

O Reconhecimento Jurídico da União Homoafetiva por meio da ADI 4277: Análise sob a ótica do ativismo judicial

Natália Nardelli Emmerich
Mestranda em Direito pelo Centro Universitário
Salesiano de São Paulo, Unisal-Lorena

Grupo temático: Estado Constitucional e Teoria da Constituição

Resumo: Nas últimas décadas, dadas as transformações democráticas pós Constituição de 1988, o Poder Judiciário vem passando por grande transformação, protagonizando papel ativo na organização do Estado brasileiro. Por tal razão, muito se discute acerca dos limites de sua atuação e da possível ocorrência do fenômeno do ativismo judicial. A presente pesquisa funda-se em breve análise do ativismo judicial no Brasil, a forma como se desenvolve no ordenamento jurídico e, a título de ilustração, é realizado o estudo do reconhecimento jurídico da união homoafetiva, que se deu em 05 de maio de 2011 por meio da ADI 4277. Para tanto, apresenta-se breve relato das ações judiciais que originaram o referido reconhecimento jurídico, bem como a exposição de argumentação em ambos os sentidos.

Palavras-chave: União homoafetiva; Jurisdição Constitucional; Ativismo Judicial.

Abstract: In recent decades, given the post Constitution democratic changes of 1988, the judiciary has been undergoing major transformation, carrying out active role in the organization of the Brazilian state. For this reason, there is much discussion about the limits of its action and the possible occurrence of the phenomenon of judicial activism. This research is based on brief analysis of judicial activism in Brazil, how it develops in the legal system and. By way of illustration, is conducted the study of the legal recognition of homoafetiva marriage, which took place on May 5, 2011 by ADI 4277. To this end, we present brief account of the lawsuits that led to that legal recognition as well as the arguments of exposure in both directions.

Keywords: Gay Union; Constitutional Jurisdiction; Judicial Activism.

Introdução

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o papel institucional do Poder Judiciário vem tomando novos moldes, destacando-se a expansão da jurisdição constitucional e a nova hermenêutica constitucional. Recentes decisões da Suprema Corte vêm acirrando o debate acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário, principalmente quando da inércia do Poder Legislativo.

Por vezes, a jurisdição constitucional, justificada por sua função de defesa da Constituição, desenvolve caráter ativista no ordenamento jurídico brasileiro, o que poderia colocar em risco os fundamentos da tripartição dos poderes, além de princípios basilares do Direito Processual Civil, como o devido processo legal e a segurança jurídica.

Assim, por meio de pesquisa teórica, pretendeu-se situar o instituto do ativismo judicial e sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, além de apresentação de estudo de caso, oferecendo análise de dois pontos de vista opostos acerca do tema.

O caso apresentado é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178 proposta em 02/07/2009 pela Procuradoria Geral da República com o intuito de regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo.¹ Após emenda à inicial, a referida ADPF foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade em 21/07/2009, reautuada sob o nº ADI 4277 e julgada em 05 de maio de 2011 (BRASIL, 2015b). Nesta oportunidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela interpretação do art. 1723 do Código Civil conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”. Tal decisão não foi recebida de forma tranquila no meio jurídico, levando à forte discussão acerca da existência de ativismo judicial por parte do STF, o que poderia afrontar o princípio da separação dos poderes e a legitimidade democrática.

1 Problematizações acerca do ativismo judicial

Nos últimos anos, o Poder Judiciário, em especial o STF, tem se destacado no cenário institucional brasileiro. Questões de grande repercussão no cenário político foram decididas pela Suprema Corte, gerando forte debate quanto aos limites de atuação do Judiciário. A título de exemplificação pode-se destacar a declaração de constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias², vedação ao nepotismo aos três poderes³, dentre outros.

No Brasil, a ordem constitucional caracteriza-se pelo cunho marcadamente compromissário, conferindo à dignidade da pessoa humana *status* de fundamento de nosso Estado democrático.⁴ Luís Roberto Barroso (Apud RAMOS, 2013, p. 35) defende que a Dogmática Constitucional se assenta num póspositivismo, “no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.

Tais decisões, por vezes, adentram a esfera administrativa, forçando a realocação de verbas destinadas a programas de serviços públicos. Assim, relevante é o debate acerca da função exercida pelo Poder Judiciário e por cada Poder Estatal e, conseqüentemente, seus limites e medidas de controle exercidas um sobre o outro. Jürgen Habermas (2003, p. 298) aduz que “a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição

¹ Há que se ressaltar que a ADPF 132 foi proposta pelo ERJ anteriormente à ADPF 178 e a ela foi apensada. Foi decidido que seu julgamento seria feito em conjunto com a ADI 4277, por haver a ação direta caráter mais amplo que a ADPF, além de conter os mesmos pedidos.

² ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Brito.

³ ADC 12, Rel. Min. Carlos Brito.

⁴ Ingo Salet afirma que “a nossa Constituição pode ser considerada como sendo uma Constituição da pessoa humana, por excelência, ainda que não raras vezes este dado venha ser virtualmente desconsiderado” (SARLET, 2012, p. 92)

de competência entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes”.

A responsabilidade do aplicador do direito é tamanha o bastante para criar o que se chama de judicialização da vida no Brasil, haja vista que o Poder Judiciário por vezes é apontado como a solução para todos os conflitos da sociedade, transformando-se num *muro das lamentações do mundo moderno* (BURGOS; SALLES; VIANNA, 2007, p. 40). Há que se diferenciar, contudo, a judicialização da política do ativismo judicial, o qual pode ser considerado a atuação proativa do Judiciário, com base numa interpretação expansiva da Constituição, que por vezes estende o seu sentido e alcance. É o que ocorre nos casos de suposta omissão do Poder Legislativo, levando o Judiciário a garantir a concretização dos valores e fins constitucionais, podendo interferir no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Barroso (2008, s.p.) defende que a postura ativista pode manifestar-se por meio de diversas condutas, dentre elas:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Após longo período ditatorial no Brasil, a Constituição de 1988 marcou a redemocratização do país. Após duas décadas de regime militar, a elaboração da nova Carta vem carregada de forte pressão democrática, o que leva a exclusão de elementos autoritários, além de garantir as instituições do liberalismo político, os direitos civis da cidadania, além de direitos e liberdade individuais. É o que nos ensinam Marcelo Burgo, Paula Salles e Luiz Verneck Vianna (2007, p. 42), quando afirmam que:

[...] a Carta de 1988, expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente. Por outro lado, não só conservou como ampliou consideravelmente a presença da representação funcional, recriando o Ministério Público [...], consagrou o instituto das Ações Cíveis Públicas e o tema do acesso à Justiça [...]

Afirma Daniel Sarmiento (2010, p. 181) que o texto excessivamente detalhista da Constituição de 88 é resultado da pressão que o povo sofrera, combinado com a imaturidade política dos constituintes. Ademais, aduz que a necessidade de garantia expressa de inúmeros direitos na atual Constituição decorre do sentimento de insegurança deixado pelo período ditatorial:

As forças políticas presentes na Assembleia Constituinte desejavam assegurar, já naquele momento, os seus interesses e bandeiras. Calejadas por sucessivas decepções, elas não confiavam no legislador futuro, nem tampouco em como as cortes judiciais poderiam interpretar, mais à frente, afirmações principiológicas vagas que o constituinte viesse a estabelecer. Queriam, portanto, ver estampado no texto, da forma mais clara e minuciosa possível, a garantia do direito ou interesse por lutavam.

O Constituinte fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, atribuindo a missão de guarda da Carta Constitucional e conferindo garantias aos Magistrados. Luís Roberto Barroso leciona que “o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais” (2008, s.p.).

Considerando o regime autoritário que se encerrara, com a promulgação da Constituição de 1988, pretendeu-se garantir diversas matérias, em grande parte de cunho social, que normalmente ficariam a cargo do legislador. Para Venice Regina Lirio do Valle, “temas que sequer mereciam tratamento legislativo hoje se encontram consagrados no texto constitucional, abrindo espaço para a judicialização em sentido amplo e para exercício da jurisdição constitucional” (2012, p. 32).

Note-se, pois, que a própria Constituição estabeleceu um ordenamento em que torna o “acesso à justiça” uma política pública de primeira grandeza. Trata-se da invasão do direito sobre o social (BURGOS; SALLES; VIANNA, 2007, p. 41), num processo de substituição do Estado, enquanto administração pública, pelo Judiciário, com o fim de tutelar os interesses da criança e do adolescente, do idoso e dos portadores de deficiência física. Transforma-se, portanto, o juiz num protagonista direto da questão social.

Outro fator determinante para o fomento do ativismo judicial no Brasil é o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A competência jurisdicional pátria é exercida por todos os juízes e tribunais, compreendendo tanto a aplicação direta de suas normas, como a atividade de controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em geral. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é derivado da matriz americana e europeia, as quais, unidas, contribuem para admissão de numerosas ações diretas e, conseqüente judicialização da política no país. É o que leciona Luís Roberto Barroso:

[...] o modelo de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. [...] Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho constitucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via judicial adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. (2008, p. 8-9)

Nesse sentido, o próprio sistema constitucional favorece a prática ativista, na medida em que autoriza a provocação do Judiciário em se manifestar acerca de matérias diversas, já que se trata de exercício de sua competência. É neste ponto que se situa o cerne da questão, já que, nas lições de Barroso (2008, p. 9), “o modo como venha a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”.

