



ARTIGO

União homoafetiva e a crise da estabilidade das decisões contramajoritárias proferidas pelo STF

Uma análise constitucional pelo olhar da diversidade

Isabela Christina Arrieta Masieiro, *Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)*

Luma Teodoro da Silva, *Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)*

Marcos César Botelho, *Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)*

Resumo. Assuntos relativos à judicialização da política e ao ativismo judicial tem se mostrado cada vez mais evidentes nas discussões jurídicas atuais, isso porque a Constituição Federal de 1988 colocou o Poder Judiciário em uma posição centralizada ante às demais instituições, principalmente em relação à concretização dos fundamentais. Diante de inúmeras discordâncias acerca desses dois fenômenos se encontra as dúvidas daqueles que têm os seus direitos garantidos através de decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e um desses casos é o reconhecimento da união estável homoafetiva. Por isso, a presente pesquisa possui como problemática o fato de a decisão proferida no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF nº132, em relação ao reconhecimento desta entidade familiar, pode ser considerada como estável ou não e, para demonstrar a hipótese de que ela se mantém tão estável quanto se fosse reconhecido o direito pelo Poder Legislativo, através de sua constitucionalização, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e qualitativa com a análise de conteúdo dos fundamentos da decisão judicial proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Estabilidade. Judicialização da Política. União Estável Homoafetiva.



Introdução

A atuação do Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais destaque desde que a Constituição Federal de 1988 considerou o Supremo Tribunal Federal como, além da última instância do judiciário, a corte constitucional brasileira, transformando-o assim no guardião da Constituição Federal, sendo, portanto, o responsável pela correta interpretação das normas legais.

Diante dessa prerrogativa atribuída ao Poder Judiciário, a situação brasileira se assemelhou mais com aquelas de Common Law, fazendo com que a teoria constitucional passasse por uma transformação – não necessariamente negativa –, mas que atribui à corte constitucional uma atuação mais ativa, advindo daí o fenômeno denominado ativismo judicial.

Não só o ativismo como outro fenômeno também aparece com esse protagonismo do judiciário, que é o denominado judicialização da política. Porém, não há como se falar em Direito sem se falar também em Política, por isso com o surgimento desses mecanismos surgem questões relativas à legitimidade democrática das decisões proferidas pelo STF diante de situações em que o Direito e a Política se encontram, pois as críticas costumam apontar esse comportamento como usurpação de função do Poder Legislativo.

No entanto, existem diferenças importantes entre o ativismo judicial e a judicialização da política, sendo esta última resultado da formação constitucional que se deu quando do processo de redemocratização, por isso, o presente trabalho pretende demonstrar que o reconhecimento da união afetiva homossexual, através do julgamento da ADI nº 4.277 e ADPF 132 se deu em razão dessa prerrogativa da judicialização da política e, por isso, é legítima e estável.

Para atingir o objetivo aqui proposto, no primeiro capítulo, através da pesquisa bibliográfica, tratar-se-á acerca da diferença entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, visto que além de possuírem origens históricas diferentes, o primeiro é resultado da mera vontade do julgador, em que este substitui o direito por convicções pessoais/morais, ao passo que a judicialização da política decorre, principalmente, da omissão do Poder Legislativo em relação aos assuntos que se encontram em evidência, como é o caso da união estável homoafetiva, afinal a existência de relações, seja sentimental ou sexual, é



um assunto que não comporta mais questionamentos, pois é um fato e, mediante a evolução da sociedade, o direito precisa se adequar à ela.

Em seguida, no segundo capítulo é realizada uma pesquisa qualitativa através da análise de conteúdo dos argumentos utilizados nos votos dos Ministros no momento de julgamento do caso em questão. Para isso, foi feita uma categorização dos principais argumentos encontrados e estes foram analisados conjuntamente com os conceitos trabalhados no primeiro capítulo, resultando na conclusão de que o reconhecimento da união estável homoafetiva foi realizado por meio da judicialização da política e, por isso, permitiu inclusive um diálogo institucional com o Poder Legislativo, questão abordada no capítulo três.

No entanto, ainda no capítulo dois, foi ainda apresentada algumas considerações sobre a questão da homossexualidade e como isso foi tratado pelos Ministros no momento de seus votos, uma vez que a decisão se mostrou necessária, principalmente, por causa da heteronormatividade das leis e da própria Constituição, que regula e garante os direitos apenas das uniões entre homens e mulheres, expressamente.

