



A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO PARADIGMA

THE NEED TO APPLY JUDICIAL ACTIVISM IN THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE HOMOAFECTIVE UNION AS A PARADIGM

MARTA LUIZA LESZCZYNSKI SALIB
Mestra em Direito
marta.salib@fcr.edu.br
Faculdade Católica de Rondônia

JULIANA DAROS CASSARO
Graduanda Direito
juliana.cassaro@sou.fcr.edu.br
Faculdade Católica de Rondônia

RESUMO: Com o advento da Constituição de 1988, o Brasil se tornou um país muito mais liberal e democrático, no entanto com as mudanças significativas muitas coisas passaram a ter uma ressignificação, o Princípio da Separação dos Poderes teve que olhar mais para a cooperação entre as esferas políticas para que a sociedade obtivesse uma resposta pautada no que é justo e digno. Assim, o Poder Judiciário passou a exercer o ativismo judicial para garantir os direitos fundamentais de um grupo minoritário, haja vista que diante do princípio da igualdade todos somos iguais perante a lei e, portanto, seus direitos devem ser garantidos como os demais. Desta forma, realizou-se uma análise crítica por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e pode se perceber que o ativismo judicial está presente na realidade brasileira. Diante disso, conclui-se que não se pode ver o ativismo como algo negativo, uma vez que as decisões ativistas praticadas pela Suprema Corte, como ocorreu com o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, visam garantir os direitos fundamentais diante das omissões legislativas, a fim de conservar um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Cooperação. União Homoafetiva.

ABSTRACT: With the advent of the 1988 Constitution, Brazil became a much more liberal and democratic country, however with the significant changes many things started to have a new meaning, the Principle of Separation of Powers had to look more at cooperation between the spheres policies for society to obtain an answer based on what is fair and worthy. Thus, the Judiciary began to exercise judicial activism to guarantee the fundamental rights of a minority group, given that under the principle of equality, we are all equal before the law and, therefore, their rights must be guaranteed like the others. Thus, a critical analysis was carried out through bibliographic and jurisprudential research, and it can be seen that judicial activism is present in the Brazilian reality. Therefore, it is concluded that activism cannot be seen as something negative, since the activist decisions practiced by the Supreme Court, as occurred with the recognition of the union between people of the same sex, aim to guarantee fundamental rights in the face of legislative omissions in order to preserve a Democratic Rule of Law.

KEY WORDS: Judicial Activism. Separation of Powers. Cooperation. Homo-affective union.

INTRODUÇÃO

No Brasil foram elaboradas sete Constituições, sendo uma delas no período monárquico e as demais no período republicano. No entanto, a Constituição de 1988 foi a mais liberal e democrática, passando a ser denominada de “Carta Cidadã”. Após um período conturbado da história brasileira, surge com a Carta Magna um país democrático e princípios constitucionais que garantiam os direitos aos cidadãos brasileiros.

Neste cenário, o Brasil lutou em diminuir as desigualdades existentes e ao mesmo tempo buscou garantir direitos fundamentais a todos. Desta forma, o Poder Judiciário se colocou a frente de diversos assuntos polêmicos que surgiram na sociedade se posicionando de forma ativista na solução desses assuntos, e foi a partir desse momento que muitos acreditavam que esse procedimento violaria o Princípio da Separação dos Poderes elencados por Montesquieu.

Esta postura ativista praticada pelo Poder Judiciário ocorreu devido as lacunas legislativas existentes nas leis infraconstitucionais, e desta forma o órgão ganhou mais visibilidade e credibilidade da população, haja vista que o acesso à justiça lhe garantiriam os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna, uma vez que não estavam sendo respeitados como deveriam.

Neste momento houve sérias discussões quanto as decisões ativistas praticadas pela Suprema Corte, uma vez que ao praticá-las, este Poder estaria adentrando na seara de competências originárias dos demais poderes, violando a separação dos poderes.

Dentro deste contexto, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar o ativismo judicial e em que grau o mesmo foi necessário para efetivar o direito fundamental de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, haja vista a omissão do poder público em regulamentar tal matéria no nosso ordenamento jurídico.

Para alcançar este objetivo, em um primeiro momento, será feito um estudo sobre a Teoria da separação dos poderes e sua aplicação atual. No segundo tópico, serão abordadas questões relacionadas ao ativismo judicial, diferenças, conceitos, história e diversidades quanto a abordagem deste fenômeno. Por fim, será realizada

uma análise quanto a decisão ativista aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao reconhecimento da união homoafetiva.

Assim, o presente trabalho traz um estudo a luz da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, em torno da coleta de dados na consulta de legislação, artigos publicados em sites jurídicos, julgados do Supremo Tribunal Federal e, principalmente, nos livros de autores que tratam a respeito do ativismo judicial.