Numa linha procedimental, reducionista da teoria do controle de constitucionalidade, há quem defenda que para o equilíbrio entre o constitucionalismo e a democracia, deve ser observada a distribuição adequada das atribuições entre os Poderes da República. Neste ponto, situam-se o Legislativo e o Judiciário, “cabendo àquele, pela força de seu poder representativo da maioria, identificar, sopesar e acomodar os valores fundamentais da comunidade e ao Judiciário, a missão de garantir o funcionamento do processo político [...]” (SAMPAIO, 2002, p. 73). John Hart Ely entende que “melhor do que ditar resultados substantivos, [o juiz] intervém somente quando o “mercado”, no nosso caso o mercado político, estiver sistematicamente funcionando mal” (*apud* SAMPAIO, 2002, p.74).

Nesse diapasão, diante de suposta inércia do Poder Legislativo, o judiciário vem decidindo acerca de questões que deveriam ter sido objeto de processo legislativo, é caso da greve no serviço público e da interrupção da gestação de feto anencéfalo. O Supremo, sob a justificativa de suprir supostas omissões legislativas, acaba por inovar o Direito, prolatando decisões de caráter normativo geral.⁵ Tal postura do Tribunal pode ser demonstrada por meio do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF (BRASIL, 2015c):

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais asseguradas pelo texto constitucional. (Apud VALLE, 2012, p. 38)

Esta atuação proativa do STF demonstra clara crise de representatividade do Legislativo, o que é extremamente preocupante, na medida em que a atuação do Congresso investido de credibilidade é fundamental ao equilíbrio de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo. Entretanto, exercem a função de invalidação de atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo, estes

⁵ Para Barroso, o Judiciário está atendendo demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento, exibindo dificuldades enfrentadas pelo Legislativo, o que leva, dentre outras razões, a justificar extrema necessidade da reforma política no Brasil. (BARROSO, 2008, s.p.)

sim, devidamente escolhidos pelos cidadãos nacionais. Para Barroso, trata-se da dificuldade contramajoritária:

A possibilidade de um órgão não eletivo como Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. (2008, s.p.)

Ressalte-se, contudo, que tal possibilidade é fundamentada pela própria Constituição (BRASIL, 2015a), que, em seu art. 93, I, determina que a investidura na carreira da Magistratura será por meio de concurso público e, em seus art. 102 e 104, estabelece a competência do STF e STJ, incluindo a revisão e invalidação de atos do poder Executivo e Legislativo. Em contrapartida, os magistrados, em suas decisões, aplicam a Constituição e as leis, dando concretude à vontade política tomada pelo constituinte e pelo legislador, devidamente eleitos pelo povo. É a lógica da separação dos poderes, que para Barroso (2008, s.p), “deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que os juízes e tribunais não realizam uma atividade puramente mecânica”.

Para Jürgen Habermas, o controle de constitucionalidade constitui atribuição legítima do Legislativo e que a realização desta função pelo Judiciário embora necessária, deve ser excepcional. Para ele os Tribunais controlam atuação legiferante, mas o contrário não ocorre:

O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato, é função indiscutível do legislador. [...] A transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica fundamentação complexa. [...] Pouco importa o modo como nos posicionamos em relação à questão da institucionalização adequada dessa interpretação da constituição, que diz respeito diretamente à atividade do legislativo: a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente. (2003, p. 301-302)

Além disso, o autor sugere a criação de instrumentos de autocontrole de constitucionalidade dentro do próprio processo legislativo, quando afirma que “é sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, organizado em forma de tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juízes especializados”. (HABERMAS, 2003, p. 300)

Segundo Antonio Bigonha e Luiz Moreira (2009, p. 7-8), vivemos em uma fase que conduz a desafios, dentre eles o de restabelecer no Brasil uma separação dos Poderes e propõe medida já adotada em alguns países como Polônia, Canadá e Romênia:

Transformando o Senado Federal em Câmara Revisora, a ele caberia estabelecer o controle sobre a Jurisdição Constitucional, pois do mesmo modo que o Parlamento tem a prerrogativa de derrubar veto do Presidente da República, o Senado realizaria a revisão parlamentar sobre o controle de constitucionalidade. Essa revisão parlamentar

sobre o controle de constitucionalidade devolveria ao ordenamento jurídico legitimidade, tornando possível a relação entre Direito e Política.

