



Adolfo Theodoro Naujorks Neto

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - DHJUS/Unir/Emeron. Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia e em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito/RJ. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Titular da 4ª Vara de Família e, atualmente, Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça. Professor do Centro Universitário São Lucas com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito de Família (CV-Lattes).

ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Adolfo Theodoro Naujorks Neto

Resumo

As uniões homoafetivas passaram a ser uma realidade social, a evolução da sociedade e a constante luta pela superação de preconceitos no tocante à orientação sexual, em busca por respeito e reconhecimento de direitos com base nos princípios constitucionais da dignidade e igualdade da pessoa humana, impõe uma enorme pressão sobre a sociedade e, conseqüentemente, sobre as instituições governamentais. A redemocratização do Brasil, após meados da década de 1980, e o advento da Constituição Federal de 1988, redesenhou o papel do Poder Judiciário Brasileiro, inclusive quanto ao seu protagonismo no controle da constitucionalidade. Este artigo analisa o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal ao enfrentar o tema das uniões homoafetivas, reconhecendo tal união como possível no ordenamento jurídico brasileiro, o que gera inúmeras críticas e controvérsias. Para tanto, nosso *corpora* se concentra sobre dois julgados, a ADPF 132 e a ADI 4277, observados à luz da doutrina mais moderna a respeito do assunto. Verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal constitui-se em evidente ação ativista, com forte viés responsivo e com aplicação da ponderação dos princípios constitucionais característico do neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: União Homoafetiva. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Neoconstitucionalismo. Direito Responsivo.

Abstract

Homoaffective unions became a social reality, the evolution of society and the constant struggle to overcome prejudices regarding sexual

orientation, in search of respect and recognition of rights based on the constitutional principles of the dignity and equality of the human person, imposes enormous pressure on society and, consequently, on government institutions. The redemocratization of Brazil, after the mid-1980s, and the advent of the Federal Constitution of 1988, redesigned the role of the Brazilian Judiciary, including its role in the control of constitutionality. This article analyzes the judicial activism of the Federal Supreme Court in addressing the issue of homoafetive unions, recognizing such union as possible in the Brazilian legal system, which generates numerous criticisms and controversies. therefore, our *corpora* focuses on two judges, ADPF 132 and ADI 4277, observed in the light of the most modern doctrine about the subject. It is verified that the decision of the Federal Supreme Court is in evident activist action, with strong responsive bias and applying the consideratior of the constitutional principles characteristic of neoconstitutionalism.

Keywords: Homoafetive Union. Judicial Activism. Supreme Federal Court. Neo-constitutionalism. Right to Responsibility.

Em março de 1964, o governo civil no Brasil entrou em colapso originando uma ditadura militar que impôs ao país um regime jurídico de exceção que somente veio a ser vencido com a redemocratização do país na década de 1980, advindo uma Assembleia Nacional Constituinte culminando com a promulgação da nova Constituição Federal no ano de 1988.

A Constituição Federal nasce em uma época de profundas alterações na geopolítica mundial, distende-se o conflito Leste-Oeste, a disputa capitalismo *versus* comunismo ou socialismo começa a se tornar irrelevante ante aos evidentes sinais de desmoronamento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, confirmada, dois anos após, com a queda do muro de Berlim, a reunificação da Alemanha que resulta em novo desenho da geopolítica na Europa Continental.

A nova constituição brasileira recebe forte influência dos textos

constitucionais europeus, como o francês, o italiano e o alemão, advindos após o cataclisma dos regimes autoritários de direita que levou à segunda guerra mundial e suas terríveis consequências, outros de países como Espanha e Portugal, que nos meados da década de 70 venceram regimes autoritários, também contribuíram¹.

Um novo modelo jurídico, democrático e pluralista, baseado no estado de direito, impulsiona a sociedade brasileira. Novos atores sociais passam a pressionar a própria sociedade e as instituições públicas à procura de ampliação e reconhecimento de direitos com a superação de arraigados preconceitos, notadamente de raça e de orientação sexual. Neste contexto, surge a luta de determinados setores da sociedade brasileira pelo reconhecimento da união estável das pessoas do mesmo sexo, união estável homoafetiva, com base nos princípios da igualdade de direitos e na dignidade da pessoa humana assegurada pela nova carta constitucional.

A evolução social passa, então, a buscar uma nova ordem em relação aos direitos de grupos anteriormente excluídos, discriminados e até perseguidos, entre eles os direitos dos homossexuais, notadamente o de constituir uma família.