Ao se questionar sobre o fato de ser ou não uma garantia de direitos devidamente estabilizada, posto que conquistados através do Poder Judiciário e não pelo processo legislativo, através da análise de conteúdo do julgado foi possível perceber que a decisão proferida manteve o caminho aberto para a manifestação legislativa, que ocorreu através de reações dos parlamentares ao reconhecimento do direito pretendido, reações essas que visavam rebater os argumentos da decisão, principalmente aqueles que se referiam à necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como um fato da vida e não uma escolha dos envolvidos.

Mesmo que talvez o diálogo institucional instalado após a judicialização da política de um caso que se mostrava com uma evidente lacuna que precisava ser preenchida não seja ainda o ideal democrático desejado de um ponto de vista institucional, logo de separação de poderes, o presente trabalho pretendeu demonstrar que apesar disso, ele existiu no presente caso e que isso se deu devido ao fato de a judicialização da política ser mais uma prerrogativa atribuída à corte constitucional quando diante de casos desta natureza do que uma mera opinião arbitrária do julgador.



A necessária diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política

De início, ambos os termos parecem querer expressar a mesma ideia, qual seja, de uma atuação do Poder Judiciário em situações de larga notoriedade política, como questões envolvendo moralismos controversos ou em aplicação e eficácia de políticas públicas que, em geral, é matéria que deve ser exercida pelo Poder Legislativo.

No entanto, quando nos deparamos com esses tipos de decisões proferidas pelo Judiciário é comum haver confusão em relação ao que é o ativismo judicial e o que é a judicialização da política, fazendo com que tais conceitos sejam colocados dentro do mesmo arcabouço, por isso parece interessante expor os conceitos e as diferenças entre essas duas atuações.

Deste modo, convém mencionar que o caso *Marbury vs Madison* foi um marco inicial para se discutir a questão do ativismo judicial nos Estados Unidos, uma vez que o Juiz Marshall entendeu que neste caso não era competência do Poder Judiciário de julgar a situação, porém o controle de constitucionalidade, ou judicial review, não estava previsto na Constituição e mesmo assim foi a saída encontrada pelo Juiz Marshall para evitar decidir a respeito de uma questão política, fazendo assim com que se desse início à discussão acerca do ativismo judicial (NELSON, 1940, p. 63).

Por sua vez, no Brasil, começou-se através da forma de controle de constitucionalidade inaugurada por Ruy Barbosa quando da fundação da República em 1890, fazendo com que fosse prevista expressamente a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais poderes pelo Poder Judiciário, assumindo assim o Supremo Tribunal Federal o papel de zelar pela Constituição Federal e, a partir de então iniciam-se os primeiros debates acerca do ativismo judicial (TASSINARI, 2012, p. 15).

Nesse sentido, diante da transformação da atuação do Poder Judiciário para uma posição mais ativista, duas expressões passaram a estar vinculadas com o papel por ele desempenhado, quais sejam: ativismo judicial e judicialização da política, que apesar de serem parecidas, são duas atuações diferentes e que para serem melhor compreendidas merecem ser dissociadas uma da outra.

Lenio Luiz Streck (2017, p. 589) entende os ativismos como condutas arbitrárias ou discricionárias, assim, para ele, a diferença entre



os termos está no fato de que o ativismo é praticado pelo juiz quando este decide através de argumentos de política ou de moral, substituindo o direito por convicções pessoais do próprio magistrado ou dos magistrados, enquanto a judicialização surge a partir do “deslocamento do polo de tensão entre os Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional”.

Assim, tem-se que a judicialização da política “é um processo social no qual a área de atuação dos tribunais é ampliada pelo poder constituinte ou parlamentar, de modo que a vida política, social e econômica é ‘juridicizada’, ou seja, é sujeita à ação judicial” (FONSECA; COUTO, 2018, p. 6), não se tratando, portanto, de mera arbitrariedade do magistrado.

Contudo, Luís Roberto Barroso (2012, p. 25) ao diferenciar judicialização da política com ativismo judicial afirma que ambas as expressões são primas, sendo o ativismo judicial “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, bem como que a ideia de ativismo está ligada com uma participação mais ampla e intensa do Judiciário, diferenciando da judicialização política em relação as causas que lhe deram origem.

Deste modo, Tassinari (2012, p. 22) explica que apesar de Barroso identificar as condutas que caracterizam o ativismo judicial, ele está, na verdade, descrevendo atuações que se espera de qualquer juiz no atual paradigma Constitucional, motivo pelo qual não se mostra possível entender as diferenças entre as duas expressões a partir dos critérios por ele apresentados.

Sendo assim, o presente trabalho abordará a judicialização da política e o ativismo judicial como pertencentes a famílias diferentes, tratando a judicialização como uma constatação daquilo que vem ocorrendo na atualidade, que impede o Judiciário de se mostrar inerte às transformações sociais, e o ativismo como uma postura tomada pelo próprio magistrado de forma arbitrária.