Venice do Valle defende que o ativismo jurisdicional⁶ privilegia a Corte como parte de uma complexa equação de poder em detrimento do perfil ideológico e técnico jurídico da Constituição:

O Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes. (2012, p. 40)

Já William Marshall traz uma abordagem diferenciada no contexto norte-americano, lançando mão do conceito de ativismo jurisdicional como “recusa de os Tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes” (Apud VALLE, 2012, p. 39).

Em contrapartida, Barroso (2011, p. 15) aduz que “o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro [é]: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático”. E, para tanto, defende que eventual atuação contramajoritária do Poder Judiciário, se com o fim de proteger os elementos essenciais da Constituição, não se dará contra a democracia, mas em seu favor (2011, p. 16).

Nesse sentido, afirma H. Hesse que as decisões mais amplas do Tribunal Constitucional não constituem necessariamente uma ameaça à lógica da separação dos poderes, já que a configuração criativa seria inerente à atividade interpretativa:

Certamente as decisões da jurisdição constitucional contêm um momento de configuração criativa. Porém toda interpretação revela um caráter criativo. Ela continua sendo interpretação, mesmo quando serve para a resposta de questões do direito constitucional e quando ela tem como objeto normas da dimensão e da abertura das normas do direito constitucional. A concretização de tais normas pode reservar dificuldades maiores do que as das prescrições mais detalhadas; todavia, isso não muda o fato de que, em ambos os casos, se trata de processos estruturalmente análogos. (apud HABERMAS, 2003, p. 303-304)

Dessa forma, imprescindível se torna o equilíbrio entre a ousadia e a criatividade do Poder Judiciário, imprescindível à tarefa de concretização da Constituição, respeitando, contudo, os limites estabelecidos pela interpretação de seu próprio texto.

⁶ A autora utiliza o termo “ativismo jurisdicional” como conceito que tangencia aquele mais amplo de judicialização da política.

2 Estudo de Caso: Reconhecimento jurídico da união homoafetiva por meio da ADI 4277

Conforme mencionado anteriormente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178 foi proposta em 02/07/2009 pela Procuradoria Geral da República com o intuito de regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo. A inicial foi emendada e a ação foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade em 21/07/2009 e reatuada sob o nº ADI 4277.

A referida ADI foi apensada à ADPF 132, ajuizada anteriormente pelo Estado do Rio de Janeiro, determinando o julgamento (BRASIL, 2015b) em conjunto, já que possuíam os mesmos pedidos, além de a ação direta ter caráter mais amplo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁷

2.1 Síntese dos pedidos formulados na Inicial

A Procuradoria-Geral da República, na peça inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178 (BRASIL, 2015b), formulou dois pedidos principais:

- a) Declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e
- b) Declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Com a Emenda à Inicial e ulterior recebimento da ação como Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo analisou o pedido subsidiário, qual seja:

- c) (...) De que se admita a presente arguição como Ação Direta de Inconstitucionalidade, objetivando a interpretação conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil, para que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

Os argumentos apresentados situam-se no fato de que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo na ordem jurídica brasileira independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Observe:

- d) A tese sustentada nesta ação é a de que se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV),

⁷ ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.

da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher.

Sustenta, ainda, a PGR que a efetivação dos direitos fundamentais não pode ficar à mercê da inércia legislativa, principalmente no que tange direitos de minorias estigmatizadas pelo preconceito. Constituiria, nesse sentido, “umas das funções básicas do constitucionalismo a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das majorias”.

Em 05 de maio de 2011, foi proferida decisão, por unanimidade, onde se julgou, preliminarmente, pelo conhecimento da ADPF 132-RJ⁸ como ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, pela procedência das duas ações, quais sejam a ADI 4277 e ADPF 132, estabelecendo o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva:

(...) julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que **dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”** (grifo nosso)

Para tanto, há que se ressaltar alguns elementos justificadores da decisão, conforme se verifica no voto do Ministro Relator Ayres Britto, como se verá adiante.

O ponto principal situou-se no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual constitui objetivo fundamental “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Trata-se da vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso.

Assim, Ayres Britto afirma que “o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”, não se permitindo ao Estado o tratamento desigualitário sem causa, sob pena de colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos.

No que tange a liberdade sexual, sustenta a teoria kelseniana da norma geral negativa, que estaria positivada no inciso II do art. 5º, consagrando o “direito de não ter dever”. Observe:

[...] é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houver por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da antissônante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

⁸ 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. Julgamento em conjunto.

alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagrador do que se poderia chamar de direito de não ter dever).

Britto, lança mão, ainda, da citação de Jung, quando aduz que “a homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Assim, a liberdade sexual seria um autêntico bem de personalidade, algo já transposto ou capitulado para inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo e que não poderia ser infringido, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e liberdade, essenciais ao desenvolvimento de uma sociedade fraterna e sem preconceitos.