A sexualidade é inseparável da condição humana, configurando-se como meio para a razão final da existência na busca pela felicidade e realização social. Trata-se de um direito natural, inalienável e imprescritível, intimamente ligado ao próprio conceito de dignidade humana.

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independe da tendência

1 O regime Franquista na Espanha tem início com a guerra civil Espanhola no ano de 1939 e se encerra com a morte de Franco no ano de 1975. Em Portugal Antônio de Oliveira Salazar instituiu um regime ditatorial que só foi suplantado pela Revolução dos Cravos no ano de 1974.

sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outras das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.²

De forma que, a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre as pessoas, agora erigidos em fundamentos e princípios constitucionais, autorizam grupos de homossexuais a exigir respeito a sua livre escolha e orientação sexual, ao mesmo tempo em que a sexualidade começa a ser entendida como meio de realização humana, pois decorre de sua própria natureza. Tais posturas fazem com que o reconhecimento do direito e da possibilidade da uniões estáveis homoafetivas sejam reclamados uma vez que, ainda que o Código Civil disponha que a união estável e mesmo o casamento sejam uniões de um homem e uma mulher, a Constituição Federal ao albergar múltiplas possibilidades de arranjos familiares, não proíbe ou impede o casamento e a união homoafetiva.

A Constituição, rastreando os fatos da vida, deixou de emprestar especial atenção ao casamento. Trouxe o conceito de entidade familiar, reconhecendo a existência de relação afetivas fora do casamento(CF 226). Emprestou especial proteção à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da efetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que relacionamentos, mesmos sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem em um vínculo afetivo, devem ser identificados como entidade familiar merecedoras da tutela legal.³

2 DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. *Diversidade sexual na Europa-Uma visão a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa(org). *Direitos humanos: direitos de quem?* Curitiba: Juruá, 2012, p. 201/202.

3 Dias, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p.272.

A homossexualidade sempre existiu, não é crime nem pecado, não é uma doença nem um vício (DIAS, 2012). Não havendo mais a exclusividade do casamento como entidade familiar reconhecida, e diante da multiplicidade de possibilidades de reconhecimento de entidades familiares, todas com base no afeto, *ultima ratio* dos relacionamentos humanos, não faz sentido a omissão do legislador em regulamentar o tema.

Não se desconhece a enorme dificuldade que o parlamento brasileiro tem para reconhecer direitos de um grupo de pessoas que sofre grande rejeição social, em face de arraigados preconceitos e forte tradição machista e patriarcal.

Todavia, esta omissão, hodiernamente, não se sustenta em face da nova realidade constitucional, sobretudo quando a Constituição Federal de 1988 adota valores e princípios que agasalham e defendem os direitos humanos, notadamente a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

A desigualdade neste tratamento ofende os valores constitucionais, uma vez que o texto constitucional estabelece a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República e a igualdade sem distinção de sexos e orientação sexual como um direito fundamental de primeira geração.

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Um delas fora conceder igualdade, sem distinção de orientação sexual, reconhecendo assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que tem servido de base para desequiparações e preconceitos.⁴

4 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 224

Preconceitos e desequiparações, no dizer de José Afonso da Silva, levam à omissão legislativa. Assim, revela-se injustificada esta omissão acabando por fazer com que este grupo de pessoas, diante do não reconhecimento de seus direitos, recorra ao Poder Judiciário em busca de defesa destes direitos.

A CF88 estabelece, como cláusula pétrea, que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. É o chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Com o exercício deste controle, o Poder Judiciário, acionado por aqueles que se vem discriminados e diferenciados pela omissão legislativa, é chamado a exercer o seu papel constitucional, assumindo postura ativista perante a omissão legislativa.

Ao mesmo tempo, a nova ordem constitucional, enquadrada entre aquelas constituições denominadas de dirigentes ou extensas, não se restringe a estabelecer competências e a separar os poderes públicos, mas contém normas materiais que condicionam a atuação do Estado por meio de fins e objetivos a serem alcançados em um catálogo de direitos fundamentais. Ou como denominado *constitucionalismo de los derechos, o si prefere, Constituciones materiales y garantizadas* (Luiz Prieto Sanchis, 2007)

Este novo constitucionalismo, agora denominado de neoconstitucionalismo, fundamenta-se em valores e princípios constitucionais e em oposição ao direito positivo. Surge, de um grupo de professores italianos da escola de Gênova, entre eles Suzana Pozzolo, autora do termo, Maurício Barberis, que posteriormente redefine o termo, Ricardo Guastini, Paulo Comanducci e Tecla Mazarese, que elaboram o conceito e fazem análises teóricas dos argumentos apresentados para a nova teoria.