O ativismo judicial e a judicialização da política no Supremo Tribunal Federal

Malerba e Passos (2021, p. 1), ao discorrerem acerca do livro A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, de Luiz Werneck



Vianna et al, explicam que no Brasil o processo institucional chamado judicialização da política nasceu da necessidade de o Judiciário trabalhar como um defensor da “ditadura da maioria”, diante das insatisfações para com a função de legislar do Executivo

Nesse sentido, tem-se que a atribuição do STF como guardião da Constituição se consolidou durante o processo de redemocratização no Brasil, deste modo os partidos políticos e grupos sociais perdem o controle que tinham até então e este passa para o Poder Judiciário (MALERBA; PASSOS, 2021, p. 1).

Diante deste processo em que o Poder Judiciário passou a exercer o papel de protetor da Constituição, devendo estar atento para com o seu cumprimento e correta interpretação, surge a institucionalização da Justiça Eleitoral, a quem compete a jurisdição sobre as competições eleitorais (WERNECK et al, 2007, p. 04). Ou seja, a forte presença que o direito passou a ocupar nas instituições, finalmente chegou à esfera política.

Luiz Werneck Vianna et al (2007, p. 6), cerca de dezessete anos depois de ter analisado a questão do movimento da judicialização na política no Brasil, desde a redemocratização em 1988 a 1998, sete anos depois retoma sua pesquisa para ter uma ideia de como se encontrava a situação e, com isso, afirma:

Aqui, além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a Adin também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalente em países de configuração unitária

Ou seja, o autor percebeu que a judicialização da política se tornou uma estratégia da qual o governo se utiliza e, aparentemente, se tornou dependente. Para se chegar a essa afirmação o autor se baseou na proposição de Ações de Declaração de Inconstitucionalidade entre os períodos pesquisados.

Em uma pesquisa mais recente sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, Tassinari (2012, p. 94) afirma que o atual contexto é marcado por um ativismo por ela chamado de ativismo judicial à brasileira, pois o ativismo judicial não é uma experiência característica do Brasil e o termo vem sendo utilizado de forma desvinculada de seu contexto, o que implica em uma transposição equivocada do conceito,



deste modo, esse ativismo aparece como um problema por se tratar de uma interferência judicial vinculada à um ato de vontade do julgador.

Sobre o ativismo judicial a brasileira, Oliveira et al (2012, p. 299), afirmam:

Aqui, Podemos então expressar um ativismo brasileiro com contornos bem delimitados e diferentes do que se observa nos Estados Unidos e na Alemanha. Enquanto que nestes dois países o ativismo está ligado, resguardadas as diferenças, à manutenção e efetivação de direitos fundamentais, especialmente os individuais, onde se busca adequação constitucional – apesar dos riscos –, no Brasil o ativismo se mostra como um fenômeno oposto. O nosso ativismo acaba por coibir os direitos fundamentais ao proceder o STF em esferas nas quais não lhe foi atribuída competência constitucional, sendo que não se verifica em seus fundamentos, pelos seus defensores, a manutenção dos direitos fundamentais, mas sim a possibilidade de infringi-los em razão do que a Corte entende por motivos de relevância social. Nossos ministros agem como legisladores, sendo que não possuem legitimidade para tanto e nem há autorização constitucional para tanto.

Deste modo fica evidente que tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial são situações presentes no contexto constitucional brasileiro e, conforme as pesquisas mencionadas, o Poder Judiciário parece ser cada vez mais acionado para resolver questões políticas, que foi o que ocorreu com o caso da união estável homoafetiva a partir da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, que considerou inconstitucional a previsão de união estável apenas entre homem e mulher e, apesar de aparentemente se tratar de uma questão de judicialização da política, pois decorrente de mudanças sociais, será feita uma análise da referida decisão para se afirmar, ou não, se decisões como esta podem ser consideradas minimamente estáveis e seguras para aqueles que dela se beneficiam.

Análise da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132 sobre a união estável homoafetiva

Através de uma análise de conteúdo da decisão que considerou inconstitucional o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro, em que reconhecia expressamente o instituto da união estável apenas para a união entre homem e mulher, fazendo com que as pessoas homoafetivas tivessem o direito de conviver em união estável com seus respectivos parceiros e parceiras, ou seja, uma decisão que garantiu a conquista de



direitos, será possível compreender se a referida decisão trata-se de um ativismo judicial ou judicialização da política, diferenciação que, como demonstrado, se faz importante no que diz respeito aos efeitos posteriores do direito reconhecido.