1 - TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Teoria da separação dos poderes foi apresentada por diversos filósofos como Aristóteles, John Locke, Rousseau, mas foi a teoria apresentada e concretizada por Montesquieu que predominou nas diversas Constituições Brasileiras. Assim, a teoria foi concretizada de forma positiva na Constituição dos Estados Unidos de 1787. E, ainda, foi com a Revolução Francesa que o instituto se tornou um dogma constitucional a ponto do art. 16 da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 declarar que para ter uma Constituição a sociedade deve assegurar a separação dos poderes. (SILVA, 2016)

A separação dos poderes foi adotada de forma recatada pela Constituição imperial, em 1824, outorgado pelo imperador D. Pedro I, a carta adotou o modelo do francês Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1767-1830), em seu art. 10 mencionava que os poderes reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil eram quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial (NOGUEIRA, 2012), assim a teoria adotada foi quadripartite, bem diferente da teoria adotada por Montesquieu que era tripartite. A carta vigeu por 65 anos com uma única emenda (NOGUEIRA, 2012) e o poder moderador era a chave de toda a organização política e administrativa, encontrava-se sobreposto em relação aos demais poderes (GOUVÊA, 2019).

A Constituição Republicada de 1891, em linhas gerais, era vazada em 91 artigos e mais oito das disposições transitórias e, por isso, caracteriza-se como a mais concisa das seis Constituições da República (BALEEIRO, 2012). Segundo Baleeiro (2012, p.28) a Constituição vigeu por 40 anos, sendo que a única reforma ocorreu em 1926 vindo a dar mais vigor aos poderes do Chefe da Nação, no sentido oposto ao do

reformador. Neste momento o poder moderador foi extinto, visto que o Título I da carta regulavam os Três Poderes nacionais, segundo a clássica divisão de Montesquieu.

A Carta de 1824 e 1891 não incorporaram o núcleo cooperação, descrito por Montesquieu, nos dispositivos. A Constituição de 1934 proveio das revoluções de 30 e 32 (GOUVÊA, 2019). A primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores a transformassem em um projeto social democrático e, em seguida, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu (POLETTI, 2012). A segunda revolução (1932) pode ter tido causas econômicas não identificadas na época (reação política dos fazendeiros de café contra a ameaça de sua hegemonia pelas novas forças da economia situadas na cidade ou na indústria, ou motivos políticos sediados no regionalismo, a política do café com leite, desalojado do poder pela revolução vitoriosa). O movimento paulista foi cunhado de revolução constitucionalista e as multidões, que nas ruas carregavam entusiasmadas as suas bandeiras, não sabiam das discutíveis conclusões, fornecidas pelas análises históricas. (POLETTI, 2012).

A Carta de 1934, incorporou, pela primeira vez o elemento “cooperação” da teoria de Montesquieu em uma Constituição Brasileira, bem como inseriu na magna carta os órgãos da soberania nacional, os poderes legislativo, executivo e judiciário, independentes e coordenados entre si. Sua vigência durou apenas três anos e representou um progresso na direção do realismo constitucional (GOUVÊA, 2019).

A Constituição de 1988 é marcada pela presença do povo e a valorização da cidadania e da soberania popular¹. Para Tácito (2012, p. 192) a Carta Magna de 1988 buscou na Constituição portuguesa a figura da inconstitucionalidade por omissão, mediante ação direta de competência do Supremo Tribunal Federal. E, ainda, o princípio da legalidade é reafirmado nesta Constituição, como fundamento da ordem jurídica, sendo fonte de direitos e deveres e limite ao poder do Estado e à autonomia da vontade.

Por mais que a carta disponha sobre o instituto da cooperação no seu art. 4º e em outros dispositivos, este mesmo instituto não compreende no art. 2º que trata

¹ TÁCITO, Caio. Constituição de 1988. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, 192 p. — (Coleção Constituições brasileiras ; v. 7) p.47. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139952/Constituicoes_Brasileiras_v7_1988.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

sobre a divisão, nele está inserido apenas a independência e harmonia entre os três poderes.

O que se percebe é que diante de todas as constituições elaboradas no Brasil a divisão dos poderes é incorporada desde a Constituição de 1824 que tratou a respeito da separação de forma quatripartite, pois nesta forma constava o poder moderador e com o tempo passou a sofrer constantes alterações, uma vez que a Constituição de 1891 e as demais adotaram a teoria de Montesquieu, ou seja, tripartite, mas o instituto da cooperação mencionado por Montesquieu não foi introduzido no dispositivo que trata sobre a separação dos poderes. E ainda, o constituinte temendo preservar a democracia que assola o Brasil fez com que a teoria da separação dos poderes passasse a ser cláusula pétrea. A necessidade da tripartição ocorreu devido ao poder estar concentrada na mão de um governante apenas, visto que o Brasil vinha de um sistema monárquico e após a independência passou a adotar o regime presidencialista, pois a concentração na mão de um único indivíduo acarretaria em uma tirania e para evitar esse episódio os poderes foram divididos em órgãos independentes.