O conceito de neoconstitucionalismo acaba sendo definido inicialmente por Barberis como teoria ou doutrina intermediária ao jusnaturalismo e positivismo jurídico.

Por neoconstitucionalismo como já adiantamos, não deveriam ser entendidas nem doutrinas e nem instituições, como no caso de constitucionalismo, mas somente doutrinas; em especial a teoria ou doutrina do direito, intermediária ao jusnaturalismo e positivismo, pela qual entre direito e moral existiria uma interligação necessária,

ainda que limitada aos Estados constitucionais. Segundo os neoconstitucionalista, em outros termos temos a tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral valeria no máximo para o direito do Estado legislativo do século XX: direito cuja fonte principal, se não a única, era a lei. A mesma tese não valeria mais, ao contrário, para o Estado constitucional do século XX, onde não apenas a fonte principal do direito é a constituição, mas a totalidade do direito é constitucionalizada, refreada por princípios e valores constitucionais.⁵

Para o Ministro Luiz Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo surge da superação do jusnaturalismo aliado ao fracasso do positivismo.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O póspositivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.⁶

O movimento neoconstitucionalista surge como uma necessária reformulação do constitucionalismo (Tassinari, 2012). Segundo o Mauricio Santos Raupp, nessa mudança destaca-se a força normativa da constituição que se desloca da supremacia legislativa para a hegemonia dos textos constitucionais.

5 Barberis, Mauro. *Noeconstitucionalismo Revista Brasileira de Direito Constitucional*. N.º 07, Jan/Jun, v.1, p.21.

6 Barroso, Luiz Roberto.

No paradigma neoconstitucionalista, para utilizar-se da expressão de Sarmiento(2013), a lei cede espaço e importância para a Constituição, que passa a integrar o centro do sistema jurídico, e irradiar força normativa aos poderes constituídos(Legislativo, Executivo e Judiciário), cuja vinculação constitui verdadeira condição de possibilidade à democracia⁷.

Essa força normativa da constituição, que por vezes leva à supremacia do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, notadamente do Poder Legislativo, culmina no denominado ativismo judicial, objeto de inúmeras críticas sob o fundamento de que os juízes não são eleitos como os legisladores, o que lhes compromete a legitimidade.

O fato é que a força normativa da constituição significa dizer que a última palavra é a do Poder Judiciário.

O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido -, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado⁸.

Ainda segundo Luiz Prieto Sanchis, o novo constitucionalismo não gira somente em torno do direito positivo, mas, sobretudo dos valores e princípios, em que sua aplicação se faz através dos juízes e dos Tribunais Constitucionais.

La Constitucion marco que permitia el juego de las mayorias em sede legislativa vendría a ser suplantada por uma Constitucion dirigente, donde por su alto grado de indeterminacion, terminam sendo los jueces quienes tienen la ultima palabra sobre todos los asuntos⁹

7 Raupp, Mauricio Santos. *Ativismo Judicial: Característica e singularidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 73.

8 Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 28.

9 Sanchis, Luiz Prieto. *El Constitucionalismo de los Derechos; Teoria do Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 217.

Por outro lado, novos olhares sobre a Justiça e a aplicação do direito, sobretudo daqueles que estão do lado de fora dos tribunais e do sistema judiciário, reclamam uma nova maneira de aplicação do direito pelo aparato estatal, pois um estado de direito ou um estado fundado no império da lei significa um estado em que o poder governamental também se submete a limites.

Philippe Nonet e Philip Selznick apresentam uma tipologia sobre as formas de ordenamento jurídico que classificam como sendo sistemas jurídicos repressivo, autônomo e responsivo.

O direito repressivo é caracterizado pela subordinação do processo político, legislativo e judiciário ao poder político, servindo basicamente aos donos do poder. Já o direito autônomo caracteriza-se pela existência de um Poder Judiciário institucionalmente separado do poder governante e do processo legislativo, resolvendo conflitos única e exclusivamente com base em normas legais formalmente promulgadas ou em precedentes, submetendo-se e limitando-se ao poder político e a estas normas. Por fim, um sistema de direito responsivo é um sistema que busca justiça substantiva, que seja sensível às desvantagens que os excluídos da sociedade sofrem e procura igualar, no campo jurídico, essas desvantagens entre os mais e menos favorecidos, seja proporcionando ajuda ou adaptando as leis para que isso ocorra. No sistema responsivo o direito é um facilitador das respostas às necessidades sociais.

