

UM ESTUDO DE CASO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

*Cláudia Milena Mendonça Mazon**

*João Victor Pereira Leão***

Resumo: O presente trabalho se propõe a realização de um estudo de caso sobre o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 pelo STF, relacionando tal fato com a judicialização da política e o ativismo judicial e com o déficit representativo de grupos minoritários no Neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, judicialização da política, ativismo judicial, união estável homoafetiva, representação.

Sumário: 1. Introdução. 2. Neoconstitucionalismo: Protagonismo Constitucional. 3. Déficit Representativo. 4. O Caso. 5. Análise. 6. Entre o Ativismo e a Judicialização. 7. Conclusão.

1 Introdução

O presente trabalho se propõe a um estudo de caso sobre o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sob o prisma da judicialização da política e do ativismo judicial, frente ao Neoconstitucionalismo.

Serão exploradas as diretrizes teóricas do Neoconstitucionalismo, bem como a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, posteriormente será analisado o caso proposto, e como se relaciona com tais fenômenos, observando suas causas, seus efeitos e sobre o que se sustenta a decisão do Supremo Tribunal Federal.

O reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo se deu através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 (proposta inicialmente como "ADPF 178"), protocolada no dia 2 de julho de 2009 pela Procuradora-Geral da República, que teve por objeto o obrigatório reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendessem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em 27 de fevereiro de 2008, tendo como objeto o artigo 19, incisos II e V e o artigo 33, incisos I ao X e parágrafo único do Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), que possibilitavam interpretação discriminatória em relação aos homossexuais.

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis – UFU.

** Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis – UFU.

A decisão do STF afirmou o reconhecimento de um direito que, no direito positivo brasileiro, não é regulamentado por regra específica, embora o fenômeno ao qual se refira seja inegavelmente um fato da vida. Através de uma “interpretação conforme a Constituição”, a Suprema Corte tomou, na prática, uma decisão de grande importância na luta pelos direitos dos homossexuais. Tal decisão foi necessária devido à ausência de legislação específica gerada pela deficiente representação das minorias no legislativo brasileiro, e pelo dever de realização dos princípios constitucionais, fruto do papel que a Constituição assume no paradigma do Neoconstitucionalismo.

Uma grande deficiência da democracia representativa se evidencia na análise de assuntos que envolvam a população LGBTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transvestis e Transexuais). O direito a não discriminação da população LGBTT – assim como de qualquer outra – é um direito fundamental, tendo como base os princípios constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e vedação ao preconceito. Entretanto, a ausência de legislação específica, consequência da falta de representação no Poder Legislativo, faz com que os direitos dessa minoria sejam marginalizados, o que frequentemente resulta em demandas judiciais.

A principal mudança referente ao paradigma do Neoconstitucionalismo diz respeito ao papel desempenhado pelo texto constitucional no ordenamento jurídico, que se torna um programa positivo de valores que precisa ser atuado pelo legislador (MAIA, 2009, p. 5). As constituições passam a ser compostas por normas não apenas formais, limitadas à distribuição e organização do poder, mas também materiais, que estabelecem conteúdos que devem ser preservados pelo legislador ordinário e resguardados pelo aplicador do direito, que passa a poder aplicar diretamente a Constituição.

Segundo Luis Roberto Barroso,

judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo

– em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (2012, p. 24)

O autor distingue a judicialização do ativismo judicial. Enquanto aquela seria uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política, o ativismo judicial seria uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance que normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Segundo ele, a ideia de ativismo judicial está associada 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, podendo a postura ativista se manifestar através de condutas, dentre elas a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. (BARROSO, 2012, p. 25)

2 Neoconstitucionalismo: Protagonismo constitucional

Esse trabalho não tem como objetivo um estudo completo e profundo sobre o Neoconstitucionalismo, mas se faz necessário que suas diretrizes e consequências sejam exploradas.