Para Montesquieu a divisão de poderes é necessária para que se tenha uma liberdade política que provem da convicção de que cada um tenha a sua segurança, para ter essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer o outro, isso porque se na mesma pessoa da magistratura o Poder Legislativo é reunido ao executivo não incidirá essa liberdade, uma vez que o mesmo governante seja ele um monarca ou o senado poderá elaborar leis tirânicas para serem executadas tiranicamente.

Caso um mesmo homem exercesse todos os poderes, tudo estaria perdido, um poder corromperia o outro. Montesquieu, na verdade, não queria que a concentração do poder ficasse na mão de um único governante e desta forma evitaria o abuso de poder.

O que não se observou na época foi que as legislações mesmo elaboradas de forma clara e completa pudessem apresentar ausências de determinados assuntos ou até mesmo conflitar com outras normas o que impediria ao Judiciário solucionar determinados litígios, quando isso começou a ocorrer os juízes foram obrigados a estender o seu alcance de forma ampla e intensa para solucionar certos conflitos pelo

bom funcionamento do Judiciário em um Estado democrático de Direito. Essa problemática acontece devido a novos fatos adentrarem no nosso ordenamento sem ter leis para serem solucionados, e nesse diapasão o judiciário a fim de dar assistência a população que lhe confia a justiça para solucionar os litígios acabam exercendo o poder de elaborar soluções para determinados casos, isso porque o poder legislativo fica inerte ou se omite ao elaborar leis que tratam do assunto em questão.

Com a Revolução Francesa imaginou-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, dessa maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o seu alcance e sem nunca se deparar com a sua ausência ou mesmo com conflito entre as normas. No entanto caso ocorresse essa excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o magistrado obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao Legislativo para a realização da “interpretação autorizada” (SARLET, 2018)

O Judiciário vem atendendo a demandas da sociedade que não puderam ou não quiseram ser cumpridas pelos Legislativo em searas de grande repercussão, como foi o caso das uniões homoafetivas, o projeto de lei a respeito deste assunto foi apresentado pela Deputada Federal Marta Suplicy em 1995, PL n. 1.151/95, no entanto o projeto encontra-se “adormecido” em alguma “gaveta” da Câmara dos Deputados (CHAVES, 2012).

Diante desses acontecimentos, a noção de separação não pode implicar, todavia, numa relação de independência absoluta entre os poderes, mas numa coordenação juridicamente vinculada (LIMA, 2007). Afinal de contas, os Poderes devem cooperar entre si para estabelecer o mínimo existencial para os individuais que buscam o judiciário a fim de terem seus casos resolvidos, a sua inercia devido à falta de elaboração de leis traz uma insegurança jurídica ou até mesmo uma desconfiança para quem busca amparo diante de um Estado democrático.

2 - ATIVISMO JUDICIAL

A doutrina diverge quanto aos termos ativismo judicial e judicialização política. O ativismo e a judicialização “são primos”, ou seja, embora sejam fenômenos próximos, são distintos um do outro, sendo que o primeiro expressa uma postura do intérprete, “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição,

potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. Já a judicialização deriva da vontade do constituinte, porquanto, “decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais (BARROSO, 2009)

Desta forma, a judicialização se concentra nos assuntos de larga repercussão e que são solucionados por juízes sob o prisma legal, em contrapartida quando se trata de ativismo judicial não há parâmetros na legislação que possa solucionar determinadas matérias e nesse diapasão o judiciário age como protagonista para solucionar o caso.

O ativismo judicial não se iniciou no Brasil, o ativismo que predomina no Brasil e em diversos outros países teve início a partir da jurisprudência norte americana, é preciso destacar que a existência de um judiciário mais ativo já remonta desde 1803 no caso de Marbury vs Madison quando o chefe de justiça Marshall invocou a Suprema Corte para realizar o controle de constitucionalidade em relação ao princípio da Supremacia da Constituição (DIAS, 2015).

Diante desse marco, a estrutura da separação das funções imaginada por Montesquieu foi completamente reformulada e o Judiciário adquiriu uma significativa importância (DIAS, 2015).

É notório que, mesmo após 33 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil existem ainda inúmeros direitos consagrados nela que se encontram ineficazes, haja vista a omissão do Poder Legislativo em criar normas regulamentando tais direitos e pelo Poder Executivo que ao escolher as diretrizes políticas acabou por não focar nos direitos que permanecem obscuros, desta forma ocorre uma crescente atuação do Poder Judiciário em nosso país. E é nesse contexto que ocorre o fenômeno do Ativismo Judicial, em que o judiciário age de modo proativo em busca da efetivação dos direitos do cidadão que ajuízam demandas para serem solucionados por este órgão.

