como balizadoras dos pronunciamentos judiciais, e pela substituição da lei pelas preferências do julgador³⁷.

Podemos afirmar que o ativismo é consequência da falta de prestação dos poderes públicos em atender aos anseios da sua população, assim como em

³⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1999. p. 272.

³⁶ LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/revista_artigos_leitura&artigo_id=5223.>. Acesso em 23 de novembro de 2018.

³⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: **Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 168.

garantir os objetivos constitucionais que lhe delimitados. Trata-se de uma conduta que deveria ser adota em último caso, porém, tornou-se cada vez mais comum em razão dos conflitos sociais, a atuação do poder Judiciário numa espécie de tribunal de conflitos do cotidiano, demonstrando assim uma anomalia constitucional decorrente da falta de atuação do Estado, situação que se evidencia nas decisões de cunho ativista³⁸.

3.2.1 Efeito *backlash*

Efeito *backlash*, é um efeito colateral advindo das decisões judiciais de caráter ativistas, advindas de temas polêmicos, que dividem a opinião pública, capaz de influenciar parcela da população na escolha dos representantes na hora da eleição. O que por conseguinte, após a escolha política, possa haver mudança de entendimento jurídico, pois membros dos tribunais, são indicados politicamente, e podem alterar a interpretação da lei, revertendo em benefício de um determinado grupo e prejudicando outro, gerando insegurança política³⁹. O efeito *backlash* significa retroceder ou ato de retrocesso, assim, podemos identificar este fenômeno como uma reação contrária a interpretação constitucional proferida pela Suprema Corte, evidenciando a resistência por parte da população ao julgado, o que pode gerar um retrocesso jurídico ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão⁴⁰.

4. RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA, ADI 132 E ADPF 4277

A Procuradoria Geral da República (PGR), ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) com o objetivo do reconhecimento da união estável entre as pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que esta relação

³⁸ Idem, p. 170-171.

³⁹ CUNHA JR., Dirley da. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.>> Acesso em: 30 de outubro de 2018.

⁴⁰ Ferreira, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **Teoria da transcendência dos motivos determinantes e o supremo tribunal federal: um estudo a partir do Direito animal**. Tese de Doutorado, UFBA. 2017. p. 193.

preenchesse os requisitos do art. 1723 do CC/02, qual regulava a união estável entre homem e mulher, assim como pleiteava a extensão dos direitos e deveres da união estável heterossexual às uniões estáveis homoafetivas (STF, ADI/DF, nº 4277, 2009). O ajuizamento da ADI foi feito com base numa representação do Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, qual foi acompanhado dos pareceres dos professores da UERJ, Prof. Luís Roberto Barroso e do Prof. Gustavo Tepedino. Em síntese, a Procuradoria sustentava os pedidos alegando ofensa aos princípios da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e ao direito de liberdade. A PGR distribuiu a petição inicial com pedido a conexão com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro, pois tratava-se das mesmas questões suscitadas⁴¹.

As ações foram levadas a julgamento conjuntamente pelo plenário da corte na sessão plenária do dia 05/05/2011. Na data, o tribunal por decisão unânime deu provimento as duas ações, para excluir qualquer interpretação discriminatória do art. 1.723 do Código Civil, e reconhecer como união estável a união homoafetiva, conferindo status de entidade familiar em consonância com os princípios e normas fundamentais de proteção a família, liberdade, sexualidade e autonomia. O acórdão também consignou a divergência lateral dos Min. Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, quais entendiam não ser possível reconhecer a união homoafetiva à luz da constituição, uma vez que a Carta Magna não englobava tal modelo e também não fora à intenção do legislador constituinte⁴².

4.1 O Posicionamento do STF

Como se depreende, as ações foram julgadas procedentes reconhecendo o status jurídico da união homoafetiva, assim, faz-se oportuno trazer alguns trechos do julgamento que fazem referência à relevância da decisão e o significado da equiparação a união estável traria para o grupo LGBT. O relator, Min.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 05/05/2011. DJ. 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> Acesso em: 02 de outubro de 2018. p.4.

⁴² Idem. p. 7.