Nesse sentido, podemos afirmar que uma nova ordem constitucional, baseada em texto constitucional extenso com amplo catálogo de direitos sociais, estabelece relação com a tipologia do direito responsivo proposta por Nonet e Selznick.

Uma instituição responsiva conserva a capacidade de compreender o que é essencial à sua integridade e ao mesmo tempo leva em consideração as novas forças do ambiente social. Para isso, ela se baseia nas formas pelas quais a integridade e a abertura se sustenta mutuamente, mesmo quando conflitantes. Percebe as pressões sociais como fontes de conhecimento e de oportunidades

de autocorreção. Para assumir essa postura, a instituição necessita contar com a diretriz de uma finalidade¹⁰.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 132, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4277, reconhecendo a possibilidade da união estável homoafetiva, leva em conta estes anseios e pressões de parte da sociedade brasileira. Anseios e pressões esses que encontram respaldo em um catálogo de direitos que comparecem ao mundo jurídico brasileiro após o advento da nova ordem constitucional inaugurada no ano de 1988, tendo nítido caráter ativista, podendo ser classificada como do tipo responsivo.

Ronald Dworkin, ao tratar do chamado Estado de Direito, denomina duas formas do Estado de Direito, um centrado em textos legais e outro centrado nos direitos, sendo que esta última concepção, assemelha-se à tipologia do sistema jurídico responsivo idealizada por Nonet e Selznick.

Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção centrada nos direitos. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos tem direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública a concepção precisa dos direitos individuais. Não distingue como faz a centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal de Direito que o texto legal retrate os direitos morais e o aplique¹¹.

10 Nonet, Phillipe. *Direito e Sociedade: Direito e sociedade: transição ao sistema jurídico responsivo*/Philippe Nonet e Philip Selznick. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 125/126.

11 Dworking, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 7.

Ao analisar e autorizar a possibilidade da união homoafetiva, com bases em princípios constitucionais, em controle de constitucionalidade, não obstante a disposição expressa da lei, no artigo 1523 do Código Civil, reconhecendo a união estável como entidade familiar formada por um homem e uma mulher, na esteira do que já vinha decidindo os demais tribunais brasileiros¹² hierarquicamente inferiores ao Supremo Tribunal Federal, age de forma responsiva ao aplicar a força normativa da constituição centrada em direitos.

O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário tem origem nos Estados Unidos da América do Norte. Também conhecido pela expressão *judicial review*, este instituto surgiu a partir da decisão judicial proferida pela Corte Suprema quando do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, no ano de 1803 (Raupp, 2016).

O constitucionalismo brasileiro inspirou-se no constitucionalismo norte-americano, inclusive quanto ao controle da constitucionalidade. O sistema é o jurisdicional instituído com a constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolheu o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente (José Afonso da Silva, 2010).

Temos no Brasil duas sortes de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação. Em nosso sistema constitucional, o emprego e a introdução das duas técnicas traduzem de certo modo uma determinada evolução doutrinária e institucional, que não deve passar despercebida¹³.

Este desenho de controle de constitucionalidade brasileiro, via exceção e ação, aliado a uma nova ordem constitucional, baseada em

12 Sobre união homossexual nos tribunais brasileiros: RT 813/82, 812/220, 807/82, 791/354, 742/54; JTJ 198/121; Juris. Brasileira Juruá 176/95-107. TJSP- União civil Homossexual. O princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF) deve inspirar o juiz, diante da lacuna da lei sobre relações homoafetivas, na construção de sentença que garanta efeitos patrimoniais de um relacionamento levado à sério por mulheres resolvidas, porque, somente assim, o Judiciário impede que o falso-moralismo bloqueie práticas afirmativas de inclusão dos parceiros ao regime dos benefícios das relações heterossexuais, como proventos de aposentadoria que são estendidos aos dependente de 26 anos de convivência.(AC 478.576-4/4, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 01.02.1007)

13 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 325.

extenso catálogo de direitos, permite ao Supremo Tribunal Federal, com base nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, autorizar a união estável homoafetiva em face da omissão do Poder Legislativo no enfrentamento da questão.