Para Prieto Sanchís (2010, p. 462) o termo Neoconstitucionalismo tem um caráter gravemente ambíguo e extremamente vago, comportando vários sentidos distintos, por isso prefere falar de Neoconstitucionalismos, no plural. De acordo com o autor o neoconstitucionalismo tende a converter-se em uma resposta global ou em uma nova cultura jurídico-política, que se faz presente em toda classe de debates:

en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales a propósito de qué debemos entender por Derecho y de cómo se explica su relación con la moral; en los metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación, etcétera.

Prieto, apesar das distintas manifestações ou formas de entender o neoconstitucionalismo, depreende que todas têm um substrato comum, o modelo do Estado Constitucional de Direito, principalmente em sua versão Europeia, após a Segunda Guerra Mundial e de alguns países ibero-americanos durante a última década do século XX, ao lado de uma nova concepção de sociedade, do indivíduo e do Estado.

Como características do Estado Democrático de Direito o autor elenca (SANCHÍS, 2010, p. 464):

- O reconhecimento de inquestionável força normativa da Constituição, que não mais é concebida como exercício de retórica política ou expressão de um catálogo de boas intenções, mas como norma jurídica com força conformadora superior.
- A rematerialização constitucional, isto é, a incorporação ao texto não só de normas formais, relacionadas à organização do estado e dos poderes, mas também de normas que estabelecem limites negativos e vínculos positivos aos poderes estatais.
- A garantia judicial, consequência da força normativa da Constituição e a aplicação direta da Constituição, que como norma superior, pode ser diretamente aplicada.
- A rigidez constitucional.

Destarte, pode-se entender que a principal mudança referente ao paradigma do Neoconstitucionalismo refere-se ao papel desempenhado pelo texto constitucional no ordenamento jurídico, que se torna um projeto positivo de valores que deve ser atuado pelo legislador (MAIA, 2009, p. 5). As constituições passam a ser compostas por normas não apenas formais, limitadas à distribuição e organização do poder, mas também materiais, que estabelecem conteúdos que devem ser

preservados pelo legislador ordinário e resguardados pelo aplicador do direito, que passa a poder aplicar diretamente a Constituição.

Fábio de Oliveira (2009, p. 245) destaca, como bases que regem o Neoconstitucionalismo, a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, a constatação dos direitos fundamentais como cerne do constitucionalismo, a sustentação de que, em que pese a acentuada pluralidade, a Constituição tem capacidade unificadora, a abertura do sistema jurídico e a afirmativa força normativa vinculante da Constituição.

Destarte, podemos perceber que no Neoconstitucionalismo existe um dever de realização dos princípios jurídicos e, principalmente, dos direitos fundamentais resguardados no texto da Constituição que vincula as ações do Estado.

3 Deficit representativo

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe grande quantidade de direitos fundamentais em seu texto, o que resulta maior possibilidade de judicialização. A redemocratização fez com que o Judiciário passasse de um departamento técnico-especializado para um verdadeiro poder político, auxiliando na efetivação da Constituição e das leis. Outros fatores que auxiliaram no aumento da atividade do Poder Judiciário é o déficit de representatividade das minorias e a deficiente funcionalidade na esfera Legislativa.

O problema da representatividade das minorias se faz evidente quando se aprecia a questão LGBTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais). O direito à não discriminação é um direito fundamental, tendo como base os princípios constitucionais de igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a evidente falta de representatividade política impede que leis específicas sejam criadas para dar tratamento específico aos casos de discriminação, que normalmente são tratados simplesmente como injúria, lesão corporal ou homicídio, a despeito da motivação por um sentimento de homofobia profundamente enraizado na consciência social.

A Câmara dos Deputados, sob forte influência do fundamentalismo religioso e do conservadorismo, se torna um obstáculo à aprovação de projetos de leis que auxiliem na efetivação dos direitos dessa comunidade. Têm-se o exemplo do Projeto de Lei Complementar n.122/2006, oriundo da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Travestis (ABGLT), cuja relatora é a senadora Fátima Cleide (PT-RO), que se refere à criminalização da homofobia, prevendo que esta também seja punida na forma da lei, assim como os demais crimes previstos resultantes de discriminação. O Poder Legislativo Federal se mostra ainda inerte na aprovação de tal projeto, sendo que, se aprovado fosse, traria para a causa mecanismos de proteção contra os inúmeros atos de agressão e intolerância que essas pessoas vivem em seu dia a dia.