Segundo Laurence Bardin (2011, p. 36), a análise de conteúdo é um método empírico “dependente do tipo de fala a que se dedica e do tipo de interpretação que se pretende como objetivo”. No presente caso, tem-se como objetivo analisar os argumentos utilizados pelos Ministros na decisão da ADI 4.277 para assim ser possível verificar se trata-se de um caso de judicialização da política ou mero ativismo por parte dos magistrados.

A análise de conteúdo, portanto, tem como intenção “a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção (ou, eventualmente, de recepção), inferência esta que recorre a indicadores (quantitativos ou não)” (BARDIN, 2011, p. 44). Deste modo, será feita uma categorização dos principais argumentos utilizados pelos Ministros em seus votos e, assim identificá-los com as características acima demonstradas referente à judicialização da política e do ativismo judicial, para assim ser possível verificar em qual dos dois fenômenos se enquadra a referida decisão, afinal:

Se a descrição (a enumeração das características do texto, resumida após tratamento) é a primeira etapa necessária e se a interpretação (a significação concedida a estas características) é a última fase, a inferência é o procedimento intermediário, que vem permitir a passagem, explícita e controlada, de uma à outra. (BARDIN, 2011, p. 45).

Sendo assim, passando-se a análise da decisão, tem-se que a ADI 4.277 e a ADPF 132 foram julgadas conjuntamente, tendo esta última sido apresentada pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em que pleiteava pela aplicação do art. 1.723 do Código Civil de forma análoga às uniões estáveis homoafetivas e, de forma subsidiária, em caso de não cabimento, o autor pleiteou para que fosse então recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ADI nº 4.277 foi proposta pela Procuradoria Geral da República e, devido à coincidência de objetos com a ADPF nº 132, ambas foram distribuídas para serem julgadas conjuntamente. Cabe mencionar que a ADI 4.277 foi convertida em ADI pelo Ministro Gilmar Mendes, pois também foi proposta como ADPF – Arguição de Descumprimento de



Preceito Fundamental, e ela se deu após a propositura da ADPF 132 que também foi convertida em ADI.

Lenio Luiz Streck et al (2009, p. 79) afirma que a decisão da ADPF nº 178, transformada na ADI 4.277 trata-se de ativismo judicial, pois ele entende que “a decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada a cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional.”

Desta forma, diante de tal afirmação, esse trabalho se propõe então a analisar os argumentos dos Ministros no julgamento do referido caso, tendo como base a diferenciação feita anteriormente a respeito do que seria o ativismo judicial e o que seria a judicialização da política.

Portanto, realizou-se a categorização dos argumentos presentes nos votos dos Ministros da seguinte forma: a) a figura jurídica da família; b) proteção dos direitos fundamentais; c) homossexualidade como um fato da vida; d) política de reconhecimento; e) mudança social; f) interpretação constitucional; g) novo gênero de identidade familiar/ rol exemplificativo do art. 226 da CF; i) omissão legislativa/ ausência de consenso; i) função contramajoritária do STF.

Esses foram os principais argumentos que apareceram nos votos dos Ministros em relação ao caso da União Estável Homoafetiva e, pode-se ver que, além disso também tiveram o apoio de 14 amici curiae e a análise da legislação de vários estados brasileiros, o que demonstra que não foi uma decisão tomada de acordo com a convicção própria dos julgadores, afinal houve o cuidado de ouvir aqueles que possuem entendimentos mais aprofundados sobre o caso antes de se chegar a uma decisão definitiva.

Uma das principais preocupações dos Ministros também era em relação a correta interpretação conforme da Constituição Federal, como asseverou Gilmar Mendes (2011, p. 705):

[...] me parece e pelo menos esse é o meu juízo inicial e, obviamente, provisório – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição, no caso, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

A preocupação deles em relação a isso também pode ser vista no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em que afirma que, quanto ao §3º



do art. 226 da Constituição Federal, este se trata exclusivamente sobre a união estável entre homem e mulher, porém o referido artigo possui um rol exemplificativo e, por isso, a união estável homoafetiva seria um outro tipo de entidade familiar (BRASIL, 2011, p. 714).

Nesse mesmo sentido foi o entendimento do Ministro Gilmar Mendes de que “o fato de a Constituição proteger, como já foi destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo” (BRASIL, 2011, p. 738).

Um outro argumento presente em unanimidade nos votos dos Ministros também tem a ver com o fato de que o direito precisa acompanhar as mudanças da sociedade e, por isso, a omissão legislativa em relação à união estável homoafetiva precisava ser preenchida, pois se o judiciário se omitisse também, isso “representaria um agravamento no quadro de desproteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados” (BRASIL, 2011, p. 748).

