



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS - GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO

MÁRCIA CARLA MOURA MAGALHÃES ANDRADE

**UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO CASO DO
RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS:
ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A AUTOCONTENÇÃO**

Salvador
2018

MÁRCIA CARLA MOURA MAGALHÃES ANDRADE

**UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO CASO DO
RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS:
ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A AUTOCONTENÇÃO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana
de Direito e Gestão como requisito parcial para
obtenção do grau de Especialista em Direito
Público.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

MÁRCIA CARLA MOURA MAGALHÃES ANDRADE

UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO CASO DO RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A AUTOCONTENÇÃO

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em
Direito Público pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

Ao professor Gabriel Marques, pela inigualável atenção e suporte dado na realização deste trabalho, a minha família e amigos por suportarem minha ausência durante o período de confecção deste, sem permitir, contudo, que eu hesitasse, sequer por um segundo, acerca do amor que me circunda e a Deus por conceder-me “serenidade necessária para aceitar as coisas que não posso modificar, coragem para modificar as que eu posso e sabedoria para distinguir uma da outra – vivendo um dia de cada vez, desfrutando um momento de cada vez, aceitando as dificuldades como um caminho para alcançar a paz, considerando o mundo pecador como ele é, e não como gostaria que ele fosse...”.

*“Eu queria querer-te amar o amor
Construir-nos dulcíssima prisão
Encontrar a mais justa adequação
Tudo métrica e rima e nunca dor
Mas a vida é real e de viés
E vê só que cilada o amor me armou
Eu te quero (e não queres) como sou
Não te quero (e não queres) como és*

“O querereres” - Caetano Veloso

RESUMO

Este trabalho monográfico discorre acerca da legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal à luz do caso do reconhecimento das relações homoafetivas. Objetiva-se mostrar a problemática existente no fato de que o Poder Judiciário e, notadamente o STF, tem tomado decisões cada vez mais ativistas em detrimento da atuação dos demais poderes, em especial do Legislativo. Eis que o cerne da questão cinge-se, portanto, se as decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal são legítimas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as transformações trazidas pelo neoconstitucionalismo e as consequências deste, a exemplo da judicialização da política e das relações sociais, e principalmente a previsão constitucional do princípio da separação de poderes, o ideal de democracia e a necessidade de máxima concretização dos direitos e garantias fundamentais. Tal análise foi feita à luz do emblemático caso do reconhecimento das relações homoafetivas, solucionado pelo Supremo, que representa a realidade de tantas outras matérias que sofrem com a inércia do Poder Legislativo e, por conseguinte, deixam de receber a proteção estatal que lhes é devida, por fim, discorrendo-se acerca de quais seriam os limites à atuação ativista do Supremo tribunal Federal.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Judicialização da política e das relações sociais. Direitos Fundamentais. Reserva do Possível.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI-5	Ato Institucional nº 5
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	Artigo
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O NEOCONSTITUCIONALISMO, O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	12
2.1	PANORAMA GERAL ACERCA DO NEOCONSTITUCIONALISMO	12
2.2	O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
2.3	A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL APÓS 1988	24
3	DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 4.277/DF	28
3.1	A PLURALIDADE FAMILIAR E A TEMÁTICA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS	28
3.2	O JULGAMENTO DA ADPF N° 132/RJ E DA ADI N° 4.277/DF	30
3.2.1	Votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal	31
3.3	PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO (PEC) 33	42
4	O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TEMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL	46
4.1	OS TRÊS PODERES: SEPARAÇÃO E HARMÔNIA ENTRE ELES	46
4.2	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS	49
4.3	O ATIVISMO JUDICIAL	51
4.3.1	O ativismo judicial e sua legitimidade	52
4.3.1.1	O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes	53
4.3.1.2	O ativismo judicial e a democracia	56
4.3.1.2.1	Democracia e maioria	59
4.3.1.3	O ativismo judicial e sua legitimidade social	61
4.3.2	Limites ao exercício do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal	62
5	CONCLUSÃO	67
	REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno do neoconstitucionalismo, novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito verificado na Europa Continental a partir do constitucionalismo pós-guerra e no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, impactou fortemente na atual jurisdição constitucional brasileira, acarretando diversas mudanças no Direito Constitucional.

É, assim, notória no Brasil a expansão da jurisdição constitucional e, com esta, a responsabilidade cada vez maior do Poder Judiciário e, especialmente do Supremo Tribunal Federal, na consecução dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Ocorre que, diante das novas características trazidas pelo neoconstitucionalismo ao ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se a consequente judicialização da política e das relações sociais, os juízes e tribunais passaram a exercer não apenas um controle negativo de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade de leis, mas também um controle positivo em prol da realização dos mandamentos constitucionais, o que acabou por originar o fenômeno do ativismo judicial.

Nesse sentido, importante notar que, diante do protagonismo assumido pelo Poder Judiciário e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal em razão de sua postura ativista, passou-se a questionar a legitimidade de tais decisões, surgindo diversas discussões acerca de supostas violações ao princípio da separação de poderes e ao ideal de democracia.

Vejamos que o caso específico do reconhecimento da união homoafetiva vem a exemplificar a necessidade de tutela jurídica de diversas situações que sofrem com a inércia do Poder Legislativo e, em virtude disso, desamparadas pelos demais poderes, requerem a devida proteção ao Supremo Tribunal Federal.

Assim é que este tema nitidamente preocupa não apenas o ordenamento jurídico pátrio, que tenta compatibilizar os direitos e garantias fundamentais com o princípio da separação de poderes e o ideal de democracia, como também os indivíduos e a sociedade como um todo, que, em um país assolado pela desigualdade, muitas vezes sequer possuem condições mínimas para uma existência digna, motivo pelo qual de relevância incontestável, portanto, é o tema em questão.

Destarte, indaga-se: são as decisões do Supremo Tribunal Federal legítimas?

A fim de responder tal indagação, o capítulo segundo deste trabalho traz à tona um panorama geral acerca do neoconstitucionalismo, versando também sobre o surgimento de novos direitos no ordenamento jurídico brasileiro e sobre a expansão da jurisdição constitucional após 1988.

Já o capítulo terceiro tem por escopo demonstrar a necessidade de reconhecimento das relações homoafetivas, que foi suprida a partir do julgamento da ADI 4.277, não apenas analisando os votos dos ministros do Supremo em tal julgamento como inicialmente abordando a questão da pluralidade familiar e a temática das uniões homoafetivas, discorrendo ainda acerca da polêmica Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33.

No quarto e último capítulo, por fim, consta o estudo específico do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e da temática do ativismo judicial, tratando-se acerca da separação e harmonia entre os três poderes, da judicialização da política e das relações sociais, da conceituação do ativismo judicial e da legitimidade deste tendo em vista o princípio da separação de poderes e o ideal de democracia, analisando também sua legitimidade social e os limites ao exercício de tal fenômeno no Supremo Tribunal Federal.

Veja-se, a seguir, um panorama geral acerca do neoconstitucionalismo, destacando-se os marcos histórico, filosófico e teórico de tal fenômeno bem como avaliando-se criticamente seus possíveis fundamentos.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO, O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 PANORAMA GERAL ACERCA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

No intuito de melhor compreender o tema objeto deste trabalho, torna-se imperioso realizar uma breve análise do fenômeno do neoconstitucionalismo para a percepção da maneira pela qual este impactou na atual jurisdição constitucional brasileira.

Inicialmente, é importante notar que o constitucionalismo nasceu a partir das Revoluções liberais Americana e Francesa, trazendo consigo, em essência, as ideias de submissão do poder político ao Direito, limitando, assim, as funções de tal poder, bem como de separação dos poderes, e tendo por finalidade, dentre outras, assegurar a liberdade dos indivíduos contra possíveis abusos do estado.¹

Segundo Vital Moreira, a chamada revolução constitucional fez com que o Estado passasse a existir com base na Constituição, deixando de ser, por si só, absoluto para ser subordinado às regras constitucionais.²

Nesse sentido, saliente-se que a Constituição do Estado Liberal burguês versava basicamente sobre organização e procedimento, visava garantir segurança e liberdade aos indivíduos, restringia a participação política à burguesia e confiava na auto-regulação do mercado, realidade que foi modificada substancialmente com a Constituição de Weimar, de 1919, quando a Constituição passou a incorporar direitos coletivos, sociais, econômicos e culturais e não mais apenas direitos individuais, exigindo-se do Estado prestações, havendo extensão do sufrágio e abordando ainda temas como economia e trabalho, fase que Vital Moreira chamou de “Constitucionalismo conformador da ordem econômica e social”.³

Fato é que as mudanças ocorridas no direito constitucional acabaram por constituir o movimento teórico denominado de “neoconstitucionalismo”, que é conceituado das mais diversas formas pela doutrina, sendo difícil falar-se em um conceito estrito do mesmo.

¹ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2001. p. 314.

² *Ibidem*, Loc. Cit.

³ *Ibidem*, p.314-315.

Para Max Möller:

[...] o termo *neoconstitucionalismo*, em seus vários significados, marca de forma mais acentuada a diferenciação da prática constitucional contemporânea – que privilegia o caráter normativo da constituição, assim como a vinculação material aos direitos fundamentais –, em relação ao modelo liberal de constitucionalismo, o qual reservava uma condição de supremacia meramente formal aos ordenamentos constitucionais. Outrossim, destaca o pluralismo e a complexidade que caracterizam as relações da sociedade pós-moderna, em oposição ao modelo social liberal, que privilegiava o “cidadão médio”, não reconhecendo as particularidades e distinções dos diversos grupos sociais [...].⁴

Luís Roberto Barroso⁵ realiza uma análise de tais transformações ocorridas na Europa levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

Nesse sentido, note-se que enquanto na Europa Continental, especialmente na Alemanha e na Itália, o marco histórico do novo direito constitucional foi o constitucionalismo do pós-guerra, no Brasil o mesmo se deu com a Constituição de 1988 e o conseqüente processo de redemocratização que esta acarretou.⁶

A reconstitucionalização da Europa promoveu grandes mudanças no papel da Constituição e na influência que o direito constitucional exerce sobre as instituições atualmente, o que não se deu de maneira diversa no Brasil. Segundo Barroso, “sob a constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”.⁷

No que se refere ao marco filosófico do novo direito constitucional, por sua vez, destaca o supracitado autor ser este o pós-positivismo, que, superando as duas grandes e, para muitos, estanques correntes de pensamento que o precederam, quais sejam, o jusnaturalismo e o positivismo, trouxe consigo o abandono à legalidade estrita e a busca por uma leitura moral do Direito, havendo, neste novo modelo, uma reaproximação entre o Direito e a filosofia, sem, contudo, existir o apego a ideais metafísicos como à época do jusnaturalismo houvera.⁸

Nesse ínterim, assevera Max Möller que, com o estabelecimento dos

⁴ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 283.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

direitos fundamentais nas Constituições e a conseqüente abertura dos ordenamentos jurídicos para conteúdos morais que a instituição de tais direitos possibilita, o que há, em verdade, é um ressurgimento do jusnaturalismo, não no sentido da volta deste como teoria do direito, bem como não para se opor, mas para complementar e aperfeiçoar a ótica positivista do Direito. Nas palavras do autor:

[...] a atualidade da contribuição iusnaturalista radica no fato da necessidade de uma aceitação de um direito que não está totalmente determinado, onde as regras apontam somente a uma solução *a priori*, e onde o direito interpretado deve submeter-se a testes de adequação a normas materiais; que não raro podem prever conteúdos indeterminados que façam menção a critérios de justiça.⁹

Ademais, de acordo com Thiago Magalhães Pires, as experiências totalitárias do século XX evidenciaram a necessidade de retomada da validade substantiva do direito, o que ocorreu por meio da inserção dos princípios nos textos constitucionais e do reconhecimento da normatividade destes, deixando claro o autor que o positivismo jurídico clássico, no qual ao interprete cabia apenas a aplicação da técnica de subsunção, não encontra mais guarida no atual Estado Democrático de Direito.¹⁰

Além disso, ainda sobre as transformações ocorridas no direito constitucional, assegura Barroso que, no que diz respeito ao plano teórico, estas se deram basicamente em decorrência de três fatores, que são: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹¹

Com a reconstitucionalização pós segunda guerra mundial, as normas constitucionais, que antes eram vistas como instrumentos essencialmente políticos, passaram a ter *status* de norma jurídica, dotadas, portanto, de imperatividade, tendo sido reconhecida a força normativa da Constituição e o conseqüente caráter vinculativo e obrigatório de seus dispositivos, bem como se destacado o papel do Poder Judiciário, até então pouco ou irrelevantemente atuante, na concretização do

⁹ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 71-73.