Tal fenômeno, corresponde a “[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2009); em outras palavras, o Poder Judiciário atua com maior ingerência no espaço de atuação dos

demais poderes com o intuito de agir de modo proativo e expansivo na interpretação da Constituição, de modo que os magistrados, na solução de controvérsias julgam além do caso concreto e acabam criando novas construções constitucionais. Essa espécie de intromissão, no campo de atribuição de outros poderes, não é por pura vontade, mas sim pela necessidade de dar uma resposta a sociedade que procura o Judiciário para a solução de seus conflitos.

É preciso que haja um grande motivo para que um dos Poderes adentre na seara de competência dos demais e se torne protagonista atuando na concretização dos direitos fundamentais que necessita a sociedade. Em outras palavras, o judiciário só poderá intervir quando o Poder Legislativo deixou de regulamentar matéria que esteja deficiente.

Posto isto, o fenômeno do ativismo vem sendo utilizado quando não se consegue solucionar determinados casos, pois estes não estão amparados pelo texto normativo, e para não deixar o caso à deriva, sem uma decisão, o ativismo vem sendo utilizado, apenas, quando um motivo de suma importância precisa ser resolvido e os Poderes se omitem nessa matéria.

Atualmente, questiona-se se os magistrados em seus pronunciamentos podem ou não interpretar de forma expansiva a norma jurídica com o intuito de lutar pelo que é justo. Pois esses representantes do Judiciário podem suprir as omissões costumeiras do Legislativo e Executivo, principalmente no que se refere a implementação de políticas públicas que são indispensáveis a efetivação da democracia. Os cidadãos ao procurarem esses representantes acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do direito previamente estabelecido. No entanto, algumas matérias, que chegam ao Judiciário, não estão positivadas no nosso ordenamento jurídico ficando esse órgão de mãos atadas para solucionar esses impasses, por sua vez se continuarem omissos sem apreciar essas demandas a sociedade perderá a credibilidade nos serviços prestados por esse órgão e, para não deixar essa sociedade desamparada, o Judiciário age de modo proativo buscando interpretações que vão muito além do que o texto normativo estabelece.

Diante desse diapasão, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Saldanha mostra-se favorável ao fenômeno: “[...] sem uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal, dificilmente os homossexuais poderiam ter uma união

estável, por exemplo. Afinal, ao permitir isso, a corte entendeu que um princípio de difícil definição — a dignidade humana — prevalecia sobre uma regra concreta — o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição. O dispositivo estabelece que a união estável se dá entre homem e mulher”. (SALDANHA, 2018).

Muitos doutrinadores criticam que o Judiciário não possui legitimidade para decidir questões de caráter político, haja vista que os membros que integram esse órgão não são compostos por representantes eleitos pelo povo. Eles argumentam que são contrários a atuação expansiva do Judiciário, uma vez que o ativismo judicial viola a teoria da separação dos poderes.

Os Tribunais veem o ativismo como um compromisso para a defesa dos direitos fundamentais em um estado democrático. Neste sentido eles tentam amenizar a crise instalada entre as três esferas políticas minimizando as intensas violações decorrente desses órgãos, os quais ameaçam os direitos e as garantias fundamentais, sobretudo das minorias.

Os magistrados, por vezes, precisam assumir uma conduta mais ousada na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão”, avocando para si a competência institucional, a capacidade intelectual e a sensibilidade necessária na solução das atuais demandas judiciais (VITÓRIO, 2011).

No ativismo judicial a Constituição é adotada como uma peça primordial, buscando aprimorá-la por meio de interpretações das normas abstratas e de suas cláusulas vagas, intentando o ideal, o justo como forma de proteção dos direitos constitucionais.

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo (BARROSO, 2009). Doutrinariamente, existem controvérsias em relação ao fenômeno do ativismo judicial. Parte da doutrina entende que é necessário e outra que o classifica como prejudicial. O primeiro seria utilizado para assegurar os direitos fundamentais e

garantir a supremacia da Constituição. Já o segundo seria uma atividade prejudicial para o regime democrático.

Nesse sentido, existem duas espécies de ativismo, sendo um inovador, que é uma criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito; e o outro revelador, que consiste na criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa. (GOMES, 2009)

Assim, para se alcançar a igualdade social e garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, o Judiciário deve, necessariamente, possuir um papel ativo, tanto cobrando o Legislativo quanto corrigindo suas omissões e retardamentos. (MOREIRA, 2020)

O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (MELLO, 2009)

O Judiciário não pode se omitir de julgar, muito menos deixar de fundamentar uma decisão devido a ausência de leis, dessa forma é inevitável não empregar o ativismo nas decisões. Portanto, como forma de suprir omissões dos demais poderes e desde que esteja dentro dos limites constitucionais é necessário empregar o ativismo judicial para garantir os direitos expressos na Constituição.