É público e notório a divisão de forças que se digladiam dentro do legislativo a favor e contra a união estável e o casamento de pessoas do mesmo sexo, tal divisão, inconciliável, impede qualquer avanço da matéria na esfera do Poder Legislativo, gerando uma omissão injustificável ao autorizar uma postura ativista do Poder Judiciário, permitindo o reconhecimento da união homoafetiva.

O denominado ativismo judicial ou protagonismo judicial é objeto de variadas e contundentes críticas, sobretudo de que os juízes querem de forma espúria e ilegítima tomar o lugar dos legisladores. Acusam o eventual surgimento de um Estado Judicial de Direito.

O ativismo judicial surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos da América (Raupp, 2010). Não obstante, a dificuldade conceitual de ativismo judicial associa-se à ideia de que possa ser conceituado como a transferência de assuntos que antes debatidos exclusivamente nos Poderes Executivo e Legislativo passam a ser decididos pelo Poder Judiciário.

À luz de conceituações, o ativismo judicial está associado à ideia de concretização de direitos constitucionais mediante uma atuação proativa do Poder Judiciário, nem sempre ilegítima, em face de eventuais e relevantes omissões dos demais poderes do Estado, invadindo, não raras vezes, o âmbito de atuação destes (Raupp, 2010).

... a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios¹⁴.

Todavia, a conceituação que me parece mais precisa é do jurista francês Antoine de Garapon para quem “o ativismo judicial começa

14 Barrosos, Luiz Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo*. In: FELLET, Andre Luís Fernandes; PAULA, Daíel Gioti de; NOVELINNO, Marcelo (Orgs). *As novas fases do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 225-270.

quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social, ou pelo contrário, de a travar” (Raupp, 2010).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional 132¹⁵ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277¹⁶ foram, respectivamente, propostas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. As ações pediam o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo com fundamento na omissão estatal na regulamentação da união estável homoafetiva, uma vez que a Constituição Federal, em seu § 3º, do artigo 226, reconhece uma ampla possibilidade de constituição de entidades familiares.

As duas ações buscam, desta forma, que se interprete o artigo 1723 do Código Civil brasileiro de acordo com o artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

O ponto fulcral das ações envolvia qual a correta interpretação a ser aplicada à norma civilista à luz do texto constitucional que, a despeito de não vedar, expressamente as uniões estáveis entre casais homossexuais, também não o reconhecia de forma expressa¹⁷.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal, de forma consensual e homogênea, afirmou ser a união estável entre pessoas do mesmo sexo um dos modelos familiares agasalhados pela Constituição Federal, portanto, merecedor de reconhecimento e de proteção a qualquer tipo de discriminação.

As críticas à decisão da Suprema Corte brasileira são inúmeras, notadamente de ter ultrapassados os limites de sua atuação institucional ao, por meio de uma decisão judicial, criar norma de atribuição exclusiva do Poder Legislativo, local adequado, segundo esses críticos, para a conveniente discussão política acerca do reconhecimento destes direitos.

Contudo, essas críticas são infundadas, a omissão do Poder Legislativo autoriza o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal,

15 Com fundamento no § 1º, do artigo 102 da CF/88.

16 Com fundamento na letra a, do inciso I, do artigo 102 da CF/88.

17 Raupp, Maurício Santos, obra citada, p. 162.

uma vez que determinados grupos de pessoas no contexto social não podem ficar desamparadas e desassistidas tão somente porque o Poder Legislativo não consegue enfrentar a questão por falta de diálogo e consenso sobre o direito deste grupo de pessoas.

Desta forma, podemos afirmar que esta decisão ativista do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132 e na ADI 4277, origina da redemocratização da própria sociedade brasileira, no advento da nova Constituição Federal de 1988, na doutrina do neoconstitucionalismo, no reconhecimento da aplicação de um estado de direito centrado nos direitos de forma responsiva, tudo com a finalidade de vencer omissões dos demais poderes do Estado e os arraigados preconceitos de uma sociedade ainda presa a idiossincrasias do seu passado colonial.

Referências:

BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo Revista Brasileira de Direito Constitucional*. N.º 07, Jan/Jun, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gioti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. *Diversidade sexual na Europa: Uma visão a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (Org.). *Direitos*

humanos: direitos de quem? Curitiba: Juruá, 2012.

_____, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p.272.

DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KONRAD, Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

RAUPP, Maurício Santos. *Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANCHIS, Luiz Prieto. *El Constitucionalismo de los Derechos; Teoría do Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.