Ayres Britto trouxe como principal argumento o fato de que ninguém pode ser discriminado ou excluído da proteção jurisdicional em virtude de sua orientação sexual, bom base no art. 3º da CF/88⁴³. O sustentou que desenvolvimento da sexualidade faz parte de um direito subjetivo e que cabe ao Estado respeitar, e assegurar, a vida privada de cada pessoa. Suprimir o direito de afetividade com outra do mesmo sexo é os discriminar com base em suas orientações sexuais, configurando ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁴.

Na mesma linha que o relator, O Min. Fux sustentou seu voto em três princípios constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana (seguindo o mesmo pensamento do ministro Ayres Britto); o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Para o Fux, todo ser humano tem direito de fazer suas escolhas que melhor lhe convém, cada pessoa é livre para optar seus parceiros, não pode o Estado interferir na maneira de como se relacionar promovendo algum tipo de restrição a sua intimidade. A min. Carmen Lúcia, fez alusão ao princípio da liberdade sustentado pelo Min. Fux, acrescentando que era dever do STF proteger e garantir os direitos do grupo LGBT, aduzindo que as relações homoafetivas não poderiam ser alvo de repúdio, pois ninguém deveria ser discriminado por sua opção sexual. O direito à homoafetividade, está amparado pelo princípio da isonomia, cujo objetivo é a vedação a discriminações injustas. O exercício da liberdade individual e a inviolabilidade da vida privada é a base jurídica para o reconhecimento do direito a orientação sexual, como direito personalíssimo e inerente a pessoa humana⁴⁵.

O Min. Gilmar Mendes, limitou-se a reconhecer a união homoafetiva como união estáve com base na aplicação analógica do art. 1723 do CC, e na proteção dos direitos fundamentais. Ressaltou a divergência quanto a não previsão constitucional expressa da união homoafetiva como modelo de família, argumentando que não podendo assim reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar constitucional, mas que por não haver previsão legal, deveria se assegurar o reconhecimento da união homoafetiva. Neste sentido, o Min. Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do relator com a ressalva feita pelo Min. Gilmar

⁴³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, **CFRB/88**: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a Justiça**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42

⁴⁵ DIAS, apud FACHIN, Luiz Edson. **Família Hoje. A nova família: problemas e perspectivas**. Vicente (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Mendes, acrescentando que deveriam ser aplicadas à relação homossexual o instituo da união heterossexual, defendendo a aplicação por integridade o texto constitucional para retirar da marginalidade as relações homossexuais. A técnica de integração existe quando determinadas situações: que se devem considerar constitucionalmente reguladas, não estão previstas e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais⁴⁶.

O Min. Marco Aurélio, fez referência ao Estado laico defendendo que os direitos do grupo homoafetivo não podem ser suprimidos com base em entendimentos de valores religiosos, devendo o Estado garantir uma vida despida de preconceitos, destacando ainda os novos moldes de arranjos familiares que romperam a visão da família tradicional, e que mereciam a proteção nos seus mais diversos tipos de arranjos. O min. Celso de Mello reforçou a ideia da laicidade do Estado, aduzindo que nenhum cidadão deveria ficar a margem do direito por motivos religiosos, reforçou ainda o voto do Min. Fux quanto ser um direito personalíssimo do individuo. O Min. Joaquim Barbosa justificou seu voto com base na proteção dos direitos fundamentais, aduzindo ainda que o direito não acompanha as mudanças feitas na sociedade e por este motivo as relações homossexuais sofriam discriminação e preconceito, assim o seu não reconhecimento seria legitimar o preconceito e a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, o Min Cesar Peluso, presidente da corte, entendia que o art. 226 §3º deveria ser entendido com o objetivo de por em igualdade o homem e a mulher, e não excluir as união homoafetivas. Defendia ainda que além do reconhecimento jurídico com base na interpretação analógica, deveria a união homoafetiva ser regulamentada por outras normas infraconstitucionais. As uniões homoafetivas são uma realidade qual não pode ser negada, cabe então ao Poder Judiciário resolver os conflitos trazidos, enfrentando a omissão legislativa⁴⁷.

4.1.1 Justificativas apontadas para o ativismo

O Pretório Excelso, justificou com base em dois argumentos os motivos que o levaram a exceder os limites formais de sua atribuição, o primeiro era a

⁴⁶ CUNHAR JR., Dirley da. Apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1234-1235.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a Justiça**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

omissão do Poder Legislativo face ao tema, e o segundo era que a falta de regulamentação jurídica, prejudicava os milhares de casais homoafetivos os deixando a margem dos direitos estabelecidos constitucionalmente. Levou-se em consideração o quadro contemporâneo social no Brasil, qual ainda mostrava resquícios de intolerância às uniões homoafetivas, o que contrariava a liberdade assegurada constitucionalmente ao direito à família⁴⁸.