Os juízes interpretam o direito no âmbito da sociedade e não fora dela e de repente o que antes se dizia incontestável, hoje é contestado, esse padrão de acordo e desacordo é temporário. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas. (DWORKIN, 2003)

Nesse diapasão, o que antes deixou de ser interpretado ou contestado para compor um determinada decisão, hoje esse mesmo assunto não tem respaldo somente no texto constitucional, fazendo com que os juízes na falta de medidas que garantam os direito do cidadão, bem como aliado a má gestão por parte do Executivo e do Legislativo, não resta outra alternativa ao judiciário em dar aplicabilidade, seja através da hermenêutica e do direito positivo, garantindo os direitos fundamentais que ampara a sociedade.

Em relação à questão principiológica, a partir do Neoconstitucionalismo, os princípios já não mais são vistos como regras gerais e abstratas, mas passaram a ser classificados como norma constitucional. Assim, a postura ativista nada mais seria que uma maneira de se concretizar, através da hermenêutica jurídica expansiva, o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito e atendendo à necessidade oriunda da lentidão ou omissão legislativa. (MOREIRA, 2020)

Os que defendem esse instituto argumentam que ao se utilizar o ativismo judicial estaria garantindo o direito das minorias, uma vez que os poderes Legislativos e Executivo não teriam interesse em debater assuntos polêmicos e divergente com receio de perderem seu eleitorado como no caso da União Homoafetiva, por exemplo.

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. E o segundo grande papel de uma Constituição é proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. (BARROSO, 2009)

A maioria da doutrina critica o ativismo, pois considera esse instituto prejudicial a própria democracia. É fato que a Constituição autoriza a atuação do Judiciário em razão da ausência de legislação, através do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Porém, com exceção desses casos restritos, os quais possuem o chamado efeito aditivo, o Judiciário não possui o condão de agir por simples déficit legislativo. (MOREIRA, 2020)

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta prática é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não

eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007)

Os juízes assumem que seu papel é o de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação e defendem que a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas se mostra como o mais importante meio de cumprir esse papel. Transformações sociais pedem mudanças constitucionais e os juízes ativistas assumem a condição de arquitetos sociais, sendo a interpretação criativa das constituições o instrumento legítimo desta atuação. (CAMPOS, 2014)

Ao mesmo tempo em que um juiz é independente em suas decisões, sendo este um dos atributos da democracia, deixar de fora o debate político e restringir a juízes, que não são eleitos pelo povo, a função de dizer o que é ou não direito seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes e à própria Constituição.

Assim, percebe-se uma dura crítica por parte da doutrina que não apoia este fenômeno do Ativismo judicial, isso porque o Judiciário não possui legitimidade para elaborar normas jurídicas, bem como os seus membros não são eleitos pelo povo e afrontaria a separação dos poderes, uma vez que o próprio texto constitucional estabelece em seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988)

Ora, o justo, o democrático, o correto é o poder judiciário se omitir de julgar um determinado caso por não ter parâmetros normativos para fundamentar a sua decisão? O justo é o cidadão esperar que o poder legislativo elabore uma lei para que o seu caso seja solucionado?

Ao contrário do que a maior parte da doutrina entende como prejudicial, o ativismo nesse momento é necessário para garantir os ensejos da população de forma mais eficiente, e nada mais justo que o poder judiciário garantir a proteção fundamental para que toda a população seja tratada de forma igual, e não apenas

privilegiar a maioria e esquecer que existe o grupo minoritário que tem direitos previamente estabelecidos como todos os demais.

2.1 O papel da Hermenêutica Constitucional no Ativismo Judicial

Por conta da vagueza, o texto constitucional dá espaço as mais variadas disputas e controvérsias, sobretudo no contexto de sociedades complexas. É cada vez mais frequente a invocação de normas constitucionais para resolução de controvérsias no âmbito do Poder Judiciário. Não apenas a Constituição é aplicada diretamente às relações sociais, mas também ela serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade e como diretriz para a interpretação das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento. Portanto, a Constituição tem que ser interpretada quando incide diretamente sobre a realidade social, regulando determinados fatos e comportamentos. (SOUZA NETO, 2016)

Com a evolução do sistema jurídico novas interpretações foram surgindo aprimorando a antiga hermenêutica que se baseava apenas no sentido literal das normas. É por meio de uma interpretação hermenêutica construtiva que os juízes discutem temas de grande relevância como é o caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo, haja vista a necessidade de se utilizar novas técnicas interpretativas para regular esses direitos, invocando em seus argumentos os princípios constitucionais, como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade.