Tassinari (2012, p. 21), ao explicar o entendimento de Luiz Lenio Streck do que seria a judicialização da política, afirma que “as novas Constituições, a remodelagem do Estado, bem como a existência de novos direitos (como os difusos) acabaram criando uma nova relação entre os Poderes, em que o Judiciário deixa de ser um poder inerte e alheio às transformações sociais”. E neste sentido, ela conclui que:

É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguam no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa) (TASSINARI, 2012, p. 21).

Desta forma, diante das argumentações aqui destacadas, principalmente aquelas que dizem respeito ao fato de se tratar de uma necessária intervenção judicial pois tem-se utilizado o dispositivo constitucional e civil como óbice para o reconhecimento das uniões homoafetivas, quando na verdade essa não é a interpretação constitucional adequada do caso, sobretudo frente às mudanças no contexto social que reconhecem, cada vez mais, a pluralidade presente na sociedade, é possível concluir que a decisão trata-se, portanto, do fenômeno de judicialização da política, pois decorre de uma necessidade



de resposta judicial à demanda social e não da vontade arbitrária dos julgadores.

Considerações acerca da importância do reconhecimento jurídico das uniões homossexuais

Após ter sido realizada a análise da decisão para verificar se a intervenção judicial na questão das uniões estáveis homoafetivas foi legítima ou mero caso de ativismo por parte dos julgadores, parece necessário destacar também sobre o impacto desse reconhecimento no que diz respeito à eficácia dos direitos das pessoas que não vivem dentro de uma relação heteronormativa.

Judith Butler, em seu livro “problemas de gênero” (2018), traz discussões e questionamentos acerca do binarismo feminino/masculino que existe na sociedade e, com isso, afirma que a categorização do gênero sustenta a heterossexualidade compulsória, ou seja, ela critica visão de que sempre deve haver o binarismo homem e mulher, principalmente dentro das relações afetivas.

A heterossexualidade compulsória, portanto, é um regime de poder/discurso (Butler, 2018, p. 10), em que uma relação afetiva é, necessariamente presumida entre sendo composta por um homem e uma mulher e, no entanto, essa não é mais a verdadeira realidade social, tanto que a questão relativa às uniões homoafetivas chegaram até o Supremo Tribunal Federal.

Essa questão de que a heterossexualidade compulsória é um regime de poder se mostra evidente no ordenamento jurídico brasileiro, em que existem regulações apenas heteronormativas, isto é, que estabelecem regras apenas para as pessoas que se encontram dentro de um relacionamento binário entre homem e mulher e, levando-se em conta o fato de que a união estável é regulada juridicamente justamente para a proteção, principalmente patrimonial, dos indivíduos e que tem como objetivo o resguardo de seus direitos fundamentais, parece de extrema necessidade uma normatização das relações daqueles que se encontram em uma situação diferente da heterossexual.

Desta forma, Butler (2018, p. 37) ao explicar o entendimento de Monique Wittig sobre as questões relativas ao binarismos e o sistema



heteronormativo, afirma “que a derrubada da heterossexualidade compulsória irá inaugurar um verdadeiro humanismo da ‘pessoa’, livre dos grilhões do sexo”.

Logo, o reconhecimento por parte do judiciário de uma entidade familiar diferente daquela composta apenas entre um e homem e uma mulher (binária), se mostra importante justamente porque contempla os direitos dos indivíduos e não dos sexos, necessariamente, tanto que uma das preocupações dos Ministros em seus votos foi destacar a proibição constitucional da discriminação em razão do sexo, previsto no inciso III, do artigo 1º da CF.

Dando continuidade ao aqui proposto, importante mencionar a crítica ao argumento relacionado ao afeto feita por Angelo Brandelli Costa e Henrique Caetano Nardi (2015), no que diz respeito ao casamento homossexual, em que eles afirmam que o termo “homoafetividade” é utilizado apenas no Brasil e que o afeto não é um argumento legítimo para que os Estado legisle sobre sexualidade.

Segundo eles, o afeto foi a justificativa escolhida para o reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo e isso os preocupa uma vez que isso gera implicações subjetivas e políticas para a regulamentação dessas uniões (COSTA e NARDI, 2015, p. 138). No entanto, conforme a análise de conteúdo realizada, foi possível perceber que o reconhecimento da entidade familiar composta por pessoas do mesmo sexo não se baseou apenas no afeto, mas sim em uma preocupação de interpretação constitucional adequada e que proteja os direitos fundamentais daqueles que não se encontram dentro da caixa heteronormativa.

Por isso, se mostra importante verificar como se deu a decisão e demonstrar o porquê ela pode ser considerada estável, pois argumentos como esses colocam em cheque a real conduta do STF quando reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o que faz com que as pessoas vejam essa atuação como um ativismo jurídico, baseada nas subjetividades dos Ministros e não como uma conduta democrática e que visa a proteção de direitos constitucionalmente previstos.