Ademais, afirma que a liberdade se concretiza sob a forma de direito à intimidade e direito à privacidade, amparados pela norma contida no inciso X do art 5º e, portanto, o direito à liberdade sexual constitui direito fundamental. Nesse sentido, com o *status* de direito fundamental, a liberdade sexual resta protegida pela regra da autoaplicabilidade das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, consoante o §1º do art. 5º, *in verbis* “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Neste ponto, há que se ressaltar a divergência entre os Ministros, haja vista que Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar, embora não a enquadrem nas espécies de família já estabelecidas pela Constituição. Desta feita, reconhecem a autoaplicabilidade da matéria, abrindo-a, contudo, à conformação legislativa, consoante item “5” da EMENTA, *in verbis*:

[...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

Ayres Britto entende que caberia também a proteção conferida às cláusulas pétreas, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição, na medida em que, sob os fundamentos ora expostos, a matéria estaria inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, evidencia a parte essencial à elucidação do mérito, qual seja o *caput* do art 226, que trata da instituição da família⁹. De acordo com o ministro relator do acórdão em tela, o termo “família” que foi contemplado com a cláusula de especial proteção estatal refere-se ao significado coloquial de núcleo doméstico, “pouco importando de formal ou informalmente

⁹ Art. 226. Da CF: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas”. Para tanto, aduz que a interpretação do conceito de família não pode ser reducionista:

Assim interpretando de forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.

Assim, a efetiva isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos só se concretiza, se lhes garantem igual direito à formação de uma família, razão pela qual o Supremo decidiu pela interpretação do art. 1.723 do Código Civil, conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”.

2.2 ADPF 178 e ADI 4722 enquanto caso típico de ativismo judicial

Não obstante à decisão proferida pelo Supremo conforme já mencionado, a doutrina não a recebeu de maneira pacífica. Para tanto, alega-se postura ativista do Tribunal Constitucional, o qual, sob o fundamento da aplicação direta de princípios e fundamentos constitucionais, estaria ultrapassando os limites de sua atuação, usurpando a função do poder constituinte derivado.

A esse respeito, vale mencionar a lição de Habermas quanto à interpretação das normas de princípio e consequente interpretação construtiva do caso concreto, que poderia elevar o *status* da Justiça e consequentemente ameaçar desequilibrar a estrutura de normas do Estado:

As normas de princípio, que ora perpassam a ordem jurídica, exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras. Nos domínios da ação não-formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos. (2003, p. 305-306.)

Parte das discussões situa-no fato de considerar se a expressão “união estável entre homem e mulher como entidade familiar”, expresso no parágrafo 3º do art. 226 da CF (BRASIL, 2015a), teria natureza exemplificativa ou taxativa, de forma a verificar a abrangência, ou não, de uniões homoafetivas, ou seja, entre os parceiros de mesmo gênero (MORAES; TEIXEIRA, 2014, p. 2119). Sustenta-se que “qualquer outro tipo de entidade

familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei” (FERRAZ apud MORAES; TEIXEIRA, 2014, p. 2119).

Entretanto, o acórdão proferido fundamenta-se por constituir sentença construtiva, realizando operação de integração analógica ou de interpretação extensiva, admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro. José Adércio Sampaio ensina que, nesta espécie de decisão de controle de constitucionalidade, emite-se uma decisão que “alarga o âmbito de incidência de uma certa disposição de norma, de modo a alcançar situações não previstas originariamente” (2002, p. 213). Tal operação deve ser feita com cautela, de forma a não modificar seus fundamentos.

Por tal razão, a própria Constituição impõe limites para interpretação e modificação de suas normas, por meio de instrumentos capazes de atrasar a máquina do governo, como o veto presidencial de leis, o procedimento de modificação da Constituição por Emendas e o sistema bicameralista (ELSTER, 2009, p. 27). Nesse sentido, John Finn afirma que “as constituições são correntes com a qual os homens se amarram nos seus momentos sãos, evitando que eles venham a morrer em seus momentos de desvario suicida” (FINN apud ELSTER, 2009, p. 27).