Neste sentido, os magistrados aplicam o direito por meio da ponderação, primeiro eles analisam o caso e identificam os princípios correspondentes. As normas infraconstitucionais muitas vezes são restritas a determinados assuntos, dificultando para os juízes utilizar o dispositivo em outros casos semelhantes, assim buscam-se nos princípios constitucionais embasamento para solucionar os casos específicos.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para

revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2005)

Considerando as transformações da sociedade, bem como as modificações ocorridas ao longo dos anos, observa-se uma nova interpretação das normas jurídicas para salvaguardar direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, desde que dentro dos limites constitucionais. Compreende-se desta forma que os juízes utilizam de várias técnicas de interpretação para elaborar uma decisão ativista, todavia deve estar de acordo com os princípios constitucionais para que o ativismo judicial seja favorável, fortalecendo assim o texto constitucional quanto a tutela dos direitos fundamentais.

É notório elucidar que a hermenêutica constitucional contribuiu para o ativismo judicial, isso porque a interpretação do juiz não pode ficar apenas na literalidade da norma em todo e qualquer caso, os métodos usados pela hermenêutica clássica não estão sendo suficiente para solucionar os fatos sociais que estão aparecendo na sociedade, pois esse método é muito restrito, busca-se com o ativismo judicial a utilização de novos métodos hermenêuticos.

Neste contexto, a Suprema Corte se posicionou em reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo, haja vista que a Constituição não previa de maneira expressa em relação a esse tipo de entidade familiar, assim para se chegar a essa decisão o Supremo Tribunal Federal se utilizou de uma interpretação maior que o da própria Constituição para ampliar o conceito de família. Diante de casos complexos é dever do Judiciário a interpretação podendo assim gerar determinadas inovações, sendo isso uma consequência da adequação da Constituição a realidade social. Assim sendo é com a auxílio da hermenêutica constitucional que o Judiciário interpreta o texto maior para aplicá-lo ao caso concreto.

3 - CASO DE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL – RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Um dos casos mais emblemáticos e de grande polêmica ocorrido no ano de 2011 foi o reconhecimento da união estável homoafetiva, sendo este um exemplo do

ativismo judicial brasileiro, isso porque está matéria não tinha amparo na Constituição e muito menos estava previsto em Lei, não se pode negar que as relações homoafetivas são cada vez mais constantes na nossa sociedade e representa um fato social não amparado por uma tutela legal, assim sendo milhares de cidadãos ficam com o seu direito comprometido.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 132, ajuizada pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, decidiu pelo reconhecimento da união estável entre os casais do mesmo sexo.

Em decisão história e ativista, o STF foi favorável e esse tipo de união, conforme ementa do julgado abaixo (STF, 2011):

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO



SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. [...] A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

Não se pode negar que o preconceito ainda está presente entre os milhares de brasileiros, no entanto é certo que o homossexual é um cidadão como qualquer outro e, portanto, é um sujeito de direitos e obrigações como os demais, mesmo possuindo uma orientação sexual diferente da maioria.

Percebe-se que ambas as ações foram impetradas para garantir a tutela dos direitos dos grupos tradicionalmente desprezados, para que estes fossem reconhecidos como sendo uma entidade familiar. Como justificativa, utilizaram-se os preceitos fundamentais de igualdade e liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, em face da omissão legislativa sobre o tema (MOREIRA, 2020). Desta forma o STF equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais.

O objeto da ADPF 132/RJ era contestar o Decreto-Lei 220/1975, alegando que não reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo ia contra princípios constitucionais, tais como igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade (MOREIRA, 2020). O que se pedia ao STF era que o art. 1723 do Código Civil que tem sua forma bem restrita ao reconhecer como entidade familiar a união estável apenas entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, pudesse ser estendida e aplicada para os casais homoafetivos.

Para a Corte o não reconhecimento das uniões homoafetiva como uma entidade familiar dava ensejo a discriminação dessa classe e violava o princípio constitucional da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse momento a Corte Constitucional, considerando a sensibilidade do assunto e as controvérsias que poderiam acarretar, determinou prazo de 1 (um) ano suspendendo os efeitos dessa decisão para que o parlamento se manifestasse a respeito. Ainda segundo a Corte, caso o Parlamento, no prazo assinado, quedasse inerte, “justiça e equidade” exigiriam que a legislação ordinária passasse a ser interpretada de forma a garantir o casamento civil entre homossexuais (CAMPOS, 2014). Percebe-se que houve uma cooperação entre os poderes, ao passo que o judiciário decidiu a cerca de um assunto polêmico e de grande repercussão, deu margem ao parlamento que se manifestasse a respeito dentro dos limites constitucionais. Diante desse cenário a separação dos poderes não é violada, uma vez que os poderes acabam se unindo

harmonicamente para resolver as demandas conforme os fatos sociais novos vão surgindo. Para o parlamento esta foi a melhor escolha, isso porque “jogar” esta matéria para que o judiciário decidisse acabaria impedindo que o eleitorado ficasse contra os políticos, uma vez que são eles que representam o povo.