A esse respeito, portanto, convém mencionar um dos posicionamentos do Ministro Ayres Britto, relator da decisão, em seu voto:



Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco)(BRASIL, 2011, p. 631).

Como se pode ver, apesar da afirmação de Costa e Nardi (2015, p. 141) de que o Ministro citado elegeu o termo homoafetividade para se referir à união entre pessoas do mesmo sexo, sua justificativa não se resume ao afeto, mas sim em uma questão à correta interpretação constitucional que, apesar de o casamento ou a união estável heterossexual não precisarem ser pautadas no afeto, é preciso que sejam vistas de acordo com a dignidade humana, que é a principal preocupação do Ministro em seu voto.

É importante lembrar, como faz o Ministro Luiz Fux em seu voto (BRASIL, 2011, p. 665) que o caso se trata de “violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária”, ou seja, antes de ser um reconhecimento sobre relação de afeto, é um reconhecimento da violação de direitos das pessoas que não vivem dentro das diretrizes heteronormativas impostas, pois com isso se encontram vulneráveis, principalmente, em relação aos seus patrimônios, que é basicamente a principal função de se regular o casamento e a união estável heterossexuais.

Deste modo, tem-se que a discussão vai muito além daquela sobre afeto, pois se trata de garantia de direitos e de mudanças do comportamento social, sendo por isso de grande importância que tal situação seja reconhecida e, de certa forma, regulada pelo Estado, mesmo que tenha se dado através do Poder Judiciário, afinal, segundo Butler (2018, p. 53) “em outras palavras, a ‘unidade’ do gênero é o efeito de uma prática reguladora que busca uniformizar a identidade do gênero por via da heterossexualidade compulsória.”

Sendo assim, demonstrar que o reconhecimento da união estável homossexual se trata de uma conduta relativa à judicialização da política, que tem como fundamento a omissão do Poder Legislativo e uma necessidade de o direito acompanhar a realidade social no decorrer do



tempo, se mostra necessário, principalmente quando se trata de um assunto como esse, que envolve questões que vão além do direito e, por isso também, precisam de uma garantia de estabilidade.

Afinal, como bem pontuaram os Ministros em seus votos, o conceito de família previsto na Constituição Federal de 1988 é aberto e a previsão de entidade familiar formada entre o homem e a mulher não vem expressa como uma regra, sendo possível outras composições de entidades familiares, mais um ponto ao qual essa decisão se mostra importante, principalmente no sentido da desconstrução de uma heterossexualidade compulsória.

A estabilidade da decisão proferida através da judicialização da política

À vista do fato de que a decisão proferida pelo STF, no sentido de considerar inconstitucional o artigo 1.723 do Código Civil como fator de proibição da união estável entre pessoas do mesmo sexo, ficou evidente que, apesar das críticas, trata-se de uma judicialização da política que, na Constituição atual acaba por ser uma prerrogativa do próprio Supremo Tribunal Federal exercer esse papel.

Por isso, de início, parece válido a menção aos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil brasileiro, que tratam acerca da uniformização das decisões judiciais:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; [...].

Assim, é possível observar que o CPC de 2015 se preocupou com a estabilização das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, que serão observadas pelos juízes e tribunais em suas decisões conforme o estabelecido, ou seja, a ADI nº 4.277 é considerada como um precedente e, por isso, decisões contrárias a ela deverão vir acompanhadas de fundamentação específica e observando os princípios constitucionais.



O presente trabalho, ao abordar o fato de que a decisão proferida no julgamento da ADI nº 4.277 é uma questão de judicialização da política, justamente porque ao decidir sobre esse caso, ficou claro nos argumentos dos Ministros que a omissão legislativa não poderia continuar, afinal o STF “pratica o ativismo não para se impor, mas para provocar reações” (MENDES, 2011, p. 321).

Ao criticar a postura ativista do STF no caso em análise, Streck (2009, p. 80) pontua que:

uma questão como essa, justamente pela importância da qual está revestida, não pode ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade, cujo locus adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão.

Outra preocupação do autor se dá no sentido de que a decisão “provocaria um rompimento com a própria ordem constitucional, alterando formalmente o texto do § 3º do art. 226” (STRECK, 2009, p. 80) da CF, no entanto, diante da análise de conteúdo nas decisões ficou demonstrado que a decisão tinha como objetivo declarar o art. 1.723 do CC como inconstitucional para que este não possa ser utilizado como mecanismo de proibição para o reconhecimento da união estável homoafetiva, conforme pode-se ver em parte do voto da Ministra Cármen Lúcia:

Nem é de se afirmar que há mera repetição do que posto no inc. I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuidam-se de temas que se equilibram, mas não se confundem. Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos. (BRASIL, 2011, p. 700).