¹⁰ PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: O Possível e o Indesejável no Reencontro do Direito com a Moral**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 31-32.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

conteúdo constitucional.¹²

Conforme bem explana Barroso¹³, contudo, no Brasil, antes da década de 80, quando se incorporou significativamente no país a noção de força normativa da Constituição, a Constituição se fazia presente apenas e tão somente enquanto documento político, muitas vezes sem aplicabilidade, posto nas mãos do legislador e do administrador em um cenário autoritário, o que somente se modificou com a promulgação da Constituição de 1988.

Mister compreender, diante deste cenário, a consolidação da ideia de supremacia da Constituição, que revela o fato desta última ter passado a representar a norma mais importante do ordenamento jurídico de um Estado. Nas palavras de José Afonso da Silva essa supremacia “significa que a Constituição se coloca no vértice do ordenamento jurídico do país”.¹⁴

Nesse sentido, esclarece também Dirley da Cunha Júnior:

Enfim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua supremacia em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar.¹⁵

De mais a mais, discorre Barroso acerca da expansão da jurisdição constitucional, afirmando que:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.¹⁶

Nessa perspectiva, importante notar que em que pese no Brasil o controle de constitucionalidade exista, no modelo difuso, desde a Constituição de 1891, foi a

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

¹⁵ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2014, p. 32.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*

partir da Constituição de 1988 que a jurisdição constitucional aqui de fato se expandiu, com a ampliação do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a criação de novos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, tema que será aprofundado mais adiante.

Não obstante, note-se que juntamente com o reconhecimento da força normativa da Constituição e a conseqüente expansão da jurisdição constitucional, surgiu uma nova interpretação da Constituição.

Barroso, nesse sentido, lembra que, justamente em decorrência do reconhecimento da força normativa da Constituição, do que se extrai que as normas constitucionais são normas jurídicas, a interpretação constitucional configura-se enquanto uma modalidade da interpretação jurídica, sendo aplicados a ela, portanto, os elementos tradicionais de interpretação do Direito (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), bem como utilizados os critérios tradicionais de solução de conflitos em caso de eventual existência destes (hierárquico, temporal e especial).¹⁷

Salienta o supracitado autor, contudo, que, em razão da especificidade das normas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram um conjunto de princípios aplicáveis notadamente à interpretação constitucional, quais sejam, o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.¹⁸

Ocorre que, em que pese a interpretação jurídica tradicional não esteja superada, uma vez que é através desta que ainda é resolvida a maioria das questões jurídicas, as categorias tradicionais da mesma passaram a mostrar-se insuficientes diante da necessária concretização do conteúdo constitucional, motivo pelo qual elaborou-se uma nova interpretação constitucional.¹⁹

Destarte, essa nova interpretação constitucional leva em conta o fato de que houve uma mudança tanto no papel da norma quanto no papel do juiz (intérprete) na interpretação jurídica constitucional, uma vez que se constatou que a norma, em abstrato, é incapaz de solucionar todos os problemas jurídicos e, por isso

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

mesmo, a função do juiz não se limita à técnica de aplicação do método de subsunção do fato à norma.

É a partir dessa supracitada constatação que a doutrina elaborou novos conceitos e categorias que passaram a caracterizar a nova interpretação constitucional, tais como as cláusulas gerais (conceitos jurídicos indeterminados), os princípios e o reconhecimento da normatividade destes, bem como a ponderação como consequente necessidade diante das colisões de normas constitucionais, todos eles configurando-se enquanto bons exemplos de elementos que requerem a participação ativa do intérprete na definição concreta do sentido e do alcance da norma.²⁰

Assim, se antigamente vigorava o positivismo exegético, atuando o juiz apenas e tão somente como “boca da lei”, ou seja, enquanto um mero aplicador do texto legal, hoje, principalmente em razão do estabelecimento da ideia de força normativa da Constituição, os juízes passaram a assumir um papel criativo de construção do direito.

Nas palavras de Barroso: “o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”²¹, o que se dá com o objetivo de que as normas constitucionais possam ter a maior eficácia possível.

Humberto Ávila, por sua vez, ainda sobre o referido tema, avalia criticamente quatro dos que atribuem ser os possíveis fundamentos do neoconstitucionalismo, qualificando-os enquanto normativo, metodológico, axiológico e organizacional e assegurando que estes mantêm entre si uma relação de causa e efeito, encadeando-se.²²

Segundo o autor, o fundamento normativo do neoconstitucionalismo seria o estabelecimento dos princípios nas Constituições do pós-guerra, seja de maneira exclusiva ou preponderante, ocupando, no todo ou em parte, o lugar das regras, o que acabou por desencadear o surgimento de todos os outros fundamentos, posto

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

²¹ *Ibidem*

²² ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**Ciência do Direito**” e o “**Direito da Ciência**”. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, n.21, p. 132-150.

que a posição de destaque que os princípios passaram a ter nas Constituições promoveu uma série de mudanças, notadamente no método de aplicação das normas, na dimensão predominante de justiça e na atuação dos Poderes estatais.²³

Nesse ínterim, contudo, ressalta Ávila que, em relação à Constituição Brasileira de 1988, não se pode falar em adoção exclusiva de princípios e nem tampouco em adoção exclusiva de regras, sendo estes modelos de norma, em verdade, complementares, afirmando ainda, além disso, que não há que se falar nem mesmo em preponderância dos princípios sob as regras no texto constitucional.

²⁴

Para Humberto Ávila, em que pese o acima explanado, se tivesse de se falar em uma espécie normativa típica, ao contrário do que afirma grande parte da doutrina, o correto seria dizer que a Constituição Brasileira de 1988 é formada essencialmente por regras e não por princípios, fato que, segundo o mesmo, objetiva extinguir ou ao menos diminuir possíveis inseguranças e arbitrariedades e pode ser constatado a partir de uma simples leitura do texto constitucional. De acordo com o autor:

Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte [...] decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminassem sem peso algum.²⁵

Ainda nesse sentido, salienta Ávila que nem mesmo do ponto de vista qualitativo (e não quantitativo) pode-se afirmar que os princípios prevalecem sobre as regras no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a opção constitucional expressa nas regras não pode ser desprezada pelo intérprete pelo simples fato do mesmo não concordar com tais normas, “como se fora um mero conselho”, sob pena de acabar-se com as funções destas últimas, o que as tornariam descartáveis, contrariando sua própria essência, e de qualificar-se o neoconstitucionalismo, nessa perspectiva, enquanto uma mera e vaga ideologia amparada pela retórica.²⁶

Note-se que o acima explicitado, por si só, nega o fundamento metodológico do neoconstitucionalismo, o qual preconiza a preponderância da

²³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, n.21, p. 132-133.

²⁴ *Ibidem*, p. 133.

²⁵ *Ibidem*, p. 134.

²⁶ *Ibidem*, p. 135-137.

ponderação em relação à subsunção ou até mesmo a substituição desta última pela primeira, também não se podendo afirmar que toda decisão deve ser baseada na ponderação de princípios constitucionais, uma vez que, segundo Humberto Ávila, tal afirmação acarretaria não só o fim das regras, extinguindo ou reduzindo o caráter heterolimitador do Direito, e a conseqüente desvalorização da função legislativa e do papel democrático do Poder Legislativo, como faria com que todas as outras espécies de normas passassem a ter função secundária em face dos princípios constitucionais, que seriam sempre o fundamento das decisões.²⁷

Já o fundamento axiológico do neoconstitucionalismo, por sua vez, traduz-se na mudança da dimensão predominante da justiça, que passou a ser a justiça particular ao invés da justiça geral, o que ocorreu justamente em decorrência da adoção da ponderação de princípios, posto que tal técnica exige que se realize uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata.²⁸

Ávila, porém, afirma que “A justiça do mundo real, não do ideal, exige a existência de regras”, bem como o aplicador também o exige, sendo estas instrumentos de justiça geral que atuam reduzindo conflitos e garantindo uma maior segurança das decisões, motivo pelo qual não se pode simplesmente desprezar a justiça geral para considerar sempre todas as circunstâncias do caso concreto em busca de uma melhor solução. De acordo com o autor:

A consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, seja o que isso signifique, apesar das circunstâncias selecionadas pela regra legal, não é algo necessariamente positivo, e a contemplação dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo.²⁹

O fundamento organizacional, por fim, se resume numa atuação mais expressiva do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, o que se sucede justamente em decorrência dos últimos fundamentos, ou seja, em razão da realização de análises mais individuais e concretas em virtude da ponderação de princípios, e acaba por acarretar a preponderância das normas constitucionais em prejuízo da legislação ordinária³⁰, bem como a perda da hegemonia da lei como

²⁷ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, n.21, p. 138-139.

²⁸ *Ibidem*, p. 143.

²⁹ *Ibidem*, p. 145-147.

³⁰ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, n.21, p. 147.

fonte de direito.

Nesse sentido, contudo, ratifica mais uma vez Humberto Ávila a necessidade da existência das regras no Estado de Direito, assegurando que ao Poder Legislativo cabe a edição destas e ao Judiciário a aplicação das mesmas, não havendo razão para este último poder atuar de forma preponderante na determinação da solução dos conflitos, uma vez que, de acordo com o próprio autor, em que pese não se queira dizer que o papel do poder judiciário não é relevante, não se pode diminuir o papel do Poder Legislativo, que possui inúmeras competências que originam regras que devem ser respeitadas.³¹

Destarte, após a análise acima exposta, conclui Humberto Ávila que tais fundamentos trazidos pelo neoconstitucionalismo, considerados por muitos como mudanças fundamentais ocorridas no Direito Constitucional, da maneira por ele elucidada, não possuem amparo no ordenamento constitucional brasileiro, uma vez que, em que pese o fato de que, se levadas em conta tais alterações, nas palavras do autor, “a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder.”, não se pode afirmar que se passou ou que se deva passar das regras para os princípios, da subsunção para a ponderação, da justiça geral para a justiça particular e do Poder Legislativo ou Executivo para o Poder Judiciário.³²

Para o autor, portanto, “esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja”, devendo a aplicação do que se chama no Brasil de neoconstitucionalismo, nesses moldes, ser urgentemente revista para que possa encontrar guarida no ordenamento jurídico brasileiro sob pena de representar, em verdade, uma espécie de “não-constitucionalismo”, que Ávila afirma ser “um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”.³³

De acordo com Max Möller, contudo, o neoconstitucionalismo enriquece os ordenamentos jurídicos, permitindo a discussão de diversas questões políticas e morais, mas ao mesmo tempo exige dos operadores jurídicos um preparo técnico muito maior e o conhecimento do sistema jurídico como um todo³⁴, posição com a

³¹ *Ibidem*, p. 147-148.

³² *Ibidem*, p. 133-150.

³³ *Ibidem*, p. 150.

³⁴ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 22.

qual se coaduna este trabalho.

Fato é que, como visto, apesar das críticas feitas a tal fenômeno e mesmo que ele não se consubstancie de maneira tão maniqueísta, é inegável que o neoconstitucionalismo, novo paradigma de interpretação e aplicação do direito, perfaz-se enquanto um relevante conjunto de mudanças ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, e dessas transformações é que adveio a chamada constitucionalização do Direito.