Desta forma, não podendo se omitir a tal realidade, os Ministros sustentaram que a Constituição deveria ser interpretada em seu conjunto harmônico de princípios e normas, e assim aplicaram uma nova interpretação ao art. 1.723 do C.C, com base na hermenêutica constitucional, de que as normas constitucionais devem ser compreendidas em seu momento histórico, devendo o interprete aplica-la de acordo com os objetivos da Constituição, que no caso da ADI, o objetivo da interpretação era de combater a discriminação de uma minoria e promover a igualdade material constitucional. A hermenêutica constitucional consiste na captação do significado mais profundo da norma e da compreensão histórica e gramatical do seu conteúdo com relação a época, e pode ser alcançada através da aplicação da hermenêutica das palavras, hermenêutica do espírito ou da hermenêutica do sentido⁴⁹.

Justificou-se também ao ativismo da Corte, foi a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo e o silêncio Constituição Federal sobre a matéria. A intenção do legislador constituinte não era deixar no limbo jurídico as pessoas que tivessem afeição por pessoas do mesmo sexo, mas quando do seu surgimento, a temática não tinha um arcabouço jurídico como possuía a época do julgamento. Assim, a Corte se preocupou não apenas em analisar sobre a falta de tratamento específico da Constituição sobre a matéria, mas de que forma deveriam examinar a temática no momento atual, face aos princípios e normas constitucionais. O comportamento estatal omissivo desrespeita a Constituição, pois ofende os direitos que nela existem, seja porque os impedem de concretizar ou porque deixam de realizar as medidas concretizadoras⁵⁰.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a Justiça**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 113.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 81.

Compreende-se que os direitos sociais enquadrados no julgamento, tinham como característica a necessidade de prestação positiva do Estado, que até então era insuficiente para concretização dos direitos fundamentais do grupo homoafetivo, assim, nota-se que há direitos, dentre os sociais, que, em razão de sua função e da pela forma que foram positivados, se enquadram na categoria das normas dependentes de concretização legislativa ou normas dotadas de baixa densidade normativa⁵¹.

Desta forma, a inércia dos órgãos políticos demonstrava a falta de interesse do Poder Público com os direitos de uma minoria. Preceito esse, não mais aceitável em um estado democrático de direito, principalmente no que tange ao exercício das garantias constitucionais. Coube então, ao STF, em seu papel de Guardião da Constituição proteger os direitos fundamentais de uma minoria, face a ausência de políticas públicas e da inexistência de regulamentação do tema. Parte da doutrina denomina de “estado de coisa inconstitucional”, quando há violação de garantias constitucionais decorrentes da inércia das autoridades públicas de forma continuada, e que, apenas tais autoridades poderiam reverter o quadro. Assim, devido à omissão do poder público, a Suprema Corte se legitima para intervir na implementação das políticas públicas, sobrepujando-se os limites materiais de sua função jurisdicional, com o objetivo de sanar o estado inconstitucional da “coisa”. Desta forma, as decisões da Corte que invadem as outras esferas de poder, se validam para atingir a “normalidade constitucional” da situação, pois o Poder Judiciário tem como função solucionar os litígios sociais quando decorrem da falta de atuação dos poderes públicos⁵². (CAMPOS, 2015, pág. 2)

4.1.2 A aplicação da técnica de interpretação conforme a constituição

Na leitura do acórdão da ADI 4277 verifica-se à aplicação da técnica da “interpretação conforme a constituição” do art. 1.723 do C.C, para adicionar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família. Está técnica foi utilizada, pois se mostrou a mais adequada, já que não necessitaria de alteração

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. PortoAlegre: Livaria do Advogado Editora, 2012. p.29.

⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 23/11/2018. p. 3.

formal do texto. No ordenamento jurídico brasileiro existem três formas de aplicação da técnica da interpretação conforme a constituição, a primeira consiste na interpretação com redução de texto, na qual o intérprete declara inconstitucional uma parte ou expressão da norma impugnada, dando a esta uma nova interpretação para se adequar com a constituição. A segunda é a interpretação sem redução do texto, qual consiste na retirada de determinado sentido da norma que possua vício de inconstitucionalidade, e assim, o STF irá atribuir novo sentido compatível com a constituição. A terceira hipótese é a interpretação sem redução do texto, em que se questiona a interpretação da norma conforme a constituição, e desta forma, o intérprete determina que a única interpretação é aquela atribuída pelo Poder Judiciário⁵³.

Assim, o Supremo aplicou a técnica de interpretação que retirou o sentido que continha vício, e atribuiu um novo sentido e alcance ao art. 1723 do Código Civil. Assim, para a Corte, uma vez preenchidos os requisitos da união estável, deve o instituto ser aplicado também às relações homoafetivas. Esta interpretação é a que melhor se compatibiliza com os princípios e direitos fundamentais. Tal interpretação evidencia a postura ativista da corte, pois a mudança de sentido do art. 1.723 do CC, reconheceu as relações homoafetivas e inovou o mundo jurídico, refletindo em outros ramos do direito como o direito de família, o direito sucessório, previdenciário e em outras áreas, cuja competência de regulamentação pertencia ao Poder Legislativo.⁵⁴

O tribunal, apontou que a necessidade de mudança no sentido do artigo, era necessária para contemplar as diversas famílias já existentes no Brasil, quais o ordenamento jurídico brasileiro não amparava pela falta de regulamentação, situação esta que não se coadunava com os princípios e normas constitucionais vigentes. A interpretação ativista é plenamente plausível quando a “interpretação constitucional” for compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma. Compreende-se que interpretação jurídica parte da norma reguladora, é assim absolutamente aceitável, que em caráter ativista, o intérprete-aplicador aplique uma nova textualidade do dispositivo em questão⁵⁵.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 3ª Ed. 2013. p. 97.

⁵⁴ VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direito sucessório e novos direitos**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 24.

⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

A mudança de interpretação do artigo é plenamente aceitável, pois ao interpretar a norma os juízes também acabam inovando no mundo jurídico, sem que isso os tornem legisladores, pois faz parte do processo de formação do direito⁵⁶.

4.2 Divergências doutrinárias do julgamento

A decisão da Corte teve inúmeros reflexos dentro do mundo jurídico, quais resultaram em críticas positivas e negativas no que diz respeito ao teor ativista do acórdão. Neste sentido, parte da doutrina entendeu que a decisão exorbitou os limites constitucionais do Poder Judiciário e acabou invadindo a esfera da Poder Legislativo. pois o STF agiu como um legislador ao adicionar um novo conceito de família à Carta Magna, e que o tratamento dado aos casais homoafetivos não feria os princípios constitucionais da dignidade, igualdade e liberdade. Destaca-se ainda a decisão da Suprema Corte Francesa, que ao contrário da corte brasileira, declarou ser de do legislativo e não do judiciário a competência para legislar sobre uniões entre pessoas do mesmo⁵⁷.

Ademais, parte da doutrina entendeu que a decisão ativista do julgado gera riscos a legitimidade democrática, pois deixou-se levar as posições pessoais dos julgadores à frente do processo legislativo, ocasionando assim um risco para a separação de poderes, pois permitia que um Tribunal atuasse legislando em uma questão de relevância social conforme entendimento pessoal dos seus julgadores. Deste ponto de vista, entende-se que a decisão não podia ser proferida pela Corte, pois não cabia ao judiciário suprimir lacunas por meio de decisões “legisferantes”, pois a democracia jamais podia ficar à mercê do entendimento dos representantes do Poder Judiciário ou de uma parcela pequena da sociedade, tendo em vista que a criação de normas ficaria a margem da opinião e vontade de quem julga a causa. A exemplo, caso a questão fosse julgada por magistrados conservadores e alheios à causa, julgariam improcedente a ação, mas de outro lado caso fosse uma corte

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 26.

⁵⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Família é aquela que perpetua sociedade**. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendendessociedade#autores>>. Acesso em: 12 novembro de 2018. p. 3

liberal julgaria precedente, ou seja, os direitos fundamentais iriam variar de acordo com a posição pessoal do julgador⁵⁸.