O Projeto de Lei Nº. 1151/95, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo, foi apresentado ao Congresso Nacional Brasileiro em 1995 pela então deputada Marta Suplicy (PT-SP). Na época, suscitou tamanha polêmica, provocando debates na mídia, manifestações de diversos segmentos sociais, articulações políticas de forças conservadoras para evitar a sua aprovação, que foi criada uma comissão especial para discuti-lo (UZIEL, 2006).

É interessante ressaltar que anos se passaram até que o Judiciário decidisse a respeito dessa matéria, como bem se sabe é melhor atribuir essa competência a um órgão constituído por membros que não são eleitos pelo povo do que deixar o Congresso decidir a respeito e não ter o apoio do eleitorado e principalmente da igreja, uma vez que ambos se revoltariam contra a classe política. Muitas vezes fazer vista grossa a assuntos polêmicos, deixando para que outro órgão possa resolver é uma forma de não provocar a ira do povo.

Nesse caso moral e politicamente hipercontroverso, os bloqueios político-deliberativos, maximizados pela difusão partidária do poder, ganham a forma de um impasse (deadlock) tão resistente que nem o mais articulado líder político consegue superar (CAMPOS, 2014).

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. [...] Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional [...] Em uma palavra:

ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Assim, pode-se comprovar que a decisão imposta pelo judiciário utilizando o ativismo não é prejudicial a um estado democrático de direito, isso porque os grupos vulneráveis também possuem direitos amparados na Constituição da mesma forma que os grupos majoritários e, o Poder Judiciário é único e não um órgão de classes, todos tem direito a proteção, a uma vida digna, a igualdade e a tutela de direitos, não se pode desprezar a classe das minorias pelo fato do seu direito não estar explícito na Carta Magna.

Nesse sentido, apesar da competência constitucional do Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade, sendo portanto completamente legal, os críticos mais ferrenhos do ativismo julgam tal possibilidade uma afronta direta à democracia e ao equilíbrio entre os poderes, pois sendo o Judiciário o único poder que não reflete a vontade popular, vez que seus representantes não são escolhidos mediante voto, os ideais populares não seriam corretamente estampados nas decisões dos juízes (MOREIRA, 2020).

São justamente as necessidades sociais atuais que exigem dos Poderes uma maior colaboração, sendo que a tensão e a harmonia entre estes servem, primordialmente, para coibir abusos e fazer valer as disposições constitucionais (MOREIRA, 2020).

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes* [...]. A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável

para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2016).

O Poder Judiciário passa a desempenhar outras atribuições que em cooperação aos outros poderes deixa de ser um órgão técnico e passa a analisar conjuntamente com os demais a parte política, a fim de garantir direitos fundamentais sem deixar de desenvolver suas funções típicas. Assim as decisões ativistas não são movimentos negativos e sim método encontrado para que o judiciário não seja cúmplice das omissões dos demais poderes e possa efetivar os direitos fundamentais que não estão amparados por norma legal devido morosidade do Congresso em elaborá-las.

A ascensão do ativismo judicial do Supremo tornou-se, sem dúvida, parte importante da vida política e social do Brasil contemporâneo (CAMPOS, 2014). As práticas ativistas tornaram-se uma necessidade institucional diante de diversas omissões praticadas pelo Poder Público. A corte não pode agir de modo passivo diante de tantos direitos que estão sendo ocultados por pura negligência política, isso porque os que deveriam representar o povo não estão exercendo suas atribuições de forma efetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da evolução temporal, as várias constituições que foram elaboradas no Brasil trouxeram significativas mudanças, desde a Constituição imperial de 1824 até a Carta Magna de 1988 e desta forma diversas transformações ocorreram no controle de constitucionalidade brasileiro, sendo que hoje esse controle é predominantemente judicial.

Assim como foi proposto inicialmente por Montesquieu, o Princípio da separação dos poderes se mostra totalmente ressignificado, mas não deixaram de ser independentes e harmônicos entre si como estabelece a Constituição de 1988. Não se pode negar que hoje uma outra nomenclatura pode ser estabelecida diante desses poderes como é o caso da cooperação. A separação ainda predomina atualmente, no entanto somente houve uma repaginação desses moldes agregando mais uma característica entre essas esferas. Para atender aos anseios de uma

sociedade moderna é necessária uma atuação conjunta entre os poderes com o principal objetivo de coibir os abusos e preservar as disposições constitucionais.