Lênio Streck, Vicente Barreto e Rafael Oliveira (2009), por sua vez, em artigo publicado sob o título “Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte”¹⁰, fazem uma analogia entre a obra “Odisseia” de Homero com a Constituição. Faz-se um paralelo entre as tentações que Ulisses sofreria pela sereias e que o levou a pedir para ser amarrado durante sua jornada para não ceder aos cantos daqueles seres míticos; e a Constituição, que foi elaborada pelo Poder Constituinte Originário, o qual criou meios rígidos para modificação de seu texto originário, de forma a proteger seus pré-compromissos diante das futuras tentações de sua modificação por meios lesivos ao equilíbrio democrático.¹¹ Os autores apresentam a regulamentação de uniões homoafetivas via jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como um “terceiro turno” no processo constituinte e, para tanto, destacam dois pontos teóricos:

- a) Explicitamente, porque há uma tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da valoração, na medida em que se pretende criar uma “abertura de espaços jurídicos” para a criação e algo que depende da regulamentação poder legislativo.
- b) Implicitamente, porque a argumentação da Procuradoria Geral da República leva à respristinção da ideia superada de que poderia haver normas constitucionais inconstitucionais, na medida em que o próprio §3º do art. 226 da Constituição Federal seria inconstitucional (sic!) ao declarar que a proteção do Estado se destina à união

¹⁰ Fundamentos extraídos do artigo “Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte” elaborado por Lênio Streck, Vicente Barreto e Rafael de Oliveira antes que a decisão final da ADI 4277 fosse proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Tal analogia foi empregada inicialmente por Jon Elster (apud SARMENTO, 2010, p. 183) e pretende demonstrar a relevância do respeito aos precompromissos constitucionais, de forma a preservar o destino coletivo do povo que os estabeleceu.

entre o homem e a mulher, contrariando assim princípios sensíveis da Constituição, como é o caso da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana (BARRETO; OLIVEIRA; STRECK; 2009, p. 77).

Assim, a necessidade de se recorrer a “bons ativismos judiciais” para resolver questões que deveriam ser levadas aos meios políticos de decisão seria algo extremamente preocupante, pois impede a tomada de decisões pela via democrática. Além disso, “delegar tais questões ao judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia” (STRECK, 2009 apud BARRETO; OLIVEIRA; STRECK; 2009, p. 78). Transforma-se, pois, o Supremo em órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição (BARRETO; OLIVEIRA; STRECK; 2009, p. 79).

Ademais, os referidos autores ressaltam que a utilização da ADPF ou ADI para sanar “omissão do legislador” não merece prosperar, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro já dispõe de remédio constitucional para casos de efetiva omissão: o mandado de injunção, previsto no inciso LXXI do art. 5º CF (BARRETO; OLIVEIRA; STRECK; 2009, p. 80). Mas, ainda assim, não seria o instrumento a ser aplicado no caso em tela, pelo que a alteração pretendida pela ADPF 178 atingiria não somente o art. 1273 do Código Civil, mas o próprio texto constitucional, na medida em que alteraria formalmente o texto do §3º do art.226, pelo que vale a sua transcrição:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º - **Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (grifo nosso)

Defende-se, portanto, que não há omissão do constituinte, mas ao contrário, o texto estabelece, expressamente, o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher, não sendo possível que, “nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões legiferantes”:

[...] o que a lei deve facilitar é a conversão em casamento dessa relação entre homem e mulher...! É por isso que um Estado Democrático de Direito, mesmo que desejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo legislador! [...] E, definitivamente, o direito não é – e não pode ser – aquilo que o Judiciário diz que é (BARRETO; OLIVEIRA; STRECK; 2009, p. 81).

Nesse sentido, conferir interpretação que altere o conteúdo expresso na Constituição, seria o mesmo que declarar a inconstitucionalidade do texto constitucional. Enquanto não for Emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária, as questões atinentes à união homoafetiva deveriam ser solucionadas no âmbito do direito das obrigações, não possibilitando sua regulamentação por meio do direito sucessório ou de família, haja vista que o Judiciário não pode transformar-se em legislador.

Interessante mencionar que Lênio Streck, Vicente Barreto e Rafael de Oliveira afirmam ser absolutamente a favor da regulamentação da união homoafetiva, desde que efetuada pela via correta, por meio do processo legislativo previsto pela Constituição Federal. Caso contrário, estar-se-ia diante de um caso de explícito ativismo judicial, o que afronta as regras estabelecidas para a reforma do texto constitucional:

Os précompromissos constitucionais só podem ser liberados por aqueles que a própria Constituição determina (o poder constituinte derivado). Se tudo o que não está previsto na Constituição pode ser “realizado” pelo Poder Judiciário, não precisaríamos sequer ter feito a Constituição: o Judiciário faria melhor (ou o Ministério Público!) (BARRETO; OLIVEIRA; STRECK, 2009, p. 83).

Ressaltam que não se altera a Constituição por ativismos judiciais, sob pena de usurpar a função do Poder Legislativo, o que, em pleno Estado Democrático de Direito, seria um verdadeiro retrocesso ao velho “realismo jurídico” (BARRETO; OLIVEIRA; STRECK; 2009, p. 83).