A omissão da legislação infraconstitucional no que diz respeito aos direitos das minorias sexuais coloca esses indivíduos em uma situação de desamparo frente ao grande preconceito que, ainda hoje, persiste na sociedade brasileira. Assim, por mais que haja mecanismos que fomentem a busca por representatividade dessas minorias como o Seminário LGBT do Congresso Nacional, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – (CNCD/LGBT), é evidente que o conservadorismo arraigado no Poder Legislativo faz com que haja um violento descaso com a busca pelos direitos homossexuais, fazendo

com que o Judiciário seja o escopo de realização das promessas constitucionais para essas minorias esquecidas pelo Legislativo.

O relacionamento homoafetivo existe e sempre existiu, o problema é que o Direito nem sempre acompanha a realidade, esses relacionamentos são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um, a homossexualidade é um fato da vida. Quando o texto constitucional afirma que o modelo de família aceito legalmente serve “para efeito da proteção do Estado”, ele não justifica qual mal traria as relações homoafetivas, sendo que, a família contemporânea tem como cerne a mútua assistência afetiva, que é a vontade de firmar uma relação íntima e estável de união, diante disso, uma união heterossexual não difere de uma homossexual. Ao funcionalizar as relações afetivas a um determinado projeto de sociedade, há o tratamento do indivíduo como um meio, interferindo na sua dignidade humana, uma vez que o instrumentaliza, assim, a exclusão do reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo é um reflexo dessa instrumentalização.

Há uma eficiência seletiva no Poder Legislativo, ele é hiperativo no que diz respeito a decisões administrativas, entretanto, se esquia de apreciar questões relacionadas a grandes controvérsias morais na sociedade. Existe por uma mínima parte dos deputados a elaboração de leis e projetos, mas eles sequer são votados ou levados adiante, isso se deve a insensibilidade do legislador de receber os inputs da periferia e transformá-los em leis ou políticas afirmativas.

De acordo com Iris Marion Young (2006, p. 169), os membros de grupos sociais estruturais menos privilegiados geralmente são sub-representados na maioria das democracias contemporâneas. Grupos culturais minoritários e aqueles situados em posições raciais desvalorizadas também costumam carecer de voz política efetiva, o que pode frustrar as promessas de igualdade política e de oportunidade que estão na base dos princípios democráticos. Diante da abstenção do Legislativo, causado tanto pelo déficit representativo de minorias quanto pelos valores conservadores dispersos na sociedade, tem-se uma ausência de legislação específica que garanta uma igualdade efetiva, diante dessa situação de tensão muitas vezes se recorre ao Judiciário que precisa contornar a falta de previsão normativa, utilizando-se dos valores e princípios dispersos na Constituição para solucionar os conflitos que daí surgem. Uma situação não prevista diretamente por uma norma específica pode estar relacionada com alguma disposição constitucional. Se os princípios jurídicos carecem de condições de aplicação, sua eficácia concreta é ilimitada e as pautas morais contidas nas constituições são capazes de dissipar qualquer lacuna. (LEIVA, 2012, p. 524)

No nosso contexto social, diante de tantos preconceitos e marginalização dos indivíduos que possuem uma escolha sexual diferente da maioria, o que ocorre é que uma pessoa homossexual tem que escolher entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. Boaventura de Sousa Santos afirma: “temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2003, p. 56).

4 O caso

O Supremo Tribunal Federal decidiu por conhecer a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), e julgá-la em conjunto com a ADI 4.277.

A petição inicial da ADI 4.277 sustentou a tese de que através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, todos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, era possível a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E que, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, deveriam ser aplicadas analogamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher.

Sustentou-se que, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, era possível o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

Na petição inicial consta que

[...] em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio e do descaso das maiorias.