Segundo Conrado Hübner Mendes (2011, p. 327), todo processo constitucional tem, no mínimo, quatro tipos de pautas sendo elas pautas constitucionais reprimida, estabilizada, congelada ou aquecida e, obviamente, não são pautas estanques, sendo que para um processo político ideal é importante que as pautas oscilem entre aquecidas e estabilizadas, pois são essas que permitem um diálogo institucional, afinal



“em relação à pauta constitucional aquecida, é de se esperar a coexistência de ativismo legislativo e judicial até que, eventualmente, essas tensões se estabilizem” (MENDES, 2011, p. 328).

E no que diz respeito ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, essa decisão provocou reações por parte do Poder Legislativo, visto que foi proposta na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.583/2013 denominado de “Estatuto da Família”, que visava o reconhecimento da entidade familiar como sendo a união apenas entre o homem e a mulher, bem como, em 2016, verificou-se no site da Câmara dos Deputados um Projeto de Decreto Legislativo sob o nº 539 que tinha como objetivo autorizar práticas de “patologização” ou até de ações coercitivas de comportamentos homossexuais, objetivando assim sustar os efeitos da resolução nº 001/1999 do Conselho Federal de Psicologia, tendo ainda o referido projeto sido intitulado como “cura gay” (SILVA, 2020, p. 547-548).

Diante disso, pode-se dizer que houve um diálogo institucional entre o STF e o Parlamento, afinal a decisão proferida gerou reações por parte do legislativo e isso mostra como uma interação deliberativa deve funcionar, mesmo que seja meramente ritualística e, mesmo que essa interação não seja a ideal para uma democracia, ela ao menos existe e demonstra que as instituições argumentam e levam em consideração os argumentos da outra (MENDES, 2011, p. 341). Para isso, vale mencionar a parte final do voto do Ministro Cezar Peluso, então presidente do STF quando do julgamento (BRASIL, 2011, p. 876):

O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

Nestes termos, diante do que fora explicitado como sendo uma postura de ativismo judicial, parece que se fosse o caso, não haveria como ter esse diálogo, pois os Ministros do STF teriam decidido o caso apenas através de suas convicções pessoais e tal fato não permitiria uma reação por parte do legislativo e menos ainda um diálogo institucional entre os poderes. Outra forma de controlar os riscos democráticos de um controle de constitucionalidade é a proposta de emenda à constituição, pois “com isso, a interpretação constitucional em torno dos direitos fundamentais



seria compartilhada com as instituições parlamentares, retirando, assim, o critério monopolístico das cortes nesse empreendimento” (LIMA, 2018, p. 135).

Contudo, apesar dessas reações geradas pelo Parlamento, tem-se que a decisão de reconhecimento da união estável homoafetiva se mantém estável, afinal considerando tudo o que foi explicitado até então, uma mudança de cenário seria possível apenas com a apresentação de um Projeto de Emenda à Constituição (PEC), ou seja, do mesmo modo que se faria caso o direito à união estável entre pessoas do mesmo sexo/gênero fosse expresso na Constituição Federal.

Considerações finais

Pela revisão bibliográfica acerca das diferenças entre a judicialização da política e o ativismo judicial, bem como seus contextos históricos se mostrou relevante a diferenciação para que a problemática abordada no presente artigo fosse devidamente analisada.

Através da análise de conteúdo dos argumentos utilizados pelos Ministros do STF na decisão da ADI nº 4.277, foi possível perceber que o contexto brasileiro tem mudado e a omissão em relação aos casos de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais não era mais aceitável, o que provocou a necessidade de o judiciário se manifestar em relação a essa questão que era cada vez mais recorrente no meio jurídico.

Desde o início, este trabalho se posicionou no sentido de que as decisões consideradas como ativismos seriam muito instáveis e não trariam a efetiva garantia dos direitos que estavam sendo discutidos, porém, diante de seu desenvolvimento restou demonstrado que a decisão se tratava de uma questão relativa à judicialização da política, prerrogativa que, inclusive, foi expressamente garantida pela Constituição Federal em situações como a abordada.

Quando proferida como ativismo, a decisão tende a não abrir margens ao diálogo, uma vez que fica à mercê da vontade do julgador, no entanto, não foi o que aconteceu no presente caso em que a questão foi devidamente discutida no Supremo Tribunal Federal até chegar-se à decisão final, mas abrindo margem para discussão no Parlamento, tanto que, de fato houve reações por parte do legislativo, porém como a decisão foi proferida como uma judicialização da política, ela se tornou mais estável, pois para derrubá-la seria necessário confrontar os seus



argumentos que têm como base a Constituição e não apenas as convicções pessoais e morais dos Ministros.