Diante disso, necessário mencionar que a utilização de normas abstratas para fundamentar suas decisões, justificaria uma postura ativista, o que seria demasiadamente preocupante ao Estado Democrático de Direito. Daniel Samento atenta para a relevância da atuação ponderada do Judiciário na utilização de normas abstratas:

Como a base da constitucionalização – pelo menos a da sua faceta mais virtuosa, identificada com a filtragem constitucional do Direito – é composta por normas vagas e abstratas, a irradiação destas normas pelo ordenamento, quando realizada pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, pode comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito. (SARMENTO, 2010, p. 169)

Ressalte-se que variadas prescrições constitucionais não são estabelecidas de forma delimitada, como é o caso da dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade social, moralidade administrativa, entre outros. Muitas vezes os mesmos institutos são utilizados para fundamentar entendimentos opostos. Não obstante, o intérprete não age como a mero leitor das palavras do constituinte e acaba participando da construção do sentido da norma, de maneira inevitável.

2.3 Reconhecimento da união homoafetiva enquanto aplicação imediata de princípios e fundamentos constitucionais segundo Luis Roberto Barroso

Neste momento, será feita a análise do tema, por meio dos argumentos defendidos por Luís Roberto Barroso, destacados do artigo “Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico

das relações homoafetivas no Brasil”, bem como de sua sustentação oral realizada na sessão de julgamento do caso em tela na qualidade de Procurador do Estado do Rio de Janeiro¹².

Para Barroso, a Constituição de 1988 foi silente acerca da união homoafetiva, não estabelecendo regra específica sobre a matéria. Não obstante, a liberdade de orientação sexual pode ser depreendida do próprio modelo constitucional, já que “procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos” (BARROSO, 2007, p. 2).

Afirma que a Carta não menciona as uniões homoafetivas, mas somente as uniões heterossexuais, quando reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Assim, diante da ausência de menção expressa acerca da matéria, Barroso defende a tese de que o conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável e, ainda que assim não fosse, o reconhecimento jurídico da união homoafetiva decorreria de uma regra de hermenêutica, por meio de analogia. Observe:

A tese principal é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo (2007, p. 2).

O papel do intérprete não seria apenas o de revelar a solução que estaria contida na norma, mas também de fazer valorações *in concreto* e ponderar interesses. Nesse sentido considera que:

- a) a homossexualidade é um fato da vida;
- b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;
- c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;
- d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância. (BARROSO, 2007, p. 5)

Barroso ensina que diversos princípios constitucionais e direitos fundamentais devem ser aplicados ao caso, como o princípio da igualdade, o princípio da liberdade, legalidade e segurança jurídica:

[...] os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da segurança jurídica, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações. (2007, p. 31-32)

¹² Cargo ocupado na época do julgamento da ADI 4277.

Enfatiza, porém, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto núcleo essencial dos direitos fundamentais, de onde se podem deprender os direitos da personalidade. Assim, defende que não há como o reconhecimento jurídico da união homoafetiva ser incompatível com a Constituição:

Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno. (BARROSO, 2007, p. 12)

Outro fator a ser ressaltado é a nova concepção de família concebida pela nova Constituição, sem que importe em violação ao §3º do art. 226, *in verbis* “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. O autor defende que a referência à união entre homem e mulher não denota a vedação à extensão do mesmo regime à união entre pares do mesmo sexo, até porque tal norma foi inserida com o fim de expurgar o tratamento discriminatório conferido ao casamento e a união estável, e não à união homoafetiva e heteroafetiva.

Extraír desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, a contrario sensu, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. (BARROSO, 2007, p. 27)

Assim, a ausência de previsão expressa acerca do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas pela Constituição e pelo Código Civil, não pode ser interpretada como proibição; deve-se, pois, utilizar meios de integração do direito. Portanto, ainda que não coubesse o argumento de aplicação direta dos preceitos constitucionais, a ausência de regulamentação do caso tem como consequência a existência de lacuna normativa, cuja integração deveria ser feita por meio da analogia, conforme se depreende da leitura da transcrição abaixo:

Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito. (BARROSO, 2007, p. 32)

Em sustentação oral realizada em 04 de maio de 2011, no julgamento em conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, Barroso defendeu abertamente os argumentos ora expostos, apoiando-se na relevância do afeto e do direito de buscar a própria felicidade, de modo que o Tribunal se pronunciasse pela constatação de que ninguém deve ser discriminado por compartilhar seus afetos com quem escolher:

A homossexualidade é um fato da vida, é uma circunstância pessoal, é um destino. Porque existe a orientação sexual homossexual existem as uniões homoafetivas. Porque as pessoas tem o direito de amar e tem o direito de compartilhar os seus afetos. Mas a ordem jurídica não contém uma norma específica que cuide das uniões homoafetivas (BARROSO, 2011).