A expressão “constitucionalização do Direito” possui sentidos diversos. Barroso, contudo, destaca aquele que a associa a um efeito expansivo das normas constitucionais. Assim, a constitucionalização do Direito, nesse sentido que aqui também utilizaremos, traduz-se no fato de as normas constitucionais irradiarem seu conteúdo por todo o ordenamento jurídico, passando a condicionar a validade e o sentido de todas as outras normas infraconstitucionais e, por conseguinte, inclusive, influenciar na atuação dos três poderes e nas relações entre os particulares.³⁵

De acordo com o autor:

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.³⁶

Segundo Barroso, prevalece o entendimento de que o berço do processo de “constitucionalização do Direito” foi a Alemanha, onde o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu que os direitos fundamentais, além de proteger situações individuais (dimensão subjetiva), desempenham a função de instaurar valores objetivamente, ou seja, com base na coletividade, nos interesses de toda sociedade, influenciando na aplicação não só do direito constitucional como de todos os outros

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

³⁶ *Ibidem*.

ramos do Direito.³⁷

Nesse sentido, registre-se que o primeiro grande precedente no assunto foi julgado em 15 de janeiro de 1958 e ficou conhecido como caso Lüth³⁸, servindo de estímulo à promoção de significativas transformações na interpretação dos ramos do direito, notadamente no Direito Civil, com base na aplicação dos direitos fundamentais da Constituição alemã.³⁹

Assim, com a constitucionalização do direito, a Constituição passou a figurar como “vetor de interpretação de todas as normas do sistema”, o que se sucedeu inclusive no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁰

2.2 O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A aproximação das ideias de democracia e constitucionalismo originou uma nova forma de organização política, que é o Estado democrático de direito, consolidado quando do advento da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, assevera André Puccineli Júnior:

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo moderno ou pós-positivismo, nasceu assim com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito ou, para alguns, um Estado Social e Democrático de Direito, que seja tributário da justiça distributiva e favoreça a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, contemple o modelo normativo axiológico, absorva uma nova postura hermenêutica voltada à legitimação das aspirações sociais e reconheça a força normativa da Constituição, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas.⁴¹

Destarte, a Constituição Federal de 1988, qualificada costumeiramente como analítica, é a mais longa e minuciosa de toda a história constitucional brasileira e, como bem afirma Marco Antônio Villa, acabou por estabelecer-se, em verdade,

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

³⁸ Em suma, Erich Lüth estimulou o boicote de um filme sob direção de Veit Harlan e, em virtude de norma que previa que “Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”, tal conduta foi considerada, pelo juiz ordinário, violadora do Código Civil alemão, mas o Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão alegando o fato de que o Código Civil deveria ser interpretado à luz do direito fundamental à liberdade de expressão. In: *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.27.

enquanto um programa econômico-político social para o país⁴², tendo criado diversos novos direitos conforme pode depreender, inclusive, de seu art.3º, que estabelece diversas normas programáticas como sendo os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.⁴³

Nesse sentido, somente à título exemplificativo, note-se que a referida Constituição traz o racismo e a tortura como crimes inafiançáveis, preconiza a igualdade como um todo, bem como a igualdade de gêneros, assegura direitos sociais tal como educação, trabalho e saúde, dispõe acerca de direitos da seguridade, impõe a necessidade de defesa do meio ambiente e reforça como um todo a proteção de direitos e liberdades

Mister salientar, neste íterim o evidente perfil dirigente e programático da referida Carta Política, que se caracteriza por conter normas definidoras de ações e programas a serem concretizados pelo Poder Público. A Constituição Federal de 1988 não é nem de longe absenteísta, ou seja, não é neutra diante das necessidades de desenvolvimento econômico e social da coletividade.

Conforme assevera Miguel Calmon Dantas, no entanto, em que pese a Constituição Federal de 1988 seja dirigente, essa característica pode não representar nada se as diretivas e programas constitucionalmente previstos não se traduzirem em realidade.⁴⁴

Nessa perspectiva, esclarece Konrad Hesse em sua conhecida obra acerca da força normativa da Constituição:

Subsiste para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. [...] Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Willezur Verfassung), que,

⁴² VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011, p.115-116.

⁴³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.).

⁴⁴ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.⁴⁵

Note-se, assim, que o referido Estado Democrático de Direito acaba por suscitar duas relevantes problemáticas, quais sejam, a busca pela efetivação dos direitos e ideais constitucionalmente previstos e, justamente em razão da não efetividade destes, o aumento das demandas em torno disso, que passam a encharcar o Judiciário, sendo inegável, assim, a expansão da jurisdição diante deste novo cenário que revela um Estado garantidor de prestações necessárias à realização dos objetivos constitucionais.

2.3 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL APÓS 1988

Conforme bem define Luís Roberto Barroso, “a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos”⁴⁶, ressaltando-se que, conforme já asseverado, muito embora tenhamos jurisdição constitucional no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891, esta se expandiu de fato a partir de 1988.

Nesse sentido, afirma Patrícia Perrone Campos Mello que a Constituição Federal de 1988 fortaleceu a independência e a autonomia do Poder Judiciário, “criando condições para o desenvolvimento judicial do direito”, trazendo em seus artigos extenso rol de direitos fundamentais, representando o marco histórico da redemocratização do Brasil e propiciando, assim, o equilíbrio entre os Poderes.⁴⁷

Segundo Oscar Vilhena Vieira:

Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue

⁴⁵ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 26-27.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-tronco: Dois Temas acerca da Vida e da Dignidade na Constituição. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 109.

⁴⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito do Estado, ano 5, nºs 19-20, jul/dez 2010, p. 188.

a função última de guardião da constituição.⁴⁸

Assim, importante notar que após 1988 a jurisdição constitucional se fortaleceu e expandiu, principalmente por terem sido concebidos novos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade⁴⁹ e ampliado o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade⁵⁰.

Não se pode olvidar também, nesse aspecto, a incorporação do relevante princípio da inafastabilidade da jurisdição na Carta Política de 1988 em seu art.5º, XXXV, que assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁵¹, em claro contraponto ao que vivenciara o Brasil até então.

Muito embora atualmente pareça extremamente óbvio o quanto preconizado no referido dispositivo, esta nem sempre foi a realidade brasileira, que enfrentou árduo período de ditadura militar no qual muitos direitos e garantias foram bruscamente eliminados e limitados, inclusive o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional devida, destacando-se em tal contexto a edição do famigerado Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13/12/1968.⁵²

O AI-5 autorizava uma série de absurdos e suspendia diversas garantias constitucionais, dando total liberdade ao Poder Executivo para atuar conforme suas conveniências sem nenhum tipo de limitação, estabelecendo, dentre outras coisas, por exemplo, que o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores a

⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

⁴⁹ Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro passou a contar com mais duas ações para além das já existentes Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Válido ressaltar ainda que, em 1933, por meio da Emenda Constitucional de nº 3, criou-se também a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

⁵⁰ A atual Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no art.102, I, a, da Constituição Federal de 1988, era anteriormente chamada de “Representação Genérica de Inconstitucionalidade” e, até 1988, o direito de propositura da mesma era de monopólio do Procurador-Geral da República, tendo sido ampliado na referida Carta Política, conforme o art.103 da mesma: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2018.).

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de Dezembro de 1968**. Brasília, DF: 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

qualquer tempo, passando este a estar autorizado a legislar em toda e qualquer matéria, bem como exercer qualquer atribuição do parlamento nesse período, ficando a seu critério também a volta do funcionamento deste último, permitindo que o chefe do poder executivo pudesse suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos e, não obstante, mesmo diante de tudo isso, proibindo o direito de ação ao disciplinar em seu art.11 que os atos praticados em consonância com tal ato institucional estavam excluídos da apreciação pelo poder judiciário.⁵³

Com a Constituição Federal de 1988 e o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, portanto, passamos de uma grande restrição a uma grande liberdade, da proibição do direito de ação à garantia de inafastabilidade da jurisdição, o que, juntamente com todos os outros direitos e garantias trazidos por esta Carta Magna, propiciou a expansão da jurisdição constitucional, passando a judicialização de inúmeras e variadas matérias a ser tida como algo tangível.

Nesse interím, merece ainda atenção o fato de que, no Brasil, a jurisdição constitucional é exercida por todos os juízes e tribunais, seja quando se aplica diretamente a Constituição às situações por ela previstas, seja quando se aplica a Magna Carta indiretamente, o que ocorre quando a mesma é utilizada pelo intérprete como parâmetro para a análise da validade ou atribuição do melhor sentido à norma infraconstitucional.⁵⁴

Assim, executando o significativo papel que é o controle de constitucionalidade, temos aqui, além dos juízes e demais tribunais, o Supremo Tribunal Federal, tribunal constitucional ao qual compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme estabelecido no art.102 da nossa carta magna.⁵⁵

Criado em 1891, o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil e possui, em suma, o papel de zelar pelo cumprimento do texto constitucional. Em que pese tenha sido criado em 1891, contudo, insta salientar que o Supremo assumiu posição de destaque a partir de 1988, quando se transformou

⁵³ “Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.” (BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de Dezembro de 1968**. Brasília, DF: 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.).

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 228.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

em um Tribunal Constitucional e houve a delegação das funções infraconstitucionais a um novo Tribunal criado, qual seja, o STJ (Superior Tribunal de Justiça).

Nesta senda, Oscar Vilhena Vieira evidencia três funções do STF que, conjuntamente, o diferenciam de qualquer outro Tribunal do mundo, quais sejam, as funções de Tribunal Constitucional (julgando as ações que chegam até ele por meio do controle concentrado de constitucionalidade), de último grau de jurisdição em demandas envolvendo matérias constitucionais (exercendo o controle difuso incidental de constitucionalidade) e de foro privilegiado (possuindo competência originária para julgar determinadas causas) ⁵⁶, sendo o STF, desta maneira, a última instância decisória no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa maior atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como do Poder Judiciário como um todo, assim, tem impactado nas mais diversas áreas do Direito, trazendo novas compreensões.

Nesse sentido, mister salientar que foi a partir das novas características que o movimento do neoconstitucionalismo conferiu ao ordenamento jurídico brasileiro que passou a ser possível a existência de juízos interpretativos com a finalidade de concretização dos objetivos constitucionais e combate à inercia do Poder legislativo, exercendo os juízes e tribunais, a partir de então, não apenas um controle negativo, declarando a inconstitucionalidade de leis, uma vez que não mais se está diante de meras diretrizes políticas, mas também um controle positivo, em prol da realização dos valores constitucionais, a exemplo do que ocorreu no caso das uniões homoafetivas e que será a seguir analisado.

⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

3 DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 4277/DF

3.1 A PLURALIDADE FAMILIAR E A TEMÁTICA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A evolução da sociedade e as transformações ocorridas nesta, tais como a ascensão da mulher no mercado de trabalho, a liberdade sexual e o fato de não mais se considerar como propósito único ou preponderante das relações, notadamente do instituto do casamento, a procriação, naturalmente desencadearam o surgimento de novos modelos de família para além do tradicional, patriarcal, representado pelo “pátrio-poder”, a exemplo das famílias monoparental, avoenga, homoafetiva, dentre outras.

Assim, em nome principalmente dos princípios da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previstos, passou a ser extremamente necessário, nesse sentido, o reconhecimento da pluralidade de famílias advindas dessa nova conjuntura social, não havendo que se falar hoje, portanto, na existência de uma só concepção de família, o que acarretou inclusive a mudança das nomenclaturas utilizadas neste âmbito pela doutrina e pelo próprio Estado, passando-se a falar em famílias, no plural, e não apenas em família, a exemplo da denominação da matéria jurídica “Direito da família”, que se passou a chamar “Direito das famílias”, bem como dos fóruns, que passaram a ser chamados de “fórum das famílias”, refletindo a multiplicidade de relações familiares.