Por isso, entender as diferenças tanto em relação ao surgimento do ativismo e da judicialização da política quanto em relação as suas respectivas conceituações e, com base nisso realizar a análise do julgamento em destaque se mostrou pertinente para se chegar à hipótese pretendida por esse trabalho, que estava além de uma análise unicamente baseada em questões relativas à teorias de gênero, mas sim em relação à garantia de direitos.

Deste modo, considerando a legitimidade da decisão da ADI nº 4.277, que foi proferida através da judicialização da política permitindo assim um diálogo institucional, é possível concluir que ela se encontra estável do mesmo modo que estaria caso fosse reconhecida através da constitucionalização do referido direito, com um texto exposto na Constituição Federal de 1988.

Referências

BARDIN, Laurence. *Análise do Conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011. Luís Antero Reto & Augusto Pinheiro.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jul. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição nº Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

_____. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

_____. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.
Acesso em: 17 out. 2022.

_____. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132*. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Britto, julgado em 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 26 out. 2022.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Renato Aguiar.

COSTA, Angelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. O casamento “homoafetivo” e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sex. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 01, p. 137-150, 09 mar. 2015. Quadrimestral. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/2225>. Acesso em: 20 out. 2022.

FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. *Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 18 out. 2022.

LIMA, Jairo. *Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NELSON, William. *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*. University Press of Kansas, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, FARIA, Bruno Costa de, TEODORO, Leandro, VELUDO, Michele Seixas & PEREIRA, Joaquim Eduardo. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. In: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2012, Curitiba, Anais eletrônicos do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba: ABDConst, 2013, p. 266–306.



Disponível em: <https://www.abdconst.com.br/anais2/Integra.pdf>.
Acesso em: 29 out. 2022

PASSOS, R. D. F. dos; MALERBA, P. F. S. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Revista Práxis e Hegemonia Popular, [S. l.], v. 6, n. 9, p. 253–257, 2021. DOI: 10.36311/2526-1843.2021.v6n9.p253-257. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/PHP/article/view/13430>. Acesso em: 18 out. 2022.

SANTIAGO GOMES DA SILVA, O. *Judicialização da política e backlash legislativo no Brasil: UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO JUDICIAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA (2011-2018)*. CSOnline - REVISTA ELETRÔNICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, [S. l.], n. 31, 2020. DOI: 10.34019/1981-2140.2020.27736. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/27736>. Acesso em: 29 out. 2022.

STRECK, Lenio Luis. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*. Revista dos Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v.1, n. 2, Unisinos, pp. 75-83, jul./dez. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. DOI: 10.1590/S0103-20702007000200002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547>. Acesso em: 19 out. 2022.

The stability crisis of countermajority decisions delivered by the STF: an analysis of ADI no. 4,277 and adpf no. 132

ABSTRACT: Issues related to the judicialization of politics and judicial activism have become increasingly evident in current legal discussions, because the 1988 Federal Constitution placed the judiciary in a centralized position before the other institutions, especially in relation to the realization of fundamental rights. Faced with numerous disagreements about these two phenomena are the doubts of those who have their rights guaranteed through court decisions handed down by the Supreme Court and one of these cases is the recognition of homo-affective stable union. Therefore, this research has as problematic the fact that the decision rendered in the judgment of ADI 4.277 and ADPF nº132, regarding the recognition of this family entity, can be considered as stable or not and, to demonstrate the hypothesis that it remains as stable as if it were recognized the right by the Legislative Power, through its constitutionalization, a bibliographic and qualitative research was conducted with the content analysis of the fundamentals of the judicial decision rendered in concentrated control of constitutionality.

KEYWORDS: Judicial Activism. Stability. Judicial Activism. Judicialization of Politics. Stable Homo-affective Union.

Isabela Christina Arrieta Masieiro

Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB - UENP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela PROJURIS. Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos. E-mail: isabela_masieiro@fio.edu.br

Luma Teodoro da Silva

Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro dos Grupos de Pesquisa INTERVEPES e IEER (UENP). Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pela PROJURIS. Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos. E-mail: lumats01@hotmail.com



Marcos César Botelho

Analista de Sistemas. Advogado. Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (2011). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2008). Membro da Associação Nacional de Advogados(as) do Direito Digital (ANADD). Membro da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados (ANPPD). É professor adjunto vinculado ao programa de mestrado e de doutorado em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Email: prof.marcos.botelho@gmail.com

Recebido em: 24/01/2023

Aprovado em: 13/12/2023