Na defesa de seu voto, o Ministro Ayres Britto (Relator) apregoa uma interpretação conforme a Constituição aos dispositivos questionados na ADPF 132 (artigo 19, incisos II e V e o artigo 33, incisos I ao X e parágrafo único do Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975) que, através de plurissignificatividade ou polissemia, possibilitam interpretação discriminatória em relação aos homossexuais. E também ao art. 1.723 do Código Civil, afirmando que na Constituição se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões estáveis homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

O ministro afirma que a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”. Levando em conta que a Constituição veda expressamente o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, conclui que o resultado dessa conjugação normativa é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.

Através da extração de juízos do sistema de comandos da Constituição o Ministro Ayres Britto defende uma interpretação não reducionista do conceito de família, que abarque as formadas por casais homossexuais.

Para o Ministro Luis Fux, levando em conta a guarida, no § 4º do art. 226, das famílias monoparentais, a proteção constitucional da família não se dá com o fito de se preservar apenas o modelo biparental. A Constituição de 1988 teria consagrado a família como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Apoiado na teoria de Robert Alexy, para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico, afirma não haver argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. A partir disso, salienta que o desprezo das uniões homoafetivas constitui uma violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana. Evocando a necessidade de segurança jurídica, afirma que o reconhecimento também traria previsibilidade às relações em questão. No seu aditamento de voto, o Ministro afirma que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor da equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

A Ministra Cármen Lúcia busca discutir a adoção de melhor interpretação da norma do art. 1.723 do Código Civil em consonância com os princípios constitucionais. Segundo ela, a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada, quanto aos direitos fundamentais, impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema. Sendo um sistema, a Constituição haveria de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirma que a união estável homoafetiva não pode ser encaixada em nenhuma das definições de família que a Constituição coloca (constituída pelo casamento, configurada pela união estável e monoparental). E também que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, concluindo-se, de modo infismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto.

Afirma que, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos. Afirma então que se está diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. A diferença, embora sutil, residiria no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente em relação ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confundiria com aquela, que, por definição legal, abarcaria, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se juridicamente a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, seria necessário que se lançasse mão da integração analógica. Esclarece que não afirma o reconhecimento de uma "união estável homoafetiva", por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma "união homoafetiva estável", mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar que precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

O senhor Ministro Joaquim Barbosa questiona sobre a efetividade da Constituição, dissertando a respeito do descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Em sua visão, concordando com o jurista e pensador israelense Aaron Barak, o qual ele cita, as Cortes Supremas teriam então, o papel de fazer essa ponte, entre o mundo do Direito e a sociedade. Continuando sua argumentação ele indaga quanto à Constituição Federal o fato dela ser silente sobre essa matéria. Ele crê que o constituinte de 1988 não teve real intenção de colocar no limbo jurídico as escolhas afetivas feitas pelos casais homossexuais. Assim, ele considera que a Corte deve desempenhar a função de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário. Ele afirma que a Constituição Federal tem como fundamento a igualdade material ou substantiva, que é associada à ideia de Justiça distributiva e social, e com isso ela deve buscar extinguir o peso das desigualdades sociais e das fundadas no preconceito. Por fim, o Ministro crê que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, e sim, encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais.

Como último votante, o Ministro Cezar Peluso não deixa de fazer considerações relevantes para o fechamento da decisão. Afirma que, o artigo 226, § 3º da Constituição, não exclui outras modalidades de entidade familiar, por não se tratar de *numerus clausus*. Outra problemática que ele enxerga na lei é que há uma lacuna normativa que tem a necessidade de ser preenchida pela aplicação da analogia, diante da similitude factual entre a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. Sendo que, há a precisão de que haja a aplicação, às relações homoafetivas das normas próprias do campo do Direito da Família, uma vez que, essas uniões não podem ser reconhecidas como sociedade de fato e submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou econômica. Disserta ainda sobre a necessidade de que o Poder Legislativo exponha-se e regule as decisões em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Considerando que, a decisão tomada pelo STF opera por si, mas ainda não fecha as lacunas de legislação do Congresso Nacional, devendo este, colaborar com a Corte para superar todas essas situações dramáticas do ponto de vista social, resultantes de uma discriminação injustificável.