Nesse contexto inserem-se as uniões homoafetivas, que, em que pese sejam alvo de constantes debates na atualidade e configurem-se enquanto uma realidade inegável, não datam de hoje, havendo registros da existência das mesmas desde a antiguidade, muito embora o primeiro país a reconhecê-las, qual seja, a Dinamarca, só tenha o feito em 1989 e o primeiro país a autorizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, qual seja, a Holanda, só tenha o feito em 2001.⁵⁷

No que se refere ao conceito de “homoafetividade”, note-se que Carlos Ayres Britto, ministro do Supremo Tribunal Federal, utiliza o termo:

[...] para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho

⁵⁷ BRASIL. IBDFAM. **STJ – Relações homoafetivas podem ser reconhecidas juridicamente**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/2726/STJ+-+Rela%C3%A7%C3%B5es+homoafetivas+podem+ser+reconhecidas+juridicamente%22>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. [...].⁵⁸

À título de informação, nesse sentido, válido atentar-se para o fato de que, de acordo com a pesquisa Estatísticas do Registro Civil, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 19,5 mil casais do mesmo gênero casaram-se em cartório entre 2013 e 2016, ou seja, cerca de cinco mil por ano, o que representa aproximadamente 0,5% do total anual de uniões oficializadas no Brasil neste período.⁵⁹

Importante notar, porém, que, no que se refere especificamente ao Brasil, até 2011 a união homossexual não era reconhecida enquanto entidade familiar no ordenamento jurídico, não recebendo, assim, a proteção que a Constituição garante à família, e muito menos tinham os casais do mesmo gênero o direito de contrair matrimônio, não existindo disciplina legal acerca dessas questões até o referido ano, o que não apenas confrontava seriamente com a realidade existente no país, que possui significativa comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), como também implicava no impedimento de tais indivíduos gozarem de uma série de outros direitos assegurados às famílias tradicionais, a exemplo da adoção, herança e partilha de bens.

Outrossim, válido ainda salientar que as demandas relacionadas às uniões homoafetivas inicialmente tramitavam na vara cível e não na vara das famílias, o que se justifica pelo fato de que a preocupação que se tinha em relação às mesmas era basicamente patrimonial e não afetiva, não havendo, contudo, explicação plausível para tal fato, uma vez que as relações homoafetivas não são menos afetivas que as relações heterossexuais, não justificando-se tal tratamento diferenciado.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

⁵⁹ BRASIL. IBGE. **Pesquisa Estatísticas do Registro Civil**. Disponível em: <<http://https://biblioteca.ibge.gov.br/pt/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

Diante desse cenário é que a tutela jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo tornou-se alvo de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, até que, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF, tal questão chegou ao Supremo Tribunal Federal.

3.2 O JULGAMENTO DA ADPF N° 132/RJ E DA ADI N° 4.277/DF

A referida ADPF foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que requereu a interpretação de alguns dispositivos do Decreto-Lei nº 220 de 1975 (dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro) de acordo com os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, dentre outros, com o objetivo de afastar qualquer entendimento contrário a um tratamento igualitário aos servidores públicos do Estado, notadamente no que se refere à equiparação jurídica das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas para fins de concessão de benefícios estatutários e previdenciários a tais servidores.

A ação direta de inconstitucionalidade, por sua vez, foi proposta pela Procuradoria Geral da República, inicialmente na forma da ADPF 178, mas acabou sendo recebida pelo ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do STF, como ADI, pretendendo, em síntese, a declaração de obrigatoriedade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a configuração da união estável heteroafetiva, bem como a extensão dos mesmos direitos e deveres que possuem os companheiros nas uniões estáveis heterossexuais aos companheiros das uniões homossexuais, requerendo, para tanto, a interpretação conforme a Constituição do art.1723 do Código Civil.

O STF considerou que a ADPF nº 132/RJ havia perdido parte do seu objeto, uma vez que, quando do julgamento da mesma, a legislação do Estado do Rio de Janeiro já equiparava os parceiros homossexuais à condição de companheiro para fins previdenciários. Acatando o Ministro Relator, contudo, pedido subsidiário constante na ação, conheceu da supracitada ADPF também como ação direta de inconstitucionalidade, e, por serem as lides semelhantes, possuindo, em última

análise, o mesmo objeto, qual seja, a interpretação conforme à Constituição do art.1723 do Código civil, a julgou em conjunto com a ADI 4.277.⁶⁰

Atentando-se para as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, por unanimidade, pela procedência de ambas as ações, dando ao art.1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para que se exclua qualquer significado que obste o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, aplicando-se a esta última as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva desde que atendidos os pressupostos legais para configuração da união estável⁶¹, tendo tal decisão efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.⁶²

Contudo, em que pese tenha a referida decisão sido unânime, é importante notar que diversos foram os argumentos utilizados pelos ministros para que se chegasse a esta, motivo pelo qual se passa a analisar alguns dos fundamentos dos votos proferidos pelos membros do STF no julgamento em questão.⁶³

3.2.1 Votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal

Antes de mais nada, válido trazer à tona a informação de que o art.1723 do Código Civil estabelece que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública contínua e

⁶⁰ EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁶¹ Tais pressupostos podem ser extraídos do art.1723 do Código Civil, que considera união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁶³ Insta salientar, nesta oportunidade, que o ministro Dias Toffoli se declarou impedido de votar em razão do fato de ter se manifestado publicamente sobre a causa quando atuava enquanto advogado-geral da União, motivo pelo qual apenas 10 dos 11 ministros que compõem o STF participaram efetivamente do julgamento.

duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”⁶⁴, de modo que a problemática, como se pode perceber, gira em torno do fato de que a literalidade de tal dispositivo, a priori, somente reconhece como entidade familiar aquela formada entre homem e mulher, excluindo-se deste conceito, portanto, os casais homoafetivos, motivo pelo qual o pedido de ambas as ações, em suma, é que se dê interpretação à tal dispositivo conforme à Constituição.

Isto posto, comecemos pela análise do voto do relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, o qual utilizou uma argumentação sobretudo principiológica no intuito de defender a necessidade de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas a partir da interpretação conforme à Constituição do art.1723 do Código Civil, recorrendo a princípios como liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, dentre outros, para afirmar que o referido dispositivo deve ser lido à luz destes últimos, que norteiam a ordem constitucional.

De logo, esclarece o ministro que “... o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica.”⁶⁵, uma vez que é explicitamente vedado pela Constituição (art.3º, IV)⁶⁶ tratamento preconceituoso ou discriminatório em razão do sexo, afirmando o ministro relator que tal vedação incide também quanto à sexualidade de cada indivíduo, salientando que:

essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);⁶⁷.

Em seguida, analisando o capítulo de nº VII da Constituição Federal, o supracitado ministro enfatizou o quanto preconizado no art.226 da Constituição

⁶⁴ BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁶⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.).

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

Federal⁶⁸, qual seja, o fato de que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, salientando Ayres Britto que para essa proteção pouco importa a orientação sexual daqueles que compõe a família, inclusive porque a nossa Carta Política em momento algum dispensa tal tratamento diferenciado, afirmando o relator que entendimento contrário é notadamente homofóbico ou preconceituoso. De acordo com o ministro relator:

[...] sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.⁶⁹

De mais a mais, discorrendo acerca das entidades familiares reconhecidas constitucionalmente, recorda ainda o ministro em seu voto não só o fato de o casamento civil não ser mais a única forma de constituição de família, como também que a regulamentação de tal instituto pela Constituição Federal de 1988 não faz qualquer referência aos substantivos “homem” e “mulher”, concluindo, desta forma, que a presença de tais vocábulos ao se tratar da união estável no §3º do art.226 da nossa Carta Magna, que assevera que “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”⁷⁰, tem a função de ratificar a igualdade entre os gêneros diante da realidade do modelo familiar patriarcal antes dominante, no qual se inferiorizava a mulher, representando tais

⁶⁸ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 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. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 mar. 2018.).

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁷⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

palavras, em verdade, uma espécie de “bandeira de luta” defendida por nossa Constituição e, portanto, não guardando relação alguma com a orientação de sexual de cada indivíduo.

Para Ayres Britto, assim, “não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...;”, inclusive porque:

[...] não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º.⁷¹

Por fim, cumpre notar que, de acordo com o relator, no caso em questão não existe lacuna a ser preenchida, uma vez que o tratamento jurídico a ser dispensado às uniões homoafetivas está na própria Constituição, que deve ser interpretada juntamente com o dispositivo objeto da lide, de maneira sistemática. Nas palavras do mesmo:

Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.⁷²

O ministro Luiz Fux, segundo a votar, por sua vez, acompanhou o voto do relator, pronunciando-se inicialmente à respeito da temática da homossexualidade em si, afirmando ser necessário o estabelecimento de algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa, dentre as quais se encontram a de que “a homossexualidade é um fato da vida”, bem como a de que esta se trata de uma orientação e não uma opção sexual, uma vez que a mesma configura-se enquanto uma característica da personalidade do indivíduo e “um indivíduo é homossexual

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁷² *Ibidem*.

simplesmente porque o é”. Nas palavras do ministro:

[...] não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte propria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.⁷³

Não obstante, afirma Fux que “a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença”, além de que os homossexuais de fato constituem laços afetivos duradouros e contínuos, bem como se assistem reciprocamente, objetivando compartilhar projetos de vida.⁷⁴

Ademais, adentrando na esfera jurídica, ratifica o referido ministro o fato de que não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer vedação às uniões homoafetivas, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no estabelecimento destas, inclusive porque, como é constitucionalmente garantido, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, salientando ainda a necessidade do reconhecimento de tais uniões em nome da segurança jurídica.

De acordo com Fux, do ponto de vista ontológico nada distingue as uniões estáveis heteroafetivas das homoafetivas, afirmando o ministro que os vocábulos “homem” e “mulher” constantes no §3º do art.226 da Constituição Federal de 1988 não obstaculizam a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, pois, segundo o mesmo, “a norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família”, de modo que “seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil”.⁷⁵

Já a ministra Carmem Lúcia, que votou em seguida, acompanhou os votos dos ministros Carlos Ayres Britto e Luiz Fux, deixando clara a necessidade de combate ao preconceito e à discriminação e afirmando em relação aos dispositivos em questão (art.1723 do Código Civil e art.226, §3º da Constituição Federal Brasileira de 1988) que os mesmos devem ser interpretados de acordo com a

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

Constituição como um todo. Segundo a mesma, “sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios”, destacando ainda a mesma em seu voto que os tribunais estaduais já vinham concedendo vários direitos aos casais homoafetivos.⁷⁶

Para a ministra, não se pode afirmar exatamente que a referência à mulher constante no §3º do art.226 da Constituição Federal signifique a superação do status de inferioridade atribuído à esta e/ou a ratificação da igualdade entre homens e mulheres, mas é certo que a referência expressa a homem e mulher garante a eles o reconhecimento da união estável como entidade familiar, ressaltando Carmen Lúcia que, para ela, isso não significa que, caso essa união não se dê entre homem e mulher, ela (a união) não possa proporcionar aos seus companheiros os mesmos direitos que proporcionaria no primeiro caso, uma vez que não é essa a interpretação que se extrai dos princípios constitucionais, que preconizam justamente os ideias de igualdade, liberdade, dentre outros.

No que se refere à análise dos votos dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, cumpre notar que esta merece ser feita conjuntamente, uma vez que, apesar da unanimidade da decisão, ressalte-se, destacaram-se estes por oferecerem argumento diverso do oferecido pelos demais ministros no que se refere à utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição como fundamentação, posto que, de acordo com os mesmos, o uso desta para defender o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável significaria, em verdade, uma alteração drástica da literalidade e originalidade do art.1723 do Código Civil, bem como do explícito texto constitucional do art.226, não tendo sido essa a vontade do legislador.

Para os supracitados ministros e ao contrário do asseverado pelo ministro Relator e os que lhe seguiram nesta fundamentação, assim, existe sim uma lacuna normativa a ser preenchida, ressaltando os referidos ministros, nesse sentido, que a Constituição brasileira de 1988, em seu art.226, que se refere à família, não prevê a união homoafetiva como entidade familiar, não havendo como enquadrar esta em nenhuma das espécies de família previstas, mas também que o rol de entidades

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

familiares elencado no mesmo não é *numerus clausus*, ou seja, não é taxativo e sim exemplificativo, não excluindo, portanto, a possibilidade de outras modalidades de entidade familiar, de modo a ser possível, levando em conta principalmente os princípios da dignidade, igualdade e não discriminação, dentre outros, o reconhecimento da referida união como entidade familiar mediante o emprego de analogia.