Sustentou-se ainda que a decisão por ter grande importância social, não deveria ser resolvida por determinação de um Tribunal, pois é necessário que haja uma discussão mais ampla, com a participação de múltiplos seguimentos da sociedade, para que assim encontrem-se meios mais democráticos de resolução da questão. A atuação ativista da Suprema Corte, se sobrepõe a separação de poderes e a própria Constituição, pois em uma democracia não podia um Tribunal por meio de uma decisão legislar em última instância, pois o transformaria em um órgão com poderes permanentes de alterar a Constituição, espaço este reservado do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda Constitucional⁵⁹.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho haverá cumprido seu propósito se estiver esclarecido ou pelo menos demonstrado a legitimidade do STF para ter agido ativamente no reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

Visto que, de acordo com a argumentação elencada, pode-se entender o posicionamento ativista na APDF 132 e ADI 4277 foi reflexo de sua função de guardião, nos moldes da Constituição Federal de 1988, visando garantir a efetividade normas fundamentais estabelecidas pelo legislador constituinte, em contraponto da omissão legislativa referente a um direito de minoria.

O artigo não tem como condão dar a certeza de que o tribunal irá adotar a mesma postura em futuros julgamentos, tendo em vista que cada caso é analisado a luz do direito em concreto, conforme o momento social e as políticas públicas adotadas pelos poderes públicos, mas demonstrar a legitimidade constitucional e as doutrinas que sustentam o posicionamento ativista no julgado.

Assim, podemos concluir que:

1. O ordenamento jurídico brasileiro, legitima a atuação ativista da corte, através da sua função atípica e do sistema de freios e contrapesos, para efetivar os direitos estampados na Constituição Federal de 1988.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Porte Alegre: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 1, n. 2, 2009. p. 7.

⁵⁹ Idem, p. 8-9.

2. O julgamento possuiu grande importância, tendo em vista que a omissão constitucional e a falta de atuação do poder legislativo para regulamentar a questão, favorecia o não reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas e os direitos que delas poderiam decorrer, deixando parcela da população à margem dos direitos fundamentais.

3. O Supremo Tribunal Federal embasou seu posicionamento com arcabouço doutrinário e constitucional favorável a sua atuação, demonstrando que não ignorou a vontade do legislador constituinte, mas sim a vedou o entendimento discriminatório e preconceituoso pelo intérprete.

4. O julgamento não deslegitimou o poder Legislativo para regular o tema, portanto não configurou uma ofensa ao princípio da separação de poderes, assim como não gerou riscos aos valores democráticos, haja vista que o tribunal agiu para assegurar a proteção dada pela constituição aos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e a família.

5. O papel de guardião da constituição atribuí ao Poder Judiciário, quando provocado, o dever garantir o cumprimento das garantias fundamentais como no caso da ADPF 132 e da ADI 4277, podendo impor obrigações positivas ou negativas ao Poder Público visando assegurar a efetivação dos direitos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009.

_____. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010.

_____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004. DJ. 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 11 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 05/05/2011. DJ. 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> Acesso em: 02 de outubro de 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponibilizado em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 23/10/2018.

_____. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Cunha Jr., Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs). Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

_____. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais.**

Disponível em: < <https://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.> > Acesso em: 30 de outubro de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a Justiça.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Família Homoafetiva.** Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiv.](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiv.)> Acesso em 28 de novembro de 2018.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1999.

Ferreira, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **Teoria da transcendência dos motivos determinantes e o supremo tribunal federal: um estudo a partir do Direito animal.** Tese de Doutorado, UFBA. 2017.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E.>. Acesso em 23 de novembro de 2018.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Família é aquela que perpetua sociedade.** 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendendessociedade#autores>>. Acesso em: 12 novembro de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** São Paulo: Atlas, 3ª Ed. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 11ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia.** São Paulo: editora RT, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. atual. PortoAlegre: Livaria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda.** In NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Supremo Tribunal Federal. **Discurso de posse Ministro Gilmar Mendes.**

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Possepresidencial_GilmarMendes_NOVACAPA.pdf> Acesso em:

14 de outubro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. **Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Porte Alegre: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 1, n. 2, 2009.

TRAJANO, Tagore, LANGERHORST Victor Vendramini. **Eficácia Concretista das Decisões do STF em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão.** Revista Brasileira de Direito, vol 2. n.2, 2012. p. 193-228.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.** Curitiba: Juruá, 2009.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direito sucessório e novos direitos.** Curitiba: Juruá, 2014.