5 Análise

Reconhece-se, na decisão da Suprema Corte, que a Constituição não empresta nenhum significado ortodoxo ao termo "família", e afirma-se que como não há vedação constitucional expressa às entidades familiares homoafetivas (argumento a contrario sensu), a proteção do Estado deveria abrangê-las. Apesar dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso entenderem a impossibilidade de se enquadrar a união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas, admitem que as uniões entre parceiros do mesmo sexo devem ser entendidas como uma forma de entidade familiar. Apesar da decisão unânime, os Ministros supracitados apresentaram argumentos diversos dos oferecidos pelos demais ministros. A principal divergência materializou-se na identificação pelos mencionados Ministros de uma lacuna normativa de caráter axiológico, a ser colmatada por meio do emprego da analogia. O Ministro Ayres Britto, assim como os que seguiram seu voto na íntegra, defende não haver lacuna, afirma uma interpretação que supere a literalidade, baseada nos apontamentos da Constituição, capaz de estabelecer a paridade de situações jurídicas (PEREIRA, 2012, p. 45-49).

Seja por lacuna axiológica, seja por interpretação extensiva, reconhece-se – através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação de preconceito, do direito fundamental à liberdade, igualdade, respeito e intimidade – a necessidade de amparo jurídico as uniões homoafetivas, reconhece-se, a despeito da ausência de legislação específica, um dever de efetivação dos princípios constitucionais, o que desloca a tensão da esfera política para a esfera jurídica.

A decisão da Suprema Corte evidencia o reconhecimento da força normativa dos princípios e da sua irradiação por todo o ordenamento jurídico. É perceptível que em todos os votos analisados, há o emprego dos princípios constitucionais, buscando a concretização de um modelo político democrático. Os desafios do Neoconstitucionalismo incluem realizar a travessia entre a teoria e a prática, buscando promover a inclusão social, a Constituição deve garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Assim, o Poder Judiciário tem em suas mãos a tarefa de estancar o poder das majorias momentâneas, buscando assim realizar os anseios da sociedade, e principalmente, das minorias que estão encurraladas pela falta de representatividade e pela falta de vontade coletiva do Legislativo quanto à tutela jurídica das mesmas.

Através de uma “interpretação conforme a Constituição” estabelece-se, então, a interpretação adequada aos dispositivos legais questionados na ação, afastando as possibilidades interpretativas discriminatórias, incompatíveis com os princípios do ordenamento jurídico. Luis Roberto Barroso (2009, p. 373), afirma que o princípio da interpretação conforme a constituição decorre da confluência do princípio da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade, e também que “com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra de seu texto”.

Afirma ainda que, no novo paradigma constitucional, se os efeitos pretendidos por determinado princípio constitucional não ocorrem – tenha a norma sido violada por ação ou omissão –, a eficácia positiva ou simétrica deve assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, através de via judicial se necessário (BARROSO, 2009, p. 379). Fica assim evidente a relação entre o Neoconstitucionalismo e o aumento da judicialização da política e das relações sociais.

6 Entre o ativismo e a judicialização

De todo o exposto resulta uma dúvida: a decisão do STF caracteriza uma situação de judicialização (da política/relações sociais) ou de ativismo judicial? Faz-se necessário uma investigação um pouco mais profunda desses conceitos.

De acordo com Teixeira e Neves, o vasto catálogo de direitos fundamentais que passa a fazer parte dos textos constitucionais cria uma “agenda igualitária”, que afeta, além das instituições públicas, as relações privadas, o que resulta na intervenção do Direito no reconhecimento de diversas condições no âmbito das relações privadas. Essa judicialização tem caráter contingencial, fruto de transformações na sociedade e no Direito que exigem uma resposta do Poder Judiciário (2014, p. 171). Pode-se perceber assim que as características atribuídas ao Neoconstitucionalismo compõem a conjuntura ideal para o aumento da judicialização.