Nessa perspectiva, assevera o ministro Cezar Peluso em seu voto:

Há uma lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade -, da similitude factual, entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. [...] De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem se aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. [...].⁷⁷

Pode-se sintetizar, desta forma, o posicionamento destes três ministros a partir do exposto por Ricardo Lewandowski em seu voto, segundo o qual a união homoafetiva, não prevista no rol do art.226 da Constituição Federal e, portanto, distinta da união estável preconizada neste dispositivo, configura-se enquanto uma situação lacunosa, representando uma nova modalidade de entidade familiar que pode ser extraída, por meio de integração analógica, de uma leitura da Constituição enquanto sistema, justificada por meio da necessidade de concretização dos princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, preservação da intimidade e não discriminação por orientação sexual, ressaltando que tal união não apenas é uma realidade fática como também não é proibida de maneira alguma em nosso ordenamento, devendo, assim, ser reconhecida como entidade familiar e a ela serem aplicadas as regras da união estável entre homem e mulher, que é o instituto jurídico que lhe é mais próximo.

Deste modo, assevera o Ministro Gilmar Mendes:

[...] entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –,

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.⁷⁸

Joaquim Barbosa, por ora, afirma em seu sucinto voto que o silêncio da Constituição acerca das uniões homoafetivas não deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade, não acreditando ter sido esta a intenção do legislador constituinte, recordando ainda o ministro que, como preconiza a própria Constituição, o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente elencados, salientando, deste modo, que:

[...] o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição [...] o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.⁷⁹

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, discorreu sobre a evolução dos direitos dos homossexuais, fazendo referencia à ocorrência desta evolução em diversos países, até o momento do reconhecimento da união homoafetiva, afirmando em seu voto ainda que “uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”.⁸⁰

O ministro Marco Aurélio, inicialmente, destaca em seu voto o preconceito vivenciado pelos homossexuais, chamando atenção para o grande número de homicídios praticados contra estes no Brasil única e exclusivamente em razão da orientação sexual dos mesmos.

Em seguida, lembra o supracitado ministro que se, por um lado, a existência do Direito sem a moral pode legitimar grandes atrocidades, a exemplo do ocorrido à época do nazismo, por outro lado o Direito submetido à moral de maneira irrestrita também ocasiona injustiça e perseguição, como ocorrera na Idade Média com os Tribunais da Santa Inquisição, motivo pelo qual afirma Marco Aurélio que “Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

aproximação.”, asseverando o ministro ainda nesse sentido, que

[...] Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.⁸¹

Não obstante, Marco Aurélio disserta acerca da evolução da concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro, chamando atenção para o fato de tal processo evolutivo ter tido como ápice o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe o reconhecimento jurídico de outras formas de família que não a matrimonial, salientando ainda que, dependendo o reconhecimento da entidade familiar apenas da opção pela constituição de uma vida afetiva comum em prol da dignidade daqueles que desta vida participam, resta claro que a união homoafetiva pode ser reconhecida como entidade familiar de acordo com a Constituição Federal.

Discorre também o ministro acerca do fenômeno da constitucionalização do direito civil, afirmando que enquadrar as uniões homoafetivas enquanto sociedade de fato é não reconhecer tal constitucionalização, uma vez que a sociedade de fato representa a realização de um empreendimento conjunto, mas não afetivo ou emocional e sim patrimonial, não sendo a simples tutela da situação patrimonial suficiente, fazendo-se, portanto, necessário o reconhecimento do regime familiar à união homoafetiva.

Finaliza Marco Aurélio seu voto afirmando que a objeção gramatical constante no art.1723 do Código Civil pode ser solucionada através da hermenêutica, pois a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, esclarecendo o ministro que não há vedação constitucional quanto a aplicação do regime da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, não havendo que se falar também em silêncio eloquente no §3º do artigo 226 da Constituição Federal, uma vez que o que há, em verdade, é a obrigação constitucional de igualdade, não discriminação e respeito às diferenças, de modo que, de acordo com o ministro, “Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

direitos a grupos minoritários.”, motivo pelo qual o mesmo deve ser interpretado à luz da Constituição.⁸²

Por fim, cumpre ainda analisar o voto do ministro Celso de Mello, que, de logo, relatou a perseguição histórica aos homossexuais, que sofriam censuras e eram penalizados não só pelas autoridades como também pela igreja simplesmente em virtude de sua orientação sexual, tendo tais indivíduos, ao longo da história, recebido tratamento nitidamente excludente e preconceituoso que não se esvaiu por completo até os dias atuais.

Ato contínuo, afirma o ministro que o Estado não pode ensejar esse comportamento discriminatório, sendo papel do STF, portanto, assegurar a integridade da cláusula constitucional impeditiva de discriminação, assim “... viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.”, ressaltando ainda Celso de Mello a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito e seu papel de proteção das minorias, salientando ser indispensável o reconhecimento da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar.⁸³

Ademais, segundo o ministro, o §3º do art.226 da Constituição Federal configura-se enquanto norma de inclusão que legitima a caracterização da união estável homoafetiva enquanto entidade familiar, declarando o mesmo, nessa perspectiva, que não vislumbra a existência de lacuna de caráter axiológico que evidenciaria “silêncio eloquente” no caso em tela. Para Celso de Mello:

[...] a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.⁸⁴

Encerrando seu voto, faz o referido ministro considerações acerca do direito à busca da felicidade, postulado constitucional implícito decorrente do

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

princípio da dignidade da pessoa humana, à respeito do afeto enquanto base do conceito atual de família, quanto ao fato de o direito de constituir família independe de orientação sexual e ainda sobre a necessidade de que sejam supridas as omissões constitucionais para que sejam assegurados os mandamentos constitucionais.

Isto posto, analisados todos os votos do julgamento em tela, depreende-se que, em que pese os diversos argumentos utilizados, restou claro em todos os votos proferidos e, por conseguinte, na decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, a necessidade de combate à discriminação e ao preconceito e, conseqüentemente, de reconhecimento dos direitos e deveres oriundos das uniões homoafetivas, sendo evidente a impossibilidade de estas últimas ficarem à margem da proteção do Estado, representando a referida decisão, assim, uma importante quebra de paradigma no Direito das Famílias.

À título de informação, cumpre notar ainda que em 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) equiparou a união estável ao casamento civil, impondo aos cartórios de todo o Brasil a obrigatoriedade de registro dos casamentos homoafetivos.

Ante todo o exposto, cumpre esclarecer que o referido caso foi escolhido neste trabalho monográfico a fim de representar uma das inúmeras realidades jurídicas brasileiras que carecem de posicionamento e/ou regulamentação no ordenamento jurídico e, em virtude da inércia do Poder Legislativo, é o Poder Judiciário chamado a atuar em nome da concretização dos ideais constitucionais, como ocorrera também, por exemplo, nos emblemáticos casos do aborto de feto anencéfalo⁸⁵ e da greve dos servidores públicos⁸⁶.

Tal atuação do judiciário, contudo, enseja calorosas discussões acerca de sua legitimidade para tanto. Exemplo disso é que, 20 dias após o julgamento da ADI 4.277, como uma espécie de represália à decisão que reconheceu a união

⁸⁵ O referido caso chegou ao Supremo Tribunal Federal através da ADPF nº 54, tendo o STF se posicionado no sentido de que a interrupção da gestação de fetos anencéfalos não constitui crime de aborto, muito embora o Código Penal não traga esta hipótese como excludente de ilicitude para o referido crime, inovando, portanto, o Supremo no ordenamento jurídico.

⁸⁶ O art.37, VII da Constituição Federal de 1988 estabelece que o direito de greve dos servidores públicos de todos os Poderes da União será regulado por lei específica, lei esta, contudo, que nunca foi editada pelo Congresso Nacional, motivo pelo qual, por meio dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, a matéria foi levada ao STF e o mesmo declarou a omissão legislativa quanto à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, decidindo pela aplicação, por analogia e no que couber, da lei de greve dos servidores particulares, qual seja, a Lei nº 7.783/89, aos servidores do setor público.

homoafetiva como entidade familiar, foi proposta a PEC nº 33, que passa a ser analisada a seguir.

3.3 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO (PEC) 33

Em 2011 tramitou no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição de nº 33⁸⁷, de autoria do deputado federal Nazareno Fonteles e outros, apresentada no dia 25/05/2011, que pretendia limitar a atuação do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, representando uma reação do Poder Legislativo ao ativismo judicial praticado pela Suprema Corte.

Em suma, a referida proposta visava alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais necessária para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, modificar o quórum exigido para aprovação de súmulas vinculantes, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo, bem como submeter ao Congresso Nacional e, em último caso, à consulta popular a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, obstaculizando, portanto, a atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, cumpre notar que, no que se refere à declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo por meio do controle concentrado de constitucionalidade, o quórum para tanto é de maioria absoluta dos membros do Tribunal⁸⁸, ou seja, é necessário que haja concordância por parte de seis ministros, tendo a referida PEC proposto aumentá-lo para 80% dos membros do Tribunal, o que corresponderia à necessidade de votos favoráveis por parte de nove ministros, pretendendo tal proposta também exigir este mesmo quórum de 4/5 para a edição de Súmula Vinculante em substituição ao quórum qualificado de 2/3, correspondente

⁸⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 33/2011**. Autor: Deputado Nazareno Fonteles. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁸⁸ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 mar. 2018.).

a oito ministros, que esta originariamente requer para ser aprovada⁸⁹.

Justificando a apresentação da referida proposta, o supracitado deputado federal asseverou que:

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial [...] Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. [...] O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário [...] Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um *superlegislativo*. [...] Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição.⁹⁰

Afirmou ainda Nazareno Fonteles que “conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular”, além de defender que a súmula vinculante, instrumento de racionalização das decisões judiciais, precisa ter seu uso reavaliado pelo Poder Legislativo, pois tem sido utilizada pelo STF como um “cheque em branco” e, portanto, não tem estado de acordo com a Constituição, principalmente em razão do desrespeito aos precedentes bem como à exigência da existência de reiteradas decisões para que seja possível sua edição.⁹¹

Em 24 de abril de 2013 a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara de Deputados aprovou parecer que opinava pela admissibilidade da PEC 33, nos termos do voto do Relator, Deputado João Campos, que afirmou que as alterações propostas não atingem as cláusulas pétreas e ainda que:

⁸⁹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 mar. 2018.).

⁹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 33/2011**. Autor: Deputado Nazareno Fonteles. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹¹ *Ibidem*.

[...] a quadra atual é, sem dúvida, de exacerbado ativismo judicial da Constituição. Nesse contexto, a autocontenção pelos tribunais (“judicial self-restraint”) não tem sido capaz de deter o protagonismo do Poder Judiciário. Essa circunstância apenas reforça a necessidade de alterações constitucionais, com vistas a valorizar o papel do Poder Legislativo de titular soberano da função de legislar.⁹²

Aqueles que defendiam a constitucionalidade da PEC 33 o faziam com base no argumento de que o Congresso Nacional, por representar, por meio do voto universal, o povo brasileiro, seria o verdadeiro legitimado a decidir em última instância sobre a alteração ou não da Constituição, bem como acerca dos efeitos das súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo as alterações propostas indispensáveis para a reconstrução do equilíbrio entre os Poderes que se encontra abalado em virtude do protagonismo exacerbado do Poder Judiciário e para o fortalecimento do regime democrático.

Já aqueles que eram contra a aprovação da PEC em questão, por sua vez, alegaram ser esta uma tentativa clara de esvaziar a competência do Supremo Tribunal Federal e inviabilizar sua atuação, tornando inexecutável o controle de constitucionalidade, sendo tal proposta inconstitucional e configurando-se, em verdade, enquanto grave violação ao princípio da separação de poderes, cláusula pétrea da Constituição Brasileira⁹³, uma vez que a mesma colocaria o Poder Legislativo em posição demasiadamente autoritária.

A PEC 33 encontra-se arquivada desde o dia 31/01/2015 nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁹⁴, mas é importante

⁹² BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Parecer do Relator, Deputado João Campos**. 2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramita cao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramita%20cao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹³ “Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.).

⁹⁴ “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17 de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegInterno.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018.).

esclarecer, nessa perspectiva, que não é a mesma o meio adequado para equilibrar a atuação dos poderes e resgatar a credibilidade do Congresso Nacional, uma vez que não se pode suprimir as competências do Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente estabelecidas, inclusive porque a atuação deste Tribunal, bem como do Poder Judiciário como um todo, em nada exclui o importante papel do Poder Legislativo no Estado democrático de Direito, mas sim se soma à este na consecução dos mandamentos constitucionais.