Afirmou que a lacuna normativa leva a oscilação da jurisprudência em tratar a união homoafetiva ora como uma sociedade de fato ora como união estável. De forma a solucionar tal questão, lança um questionamento: “duas pessoas que cometem a sua vida num projeto afetivo, um projeto de vida em comum, elas estão numa sociedade de fato, como a barraca na feira, ou elas estão numa união estável, num projeto de vida em comum, numa entidade familiar?”

No que tange a alegação de que tal matéria deveria ser solucionada pelo Legislativo, e não pelo Supremo Tribunal Federal, o professor é veemente em afirmar a legitimidade do julgamento em questão, pois “em nenhuma democracia do mundo, direito fundamental de negros, de mulheres, de homossexuais pode depender de processo político majoritário”. Fato que não proíbe que o legislador discipline a matéria, desde que não viole direito fundamental.

Por fim, ressaltou a importância do Poder Judiciário na defesa das minorias:

As minorias são protegidas é por tribunais constitucionais, pela jurisdição constitucional, por juízes corajosos que dizem ao processo político majoritário: “mesmo que vocês não estejam respeitando essa minoria, nós, em nome da Constituição, impomos respeito a elas”. E o respeito a essas minorias significa tratá-las da mesma forma que se trata a união estável (BARROSO, 2011).

Nesse diapasão, pediu pela procedência da ADPF 132, de forma a conferir, no âmbito da administração pública do Estado do Rio de Janeiro, tratamento igualitário entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis. Logrou êxito por unanimidade.

Conclusão

Como visto, a prática ativista desenvolve a criação de direito que deve ser regulamentado pelo Legislativo. A própria Constituição estabelece os instrumentos capazes de combater a sua inércia, o que não inclui a atuação ativista do Judiciário. Neste caso, não seria hipótese de integração do direito, mas de alteração do seu texto, o que somente poderia ser

realizado por meio do procedimento constitucionalmente previsto. Entretanto, a defesa dos direitos fundamentais deve ser tratada como valor de primeira grandeza, que se sobrepõe em qualquer ponderação de interesses. Desta maneira, os limites entre a separação dos Poderes e a efetivação dos direitos fundamentais constitui atividade de fundamentação complexa.

No que tange as razões trazidas em ambos os sentidos - admitindo a ADI 4277 quanto caso de ativismo judicial ou não -, há que se destacar que as ideias defendidas enriquecem o debate acerca do ativismo judicial e, conseqüentemente, dos limites de atuação do Poder Judiciário.

Não obstante as visões acerca da ADI 4277 ora apresentados, deve ser frisado que o reconhecimento da união homoafetiva foi efetivado no ordenamento jurídico brasileiro, justificado pela aplicação direta dos princípios constitucionais fundamentais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Como visto, o direito constitucional brasileiro passa por grande fase, visando à concretização de suas normas e à reconstrução da interpretação constitucional. Talvez seja este o desafio dos novos tempos, garantir o efetivo cumprimento da Carta Constitucional e seus princípios, mas também refletir acerca dos limites desse ativismo judicial e até que ponto ele pode interferir na tripartição dos Poderes, elevando o Judiciário a uma escala superior aos demais.

Referências

BARRETO, Vicente; OLIVEIRA, Rafael de; STRECK, Lênio Streck. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo: UNISINOS. Jul-dez 2009. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Mar 2011. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 22/12/2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacaoativismolegitimidade_democratica. Acesso em: 22 fev. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Sustentação oral realizada no julgamento em conjunto da ADI 4277 e ADPF 132. Mai. 2011. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=388>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 16, mai-ago. 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarros_o.pdf. Acesso em: fev. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-8.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. Relator Min. Ayres Britto. Plenário, D. J. 14/19/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide nte=2688768>>. Acesso em: 02 mar. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.351/DF. Relator Min. Marco Aurélio de Mello. Plenário, D.J. 30/03/2007. Republicado D.J. 29/06/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em 07 de jan. 2015c.

_____. Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015d.

BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins; VIANNA, Luiz Werneck. Dezesete anos de judicialização da política. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2. p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002. Acesso em: 03 abr. 2015.

ELSTER, Jon. Forças e Mecanismos no Processo de Elaboração da Constituição. Tradução de Eliana Valadares Santos. in: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 9-40.

HABERMAS, Jürgen. DIREITO E DEMOCRACIA entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. vol. I.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Almedina, Saraiva. 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais. Livres e Iguais*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

VALLE, Venice Regina Lírio do. *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal – laboratório de análise jurisprudencial do STF*. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá. 2012.