A judicialização da política na experiência brasileira não é, portanto, resultado de um mero protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, já que deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil, que tem encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses. Verifica-se que a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social [...]. (NEVES; TEIXEIRA, 2014, p. 172)

Fica claro que a necessidade de atuação do STF no caso em questão resulta de uma demanda oriunda da sociedade associada às características específicas do nosso ordenamento, além de sua decisão ter grande importância política e social na luta pelo direito da comunidade LGBTT. Entretanto, para Neto e Mourão (2015, p. 231), a decisão do Supremo Tribunal Federal caracterizou uma situação de ativismo judicial, sendo que, pela interpretação sistemática e teleológica do art. 226, §3º da Constituição Federal, ou por encontrar na matéria lacuna normativa, houve uma atitude de deliberada expansão dos poderes do Poder Judiciário.

De acordo com Barroso (2010, p. 11), a ideia de ativismo judicial estaria associada 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. O ativismo seria uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Que, de acordo com o autor, normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O exposto corrobora com a afirmação de que a postura interpretativa do STF caracteriza uma postura ativista em uma situação de judicialização.

7 Conclusão

Podemos perceber a relação que se estabelece entre o novo paradigma constitucional e o aumento da judicialização. A centralidade da Constituição, que irradia seus princípios pelo ordenamento jurídico, cria um programa positivo de valores que deve ser realizado pelo Estado. Os direitos fundamentais nela consagrados estabelecem um ideal de boa vida que deve ser protegido e tutelado pelo poder público, seja através do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.

Tal contexto, propício à judicialização, cria espaço para posturas ativistas dos aplicadores do direito, que se apoiam na força normativa da grande quantidade de princípios constitucionais na aplicação das normas.

O caso analisado mostrou como o Neoconstitucionalismo desloca a tensão da esfera política para a esfera jurídica. A omissão do legislativo sobre situações que devem ser tuteladas pelo Estado, acaba sendo suprida pelo poder Judiciário, que deve assegurar àqueles que não conseguem a atenção devida do Estado pela via tradicional da política o gozo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Referências bibliográficas

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção

plural de família. Revista de Direito GV, vol.9 n.1, São Paulo, Janeiro, 2013.

BALESTERO, Gabriela Soares. O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal. Revista Espaço Acadêmico, v. 11, n. 123 (2011).

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2009.

. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, Vol. 12, nº 96, p. 5-43. fev/mai, 2010.

. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p. 23-32. 2012

COSTA, Arthur de Oliveira Calaça. Direito à busca da felicidade: análise do princípio enunciado no julgamento da ADPF 132 à luz da teoria de Ronald Dworkin. Revista Caderno Virtual, vol. 2, n. 31, 2015.

LEIVA, José Ignacio Núñez. Constitución, Neoconstitucionalismo y Lacunas Jurídicas.

Estudios Constitucionales, ano 10, n. 2, p. 511 – 532, 2012.

MAIA, Antonio Carlos de Souza. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde... [et al] (coord). Neoconstitucionalismos. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NETO, Jerônimo Vieira de Sousa; MOURÃO, Pedro Franco. Judicialização política e ativismo judicial casos recentes e polêmicos no STF. In: Teorias da decisão e realismo jurídico, organização CONPEDI/UFS; Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas (coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2015

OLIVEIRA, Fábio de. Neoconstitucionalismo e Constituição Dirigente. In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde... [et al] (coord). Neoconstitucionalismos. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. Liberdade Homoafetiva. Disponível em: < http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/94_faccce44b363413056194fad90471ebf.pdf>. Data de acesso: 8 de maio, 2016.

PEREIRA, Fábio de Queiroz. Uniões homoafetivas: Uma análise dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/DF. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 195, p. 41-51, jul/set, 2012.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismos: Un Catálogo de Problemas y Argumentos. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Norteamérica, 44, dic. 2010. Disponível em: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/516>>. Data de acesso:

19 abr. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do Neo-constitucionalismo nos fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política no Brasil. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Lua Nova, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.