O debate trazido pela PEC 33, contudo, é muito mais profundo, motivo pelo qual passaremos a analisar o papel do poder judiciário no Estado Democrático de Direito para finalmente chegarmos à discussão acerca do questionamento de quem deve exercer a atividade jurisdicional no Brasil e de que maneira deve fazê-lo.

4 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TEMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

Além de conceber novos direitos, como explicitado no segundo capítulo deste trabalho, a Constituição de 1988 criou também novos mecanismos para efetivá-los, bem como ampliou o rol de legitimados a provocar tais mecanismos, passando o judiciário a ser demandado para tanto com muita frequência e sendo notória, portanto, sua ascensão neste atual cenário.

Ocorre que, não obstante tal expansão da jurisdição constitucional, com a busca cada vez maior pela efetivação de direitos, passou-se a vislumbrar no Brasil a existência dos fenômenos da judicialização da política e das relações sociais, bem como do ativismo judicial, sendo indispensável para compreensão destes a análise do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

4.1 OS TRÊS PODERES: SEPARAÇÃO E HARMÔNIA ENTRE ELES

A Constituição Federal de 1988, em seu art.2º, assegura que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁹⁵

Neste diapasão, importante notar que, no intuito de equilibrar a atuação estatal e impedir possíveis abusos de poder, desmandos e arbítrios, foi criado o princípio da separação dos poderes, que representou uma enorme conquista na luta contra o autoritarismo e foi adotado pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1824, quando passaram a existir quatro poderes, quais sejam, Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, sendo válido salientar que este último, concedido unicamente ao imperador, era capaz de interferir nos demais, tendo sido extinto com a proclamação da república, em 1889.

Neste ínterim, registre-se que, conforme bem assevera Max Möller, antes do advento do constitucionalismo contemporâneo, no chamado Estado Legislativo, a relação entre os poderes era hierarquizada, havendo uma nítida supremacia do Poder Legislativo em relação aos demais poderes. Sendo a Constituição, à época,

⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

considerada como mero documento formal e legitimador da atividade legislativa, tal poder não encontrava limites e, sob a égide do princípio da legalidade, era, portanto, soberano, posto que representante da vontade do povo soberano, não existindo nenhum poder anterior ou superior que pudesse o controlar, e sendo a lei, assim, fonte dominante do Direito.⁹⁶

Com o constitucionalismo contemporâneo, contudo, a supracitada soberania passou a ser atribuída à Constituição e a antiga ideia de hierarquização entre os poderes cedeu lugar à necessidade de equilíbrio entre os mesmos, de modo que, nas palavras do supracitado autor, “no momento em que nenhum deles é soberano, ou seja, não tem poderes ilimitados, surge a noção de competências convergentes, onde os poderes ajudam-se e controlam-se mutuamente, sempre conforme suas competências constitucionalmente estabelecidas.”.⁹⁷

Conforme bem assevera Max Möller:

Esse sistema visa a uma atuação que não se pauta apenas na “separação”, mas também no funcionamento “harmônico” entre os poderes, que devem agir através de uma mútua colaboração e, mais importante, onde cada um impõe os limites necessários ao outro, de acordo com as competências definidas constitucionalmente. Tal sistema é conhecido como “check and balances”, o que apenas ressalta a proposta do equilíbrio entre os poderes [...]⁹⁸

De acordo com o princípio da separação de poderes, assim, as funções do Estado são organizadas a partir dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, possuindo cada um desses poderes funções típicas e atípicas. Como se pode depreender de seus próprios nomes, tipicamente, ou seja, primordialmente, ao Poder Legislativo incumbe legislar, o Poder Executivo é responsável por executar as leis e demais atos normativos, praticando atos de chefia e administração, e o Poder Judiciário assume a função de julgar as causas que forem levadas até a ele.

No que se refere especificamente ao Poder Judiciário, objeto central deste trabalho, válido enfatizar que a este compete tipicamente exercer a função jurisdicional do Estado, ou seja, aplicar o Direito ao caso concreto, solucionando os conflitos com base nas normas estabelecidas no ordenamento jurídico e possuindo,

⁹⁶ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 136.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 136.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 159.

assim, o importante papel de proteger os direitos dos indivíduos, até mesmo porque, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988 em seu art.5º, XXXV, nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário⁹⁹.

Não se pode olvidar, contudo, que em que pese as funções legislativa, executiva e judiciária sejam exercidas predominantemente pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, cada um desses poderes desempenha também funções atípicas.

Nesse sentido, note-se, à título exemplificativo, que o Poder Legislativo exerce a função atípica judiciária quando julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e função de natureza executiva quando dispõe sobre sua própria organização, provendo cargos, por exemplo. Já o poder Executivo exerce a função atípica legislativa ao editar uma medida provisória e função de natureza jurisdicional ao apreciar recursos administrativos, ao passo que o Poder Judiciário exerce também atipicamente a função legislativa ao editar seu regulamento interno e função de natureza executiva ao, da mesma forma que o Poder Legislativo, administrar sua organização, concedendo férias aos magistrados e serventuários, por exemplo.

Isto ocorre justamente em razão da referida necessidade de equilíbrio entre os poderes decorrente do sistema de “check and balances”, no Brasil denominado de “freios e contrapesos”, e acaba por ensejar a instituição do controle de um poder sobre o outro, especialmente o controle dos atos legislativos.¹⁰⁰ De acordo com Max Möller:

[...] esse controle recíproco entre os poderes não significa de forma alguma um confronto entre democracia e constituição. Ao contrário, é essa mútua colaboração e mútuo controle que possibilitam a um regime democrático constitucional um sólido funcionamento. Garante, de um lado, que as “maiorias” possam expressar-se democraticamente através das decisões políticas cujas competências estão constitucionalmente determinadas. De outro lado, permite que as “minorias” não tenham violados seus direitos mais elementares, habilitando-os através de instrumentos constitucionais de competência a defender seus direitos em caso de ameaça por uma decisão política que ultrapassa limites constitucionais.¹⁰¹

Tal controle, contudo, ao limitar a atuação do legislador por meio da Constituição, acaba por desencadear toda a discussão acerca da democracia x

⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, j1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

¹⁰⁰ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 140.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 202.

constitucionalismo, bem como, conseqüentemente, acerca da democracia x atuação judicial, discussão que será aprofundada adiante.

4.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A judicialização da política traduz-se na transferência de decisões políticas, que a priori deveriam ser tomadas pelo legislativo e pelo executivo, para o judiciário.

Luís Roberto Barroso discorre acerca da judicialização da política e das relações sociais, atribuindo três causas a este fenômeno: o reconhecimento da importância e essencialidade de um judiciário forte e independente para as democracias modernas, a desilusão na política majoritária em virtude da crise de funcionalidade e representatividade dos parlamentos e a omissão dos políticos, que muitas vezes optam por deixar a cargo do Judiciário decisões de questões polêmicas que envolvem desacordo moral dentro da sociedade.¹⁰²

O reconhecimento da importância e essencialidade de um judiciário forte e independente revela o fato de os juízes e tribunais, no processo decisório, não estarem subordinados a qualquer outra força que não seja a lei e notadamente a Constituição, o que tem relação direta com a consolidação da ideia de força normativa da Constituição e com a constitucionalização do direito, características que juntamente com o caráter analítico das Constituições, pela qual, ressalte-se, se destaca a Constituição Brasileira de 1988, possibilitam que um número cada vez maior de matérias seja judicializado e, portanto, que haja o fortalecimento do Poder Judiciário.

Estando os direitos e garantias fundamentais no Brasil intimamente relacionados com a elaboração e o desenvolvimento de políticas públicas, o Poder Judiciário passou a ser responsável pela concretização de mandamentos constitucionais e, por conseguinte, assumiu um papel de destaque no cenário nacional muitas vezes antes reservado somente aos Poderes Legislativo e Executivo. Para Oscar Vilhena Vieira:

[...] A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (orgs.) *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 230.

consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.¹⁰³

Nesse sentido, cumpre notar que a segunda causa da judicialização das relações sociais elucidada por Barroso, qual seja, a desilusão na política majoritária em virtude da crise de funcionalidade e representatividade dos parlamentos, por sua vez, mostra-se patente no Brasil, onde grande parte dos cidadãos desenvolveu forte aversão à política, deixando de confiar nesta enquanto instrumento de transformação da realidade social, principalmente em razão da falta de efetividade dos poderes Legislativo e Executivo, que têm deixado a desejar no exercício de suas funções.

Ressalte-se, nessa perspectiva, a não rara existência de legisladores e gestores mal preparados para o exercício de suas funções, que tem por finalidade apenas e tão somente benefício próprio e não o interesse público, somada ainda à problemas como a falta de estrutura estatal, que não é capaz de atender sequer às necessidades mais básicas da população, sem falar na patológica corrupção.

Por fim, no que se refere à omissão dos atores políticos, insta salientar que muitas vezes estes preferem não se comprometer com questões polêmicas que podem vir a desagradar parte do seu eleitorado e conseqüentemente colocar em jogo sua reeleição, optando, assim, por permanecerem inertes, como ocorreu, por exemplo, no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas, explanado no terceiro capítulo deste trabalho, e com a regulamentação do instituto do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e continua a ocorrer com diversos outros temas, a exemplo da falta de regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas, o qual, de acordo com a Constituição, tem a União competência para criar desde 1988, mas não o fez.

Tal inércia do poder legislativo, bem como as outras duas causas elucidadas, contudo, fazem com que o Poder Judiciário seja colocado em destaque ao ser provocado e, assim, torne-se a instância decisória de diversas questões relevantes para a sociedade em detrimento da atuação dos demais poderes, o que acarreta a discussão acerca do ativismo judicial e da sua legitimidade democrática.

¹⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

4.3 O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial carece de uma conceituação uniforme, motivo pelo qual, muitas vezes, sem que se faça uma verdadeira análise do mesmo, é visto como um comportamento negativo por parte do Poder Judiciário. Conforme reconhece Oscar Valente Cardoso, geralmente as discussões sobre o ativismo judicial são influenciadas pela análise do direito material resolvido na decisão judicial em questão.¹⁰⁴

Para Luís Roberto Barroso, contudo:

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁰⁵

Já de acordo com Elival da Silva Ramos:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).¹⁰⁶

Neste trabalho adotaremos posicionamento segundo o qual se pode compreender, em linhas gerais, que o ativismo judicial no Brasil representa o comportamento através do qual o Poder Judiciário vem interpretando a Constituição de maneira proativa em prol da consecução dos mandamentos constitucionais diante das atuais características e exigências do Estado Democrático de Direito Brasileiro, dentre as quais se encontram a força normativa da Constituição, a supremacia desta última, a judicialização da política e das relações sociais e a necessidade de concretização de direitos e garantias fundamentais.

Faz-se necessário ainda, porém, diferenciar os conceitos de ativismo e

¹⁰⁴ CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 129, p. 76.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 30 mar. 2018.

¹⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

discricionariedade judicial, sendo válido esclarecer, nesse sentido, que no ordenamento jurídico brasileiro, a discricionariedade configura-se enquanto a liberdade/margem de escolha que é dada, em certas circunstâncias, aos membros de quaisquer dos Poderes do Estado (administradores públicos, legisladores ou magistrados) para atuarem de uma determinada maneira dentre outras possíveis diante do caso concreto desde que dentro dos limites permitidos por lei, ou seja, desde que em conformidade com os ditames legais.

Destarte, devendo a interpretação e aplicação do Direito pelo Poder Judiciário serem pautadas na Constituição, não há de se falar que os juízes são livres para “criar” o direito, mas sim que estes devem buscar a melhor solução para os casos concretos pelos quais são provocados desde que esta atuação esteja em conformidade com o quanto estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro e, notadamente, na Constituição Federal de 1988.

O ativismo judicial, portanto, não é um “cheque em branco” dado ao Poder Judiciário para que este atue como bem entender, mas sim uma postura que visa a melhor concretização possível dos ideais constitucionais, sem desqualificar, contudo, ao contrário do que muitos afirmam, o princípio da separação de poderes e o ideal de democracia.