A postura ativista utilizada no Brasil, atualmente, pela Suprema Corte são, em sua maioria, a casos de lacunas e inconstitucionalidade de normas, essas inovações nas decisões da Corte se faz necessário para garantir a tutela de direitos de uma classe menos privilegiada e assim suprir injustiças.

Ocorre que muitos posicionamentos são contrários a essa postura, uma vez que o judiciário ao exercer o ativismo judicial estaria adentrando na seara de competência do legislativo e do executivo, no entanto o judiciário não pode se omitir em julgar, isso porque estaria sendo cúmplice com os demais poderes para solução de diversos casos que abarrotam o sistema judiciário em busca do que é justo e digno.

Assim, no caso apresentado neste trabalho, com base na decisão ativista acerca do reconhecimento da união homoafetiva, pode-se perceber que uma classe menos privilegiada buscava na justiça o direito de se igualar a uma união estável convencional, para assim poderem constituir uma entidade familiar. Em um país em que todos nós somos iguais perante a lei, o Judiciário se prontificou a resolver a questão julgando ADPF 132 e ADI 4277, mostrando-se a favor do reconhecimento, isso porque o Legislativo se omitiu devido a fortes pressões da bancada religiosa que até hoje discorda dessa união.

Nesse sentido, a Suprema Corte se deparou com um caso em que a solução não estava exposta em uma norma e através do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade e dando uma interpretação conforme a Constituição, conferiu a essa classe o reconhecimento de uma união entre pessoas do mesmo sexo, essa postura não nos remete a uma usurpação de funções entre os Poderes, mas sim busca a efetividade dos direitos e das garantias fundamentais, não se desvencilhando de suas atribuições originárias.

Assim como diversos campo da ciência que buscam transformações para acompanhar a evolução social o direito também se transforma, e nada mais justo do que nessa mudança fazer justiça pelos direitos assegurados ao cidadão desde que visem a defesa dos princípios constitucionais basilares e o viés democrático.



REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALEEIRO, Aliomar. **Constituição de 1891**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 103 p. (Coleção Constituições brasileiras ; v. 2) Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf. Acesso em: 20 de out. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 de dez. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 28 de nov. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHAVES, Marianna. **O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial**. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº2, p. 739-757.

DIAS, Rafael Vitor Macedo. **Os limites da jurisdição constitucional e o fenômeno do ativismo judicial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4439, 27 ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41466>. Acesso em: 5 jan. 2021

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/36445096/DWORKIN_Ronald_O_imp%C3%A9rio_do_direito. Acesso em: 01 jan. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 15 de dez. 2020.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **A teoria da separação dos poderes em 30 anos da Constituição democrática brasileira: o esquecido papel da cooperação para contemplar o todo perfeito do desenho institucional**. In: BARROSO FILHO, José. (Coord). 30 anos da Constituição do Brasil de 1988: nosso projeto de futuro. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3329942. Acesso em: 10 de out. 2020.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **A separação de poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu.** Revista Virtual da AGU, Brasília, ano VI, n. 12, abr. 2007. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/390>. Acesso em: 15 out. 2020.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em 29/04/2009, por ocasião do transcurso do primeiro ano de mandato do senhor Ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>. Acesso em: 27 de dez. 2020.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, 9ª edição. Editora Saraiva, 2007. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105232>> Acesso em: 10 out. 2020.

MOREIRA, Raquel Caetano. **A arbitrariedade do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade: o ativismo judicial, a transcendência dos motivos determinantes da decisão e a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade – uma nova separação dos poderes?** Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC – Goiás. Ano 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/627>>. Acesso em: 05 de Dez. 2020.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituição de 1824.** 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Temáticas, 2012. 105 p. — (Coleção Constituições brasileiras ; v. 1). Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasil_eiras_v1_1824.pdf. Acesso em: 20 de out. 2020.

POLETTI, Ronaldo. **Constituição de 1934.** 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 162 p. — (Coleção Constituições brasileiras; v. 3). Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf. Acesso em: 20 de out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 39. ed., rev. e atual./ até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. 936 p.

TÁCITO, Caio. **Constituição de 1988.** 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 192 p. — (Coleção Constituições brasileiras; v. 7). Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139952/Constituicoes_Brasileiras_v7_1988.pdf. Acesso em: 20 de out. 2020.

ÚNICA SAÍDA: **Ativismo Judicial é necessário para efetivar direitos de minorias, diz Antonio Saldanha**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/ativismo-judicial-ajuda-efetivar-direitos-minorias-ministro>>. Acesso em: 06 de jan. 2021.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte, 2011. 255f.: ll. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf. Acesso em: 7 de jan. 2021.