4.3.1 O Ativismo judicial e sua legitimidade

É notório que atualmente os magistrados, ao decidir, têm muitas vezes acabado por tomar importantes decisões justificadas em nome da defesa e efetivação dos direitos e valores constitucionalmente estabelecidos, o que tem gerado inúmeras críticas na doutrina, principalmente sob o argumento de tal conduta violar a separação de poderes e a concepção de democracia. Segundo Max Möller:

Isso implica que, muitas vezes, autoridades dotadas de competência – que não são legitimadas através do método democrático, mas por critérios de técnica-jurídica -, acabem anulando decisões das maiorias ou, em muitos casos, substituindo essa maioria, através da escolha de um sentido entre vários possíveis a um termo jurídico.¹⁰⁷

Assim é que se faz necessário analisar se tal postura mais ativa do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal, se legitima no Estado Democrático de Direito.

¹⁰⁷ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 140.

4.3.1.1. O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes

A fim de examinarmos a relação do ativismo judicial com a separação de poderes, vejamos o que assevera Daniel Giotti de Paula:

Por óbvio, o modelo clássico de separação de poderes, na esteira das propostas originárias de Montesquieu e Madison, alicerçou-se em um paradigma liberal do direito, pelo qual ao judiciário caberia apenas revelar o direito. Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária.¹⁰⁸

A grande maioria da doutrina concorda que não é mais possível a existência de juízes “boca da lei”. Entretanto, o exercício da função jurisdicional de forma mais criativa e menos mecânica suscita o questionamento acerca da legitimidade constitucional do Poder Judiciário, que, para alguns, tem atuado, muitas vezes, como verdadeiro legislador ou administrador, para além de sua típica função jurisdicional, interferindo, deste modo, na competência dos demais poderes e, por este motivo, suscitando críticas ao ativismo judicial. De acordo com Elival da Silva Ramos:

Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua função executória, implica deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao Princípio da Separação dos Poderes.¹⁰⁹

Tais críticas são ainda maiores quando as decisões ativistas dizem respeito a implementação de políticas públicas. Segundo Daniel Giotti de Paula, contudo, não se pode entender mais nos dias atuais que Direito e Política são campos isolados e necessariamente o devem ser para que haja o bom funcionamento do Estado, salientando o autor que entre estes há uma conexão maior do que a que se imagina.¹¹⁰

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda, por sua vez, assevera que:

¹⁰⁸ DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política.** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial.* Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 273.

¹⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

¹¹⁰ DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *Op cit*, p. 273.

[...] é preciso distinguir questões constitucionais que pertençam exclusivamente ao campo da Política, como a política externa ou a declaração de guerra, de outras onde há intersecção entre o Direito e a Política. Neste último caso, por detrás da questão política encontra-se em verdade uma violação de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais essenciais para a proteção do indivíduo ou para as próprias bases institucionais do sistema constitucional. Por conseguinte, na hipótese em que conjugam Direito e Política, a natureza política do caso constitucional não deve inibir juízes e tribunais, ainda que a decisão exija a revisão de escolhas e decisões adotadas pelo legislador ou pelo administrador no uso de suas competências privativas.¹¹¹

No mesmo sentido, André Evangelista de Souza, João Agnaldo Donizeti Gandini e Samantha Ferreira Barione fazem relevantes considerações sobre a implementação de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, afirmando que:

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se. A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.¹¹²

Para José Carlos Vasconcellos dos Reis, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos dos outros poderes que descumpram as normas programáticas da Constituição de maneira alguma viola a separação de poderes, mas sim representa um dos elementos essenciais de tal princípio: o controle recíproco a fim de harmonizar a atuação dos três poderes.¹¹³

Nesta linha de intelecção, afirma Lenio Luiz Streck que, no limite da inércia dos poderes incumbidos da função de instituir as políticas públicas, é responsabilidade do poder judiciário assegurar por meio da jurisdição constitucional

¹¹¹ DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. **Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: Revista Baiana de Direito n. 6. Salvador 2012, p. 204.

¹¹² GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; DE SOUZA, André Evangelista. **A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário**. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 76-77.

¹¹³ DOS REIS, José Carlos Vasconcellos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 243.

o necessário para que haja a efetivação dos direitos fundamentais¹¹⁴, afirmando ainda o autor que:

Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de força normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isto porque, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.¹¹⁵

Max Möller, sobre o tema em comento, assevera que é necessário que o intérprete do Direito compreenda não só a função judicial como também as funções legislativa e executiva, uma vez que, em que pese de fato por vezes seja indispensável que o mesmo adentre no campo político em prol da concretização dos ideais constitucionais, as competências dos demais poderes devem ser respeitadas conforme estabelecidas na Constituição.¹¹⁶

Mister ressaltar, destarte, que, conforme já explicitado, cada poder possui suas funções típicas e atípicas e, como bem assevera Dirley da Cunha Junior, a independência dos órgãos do poder político está relacionada à predominância de funções e não à exclusividade destas¹¹⁷, motivo pelo qual se justifica o ativismo judicial.

Ao julgar o caso do reconhecimento das uniões homoafetivas, por exemplo, o Supremo Tribunal, através de sua função jurisdicional e em nome da consecução de diversas garantias constitucionais tais como a igualdade, a não discriminação e a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, exerceu atipicamente a função legislativa diante da omissão do poder ao qual tipicamente incumbe tal função, equiparando tais uniões às uniões estáveis heteroafetivas e assegurando-lhes, portanto, os mesmos direitos que possuem as primeiras através da técnica de interpretação conforme a Constituição.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Os dezoito anos da constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 17.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19-20.

¹¹⁶ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 208.

¹¹⁷ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Baiana de Direito n. 5. Salvador, 2011.

Destarte, necessário compreender, nesse sentido, que o presente trabalho se filia ao posicionamento de que não há que se falar que o fenômeno do ativismo judicial ofende o princípio da separação de poderes quando este último for interpretado constitucionalmente diante do caso concreto, ou seja, em consonância com os outros princípios e garantias do Estado Democrático de Direito estabelecidos na Constituição.

4.3.1.2. O ativismo judicial e a democracia

Nesta seara, importante notar que são duas as situações possíveis: juízes e tribunais podem ser chamados a atuar diante da inexistência de determinação expressa legislativa ou diante da existência desta última que suscite desacordo moral na sociedade.

Em ambas as hipóteses, por não serem os membros do judiciário eleitos, bem como por não representarem, de fato, a maioria, questiona-se, além da relação de tal atuação com a separação de poderes, a legitimidade democrática dos juízes para desempenhar sua função nos moldes acima expostos, sendo o papel do STF, inclusive, descrito por muitos como contra-majoritário ao afastar ou modificar o que fora estabelecido pelos representantes do povo e por decidir em última instância questões que eram de competência daqueles que, ao menos em tese, são a expressão da vontade popular.

Nesse sentido, adentrando na questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário, afirma Humberto Ávila¹¹⁸ que é por meio do Poder Legislativo, através do debate público e da votação, que se consegue respeitar os inúmeros e distintos valores existentes na sociedade atual, garantindo a participação de todos, inclusive porque a Constituição Brasileira de 1988¹¹⁹ assegura, em seus artigos 5º, II e 1º, parágrafo único, respectivamente, não apenas que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei”, como também que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**Ciência do Direito**” e o “**Direito da Ciência**”. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, n.21, p. 148.

¹¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

Sobre o tema, ressalta Max Möller, contudo, que “A lei é válida somente quando realiza o ideal democrático de respeito à pluralidade de forças existentes em determinado grupo social.”, salientando que o Poder Legislativo submete-se aos limites formais e materiais estabelecidos na Constituição, não havendo razão, portanto, para que se afirme que o controle de constitucionalidade viola o caráter democrático constitucional¹²⁰, argumento comumente utilizado por aqueles que se posicionam contra a postura ativista do Supremo Tribunal Federal.

No que se refere à legitimidade democrática do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, dispõe Luís Roberto Barroso:

É fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial, sem embargo da sucessão de períodos de maior ou menor ativismo judicial. Seu êxito deveu-se a argumento de lógica aparentemente irrefutável. Dentre eles, alinham-se alguns a seguir. A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem status de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos. Em uma preposição: o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto, é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais.¹²¹

No mesmo sentido, destaca Gustavo Binenbojm que:

Em semelhante contexto, no qual a Constituição é concebida como norma jurídica, não há maiores dificuldades em justificar, dentro do sistema da separação de poderes, a atuação da jurisdição constitucional sob o prisma da sua legitimidade. O raciocínio silogístico é perfeito: (a) a Constituição é uma norma jurídica, superior a todas as demais; (b) ao Judiciário, no Estado de Direito, cabe aplicar as normas jurídicas, velando pela imperatividade dos seus efeitos; (c) ao Judiciário cabe, assim, aplicar diretamente as normas constitucionais, velando pela prevalência de seus efeitos sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico.¹²²

Sobre o tema, assevera ainda Barroso que:

A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e

¹²⁰ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 192.

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

¹²² BINENBOJM, Gustavo. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: JUSPODIVM, 2006, p.166.

deve contas à sociedade.¹²³

Nesse interím, diz Vital Moreira que, em que pese a máxima “todo o poder reside no povo”, nem todo poder verdadeiramente decorre deste último, pois há na sociedade outros poderes que, por vezes, se sobrepõem ao poder do povo, como, por exemplo, o poder mediático, o poder econômico e o poder das corporações setoriais.¹²⁴

De mais a mais, afirma Barroso que não se pode dizer que a legitimidade democrática do Legislativo é menos questionável que a do Judiciário, pois a composição deste primeiro poder pode ser comprometida por diversos fatores tais como o abuso do poder econômico, o uso indevido da máquina administrativa e a influência dos meios de comunicação.¹²⁵

Nessa perspectiva, assevera Max Möller:

Se reconhecemos que o parlamentar não representa necessariamente os interesses de seus representados, mas suas decisões devem ser respeitadas por quanto é uma autoridade legitimamente investida no exercício de suas competências constitucionalmente determinadas; o mesmo se pode dizer do juiz que exerce o controle dos atos legislativos. Ambos são autoridades dotadas de competência, mas que apresentam uma diferença de acordo com a forma de investidura (e, por isso, o juiz tem o ônus da fundamentação, o que não ocorre com o parlamentar).¹²⁶

Na mesma linha de intelecção, Mauro Cappelletti apresenta cinco argumentos contrários ao posicionamento de que falta legitimidade democrática ao ativismo judicial. O primeiro deles é o de que os membros dos Poderes Legislativo e Executivo não constituem paradigma perfeito de democracia representativa, uma vez que, muito embora sejam responsáveis perante o povo, muitas vezes se preocupam com interesses outros que não a vontade deste último. O segundo argumento, por sua vez, diz respeito ao fato de que, em razão, por exemplo, do fato de os Tribunais Superiores necessitarem fundamentar por escrito suas decisões, sujeitando-se, assim, a um controle por parte da coletividade, o Poder Judiciário não é inteiramente privado de representatividade. Já o terceiro argumento é o de que os Tribunais Superiores podem contribuir com a representatividade geral do sistema na medida

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹²⁴ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2001. p. 323.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op cit.*

¹²⁶ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 195.

em que possibilitam o acesso ao *judicial process* por grupos que não tem condições de acessar o *political process*, ou seja, que não são representados pelos Poderes Legislativo e executivo. O quarto argumento trazido guarda relação com o “sentimento de participação” do cidadão, que, segundo o autor, é mais facilmente desviado pelo processo legislativo, que é extremamente burocrático, do que pelo processo judiciário, onde os indivíduos podem por si só iniciar o processo, determinar o conteúdo deste e possuem ainda o direito fundamental de ter seus pedidos apreciados. O quinto e último argumento, por fim, é o de que a democracia não se reduz à ideia de maioria, podendo um Judiciário independente, não necessariamente vinculado à vontade da maioria, portanto, ser mais eficiente na concretização de direitos e liberdades fundamentais¹²⁷, temática que passará a ser abordada a partir de então.

4.3.1.2.1 Democracia e maioria

Não obstante o acima exposto, importante notar que democracia não se resume à ideia de maioria, até porque a própria existência desta última é intrínseca à ideia de minoria – só existe maioria porque existe minoria -.

A democracia é uma forma de governo em que o poder pertence ao povo, como se pode depreender da própria etimologia da palavra de origem grega, que é composta pelos radicais “demos” e “kratos”, que significam respectivamente “povo” e “poder”. Na democracia, assim, todo o povo (tanto as majorias quanto as minorias, portanto) exerce o poder diretamente ou indiretamente (através dos seus representantes eleitos), tendo o método de consenso da maioria, nessa perspectiva, sido desenvolvido para facilitar a eleição de um representante do povo que exerça o poder em seu nome, sendo necessário notar, contudo, que para que se preserve o ideal democrático, de governo do povo, é imprescindível que os direitos fundamentais das minorias sejam contemplados.

De acordo com Barroso, o que ocorre é que “No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los.”.¹²⁸

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 94-107.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

Acerca disso, discorre Paulo Paiva:

O que se pretende delegando uma função contramajoritária à jurisdição constitucional não é garantir apenas, em uma esfera participativa, as minorias representadas no Parlamento, mas, também, e principalmente, sustentar a opção de vida de indivíduos e grupos que não logram ascender à representação política, não obstante estejam em condições de acessar o judiciário e mesmo os tribunais constitucionais.¹²⁹

Nesse sentido, destaque-se que as decisões majoritárias não se legitimam pelo simples fato de serem tomadas pela maioria, posto que não se pode tomar medidas que afrontem o Estado Democrático de Direito, ainda que essas sejam provenientes de uma maioria. Em suma, a maioria não prevalece sobre a democracia.

Segundo Geovane Peixoto, assim, deve-se superar a ideia de que a quebra da “supremacia parlamentar” e, por conseguinte, o desprestígio da “vontade da maioria” representa uma involução, primeiramente porque a regra da maioria não reflete a intensidade de preferências, uma vez que ainda que os votos tenham peso idêntico no processo de decisão, eles não representam a relevância que a matéria votada tem para cada sujeito, depois porque muitas vezes a regra da maioria pode ser arbitrária em virtude da estratégia que é utilizada para estabelecer a ordem de votação, pois aquele que controla essa ordem pode determinar o resultado final da votação e por fim em razão do fato de que as noções de maioria e minoria escondem a complexidade da questão que está por trás delas, já que o mundo não está bipartido entre maioria e minoria e as pessoas são contra ou a favor de alguma coisa em diferentes graus.¹³⁰

Ante o exposto, cumpre notar que da mesma forma que o ativismo judicial não fere o princípio da separação de poderes, tal fenômeno também não constitui uma afronta à democracia, uma vez que, pelo contrário e, não raro, o ativismo é utilizado também para a concretização dos direitos das minorias, que muitas vezes não são devidamente representadas pelos demais Poderes.

Esclarece Barroso, ademais, que o Estado Democrático de Direito formou-se basicamente a partir da junção de dois elementos, quais sejam, o constitucionalismo e a democracia, sendo o papel do Judiciário e, em especial, da

¹²⁹ PAIVA, Paulo. **Juristocracia?** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 519.

¹³⁰ PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: JUSPODIVM, 2013, p. 152-153.

corte constitucional, assegurar que ambos convivam em harmonia, devendo a vontade da maioria ser contida quando desrespeitar os direitos da minoria e/ou o procedimento democrático, além de, quando for o caso, ter o Judiciário a função de superar o *deficit* de legitimidade dos outros Poderes, concretizando os princípios constitucionais e resguardando os direitos fundamentais, sem, contudo, atuar de maneira abusiva adotando, por exemplo, preferências políticas, posição com a qual este trabalho se coaduna.¹³¹

4.3.1.3. O ativismo judicial e sua legitimidade social

Muito embora tenhamos como objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito¹³² a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras, devendo, portanto, o Estado garantir determinadas prestações necessárias à realização de tais desideratos, radicados, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, o poder público, por uma série de motivos, não vem cumprindo satisfatoriamente esse papel, de modo que grande parte da população não tem sequer assegurados os direitos mais básicos, tais como saúde, educação e segurança.

Uma das razões para tanto é a inércia política e, nesse sentido, não se pode ignorar a evidente crise de representatividade pela qual passa o Poder Legislativo atualmente no Brasil. Não obstante serem escassas as possibilidades de manifestação popular no país e, conseqüentemente, ínfimo o envolvimento dos cidadãos nas decisões legislativas, preocupa a passividade e indiferença política destes últimos, que tem cedido, ainda que não diretamente (pois isto também se opera por meio da omissão), sua voz à grupos com interesses próprios e não raras vezes diversos dos objetivos constitucionais, o que, somado a existência de outros problemas quase que patológicos tais como a corrupção, tem resultado na

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

ineficiência dos representantes do povo e, conseqüentemente, faz crescer o sentimento de repulsa e desconfiança dos cidadãos para com o Poder Legislativo e aumentar a provocação do Poder Judiciário para que este solucione as mais variadas questões. Isso sem falar na escassez dos recursos financeiros do cofre público, questão também associada à má gestão e ao desvio da finalidade.

Diante desse cenário, note-se que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal mostra-se indispensável para a concretização dos mandamentos constitucionais, sendo, portanto, socialmente legítima na medida em que o Poder Judiciário não pode se abster de pronunciar-se acerca de direitos e garantias fundamentais apenas e tão somente a fim de evitar conflitos com os demais poderes. Importante, contudo, indagarmo-nos: estamos vivenciando uma “ditadura” do Supremo Tribunal Federal? Quais são os limites ao exercício do ativismo judicial pelo STF?

4.3.2 Limites ao exercício do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal

Segundo parte da doutrina, conceder poderes absolutos ao Supremo Tribunal Federal significaria instaurar um novo tipo de ditadura no Brasil que teria como protagonista este Tribunal: a ditadura do STF. Nessa perspectiva, inclusive, ressalta Max Möller a problemática de que a predominância da interpretação da Constituição no Poder Judiciário sugere o deslocamento da supremacia da Constituição para a supremacia do Poder Judiciário.¹³³

Este trabalho, contudo, considerando principalmente a marcante e reprovável experiência ditatorial brasileira, não se identifica com a atuação deste tribunal realizada nestes moldes, de forma irrestrita, motivo pelo qual se analisará os limites da atuação ativista do STF, aqui entendido essencialmente como a concretização de direitos e garantias fundamentais e, com ressalvas, a teoria da reserva do possível.

De acordo com Jânio Nunes Vidal é necessário que sejam estabelecidos certos limites à atuação da jurisdição constitucional na tentativa de compatibilizar as funções desta com as dos outros órgãos estatais legitimados por meio da vontade

¹³³ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 205.

popular.¹³⁴

Acerca do tema, discorre Emerson Garcia:

Apesar de indiscutível relevância, a intensificação da atuação judicial há de sofrer balizamentos, evitando a paulatina absorção de competências afetas a outras esferas de poder, cuja margem de liberdade é inerente à própria representatividade que ostentam. É da própria essência do sistema que o Tribunal seja instado a valorar atos de cunho nitidamente político (em linha de princípio, qualquer ato emanado do Legislativo possui natureza política): o ponto nodal da temática, no entanto, é identificar a intensidade dessa intervenção, que deve necessariamente preservar as competências dos demais órgãos, limitando-se o Tribunal à desqualificação daqueles atos dissonantes da Constituição.¹³⁵

Como bem destaca Vital Moreira, de certa forma a história do constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais – da criação e expansão destes bem como dos mecanismos de concretização dos mesmos -, sendo os Estados atuais, em verdade, Estados de direitos fundamentais.¹³⁶

Nesse sentido, considerando que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal no Brasil e que esta última tem como essência a defesa e concretização dos direitos e garantias fundamentais, torna-se fácil compreender que a posição ativista do STF só se legitima quando estiver em jogo a efetivação de um direito ou garantia fundamental. O que seriam, entretanto, os direitos fundamentais?

Para fins deste trabalho, adotaremos o conceito formulado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.¹³⁷

Isto posto, destaque-se que o art.5º, §1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm

¹³⁴ VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. Salvador: JUSPODIVM, 2009, p. 164.

¹³⁵ GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JUSPODYM, 2007, p. 42.

¹³⁶ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2001. p. 322.

¹³⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

aplicação imediata.”¹³⁸. Discute-se na doutrina, contudo, se este dispositivo deve ser ou não interpretado literalmente, uma vez que tal interpretação literal implicaria no fato de não se poder falar em normas programáticas em matéria de direitos e garantias fundamentais, posicionamento ao qual é contrário, por exemplo, Elival da Silva Ramos, que afirma que:

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentabilidade do direito nela expresso, conjugando com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocadamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas – normativas e não normativas – e orçamentárias) a implementação efetiva do direito contemplado.¹³⁹

Já de acordo com Ingo Sarlet, a melhor interpretação a ser dada ao referido dispositivo é a de que o mesmo se configura enquanto uma norma-princípio que impõe ao poder público a missão de dar a maior eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais, na medida em que estes últimos gozam de presunção de aplicabilidade imediata que só poderia ser afastada em caráter excepcional e fundamentadamente.¹⁴⁰

No mesmo sentido entende Dirley da Cunha Junior:

Demais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º, § 1º, da CF, e consciente de que deve o jurista perseguir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer interpositio legislatoris, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência

¹³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹³⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 278-279.

voltada à sua efetivação.¹⁴¹

Certos da necessidade de aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, ressalte-se que o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal encontra limite em tais direitos, legitimando-se no momento em que há violação ou ameaça de violação a algum destes.

Diante do exposto, contudo, não se pode deixar de tecer considerações acerca da teoria da reserva do possível, segundo a qual a determinação de ações aos Poderes Legislativo e Executivo deve observar a finitude dos recursos financeiros do Estado, o que se configuraria enquanto mais um limite ao ativismo judicial.

Como é sabido, de fato, o Estado não tem condições de arcar com todas as exigências que lhe são impostas e cumprir com todos os programas constitucionais estabelecidos, tanto que, como já asseverado, essa é uma das causas da ineficiência da atuação dos órgãos de seus poderes. Acerca disso, dispõe Ana Paula de Barcelos:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.¹⁴²

Segundo a referida teoria, portanto, no momento em que a atuação ativista do Poder Judiciário reflete em gastos financeiros para o Estado em nome da consecução de direitos e garantias fundamentais, deve-se analisar se existem verbas para tanto e, caso existam, realizar-se a ponderação de interesses para que se constate se devem mesmo estas serem utilizadas no caso concreto.

Tal temática relaciona-se diretamente, por exemplo, com a questão da judicialização da saúde, que diz respeito ao fato de recorrentemente e cada vez mais os indivíduos acionarem o Poder Judiciário visando receberem medicamentos e tratamentos que não são asseguradas de pronto pelo Estado. Note-se que é

¹⁴¹ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Salvador: JUSPODIVM, 2006, p.255.

¹⁴² DE BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.

inquestionável o fato de que a saúde é direito fundamental que a todos deve ser assegurado, mas, em contraponto, o Estado não tem condições de arcar com todas as prestações médicas possíveis, sob pena, inclusive, de comprometer os direitos dos demais cidadãos em detrimento do de um ou outro.

Ressalvam diversos autores, no entanto, que, em que pese a relevância desta teoria em todo o mundo, como se pode depreender do caso acima exemplificado, a mesma precisa ser vista com cuidado no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em razão dos já citados problemas da falta de interesse político e do desvio de finalidade, mas também em virtude do fato de que, como bem destaca Dirley da Cunha Júnior¹⁴³, ao contrário dos países em que essa teoria foi desenvolvida, onde se vislumbram excelentes condições sociais, o Brasil ainda é um país periférico onde a muitos sequer são asseguradas mínimas condições para uma existência digna e, portanto, necessita concretizar minimamente os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

¹⁴³ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Salvador: JUSPODIVM, 2006, p. 285-286.

5 CONCLUSÃO

Buscou o presente trabalho monográfico analisar a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal à luz do caso do reconhecimento das relações homoafetivas.

Conforme visto, as transformações trazidas pelo neoconstitucionalismo, com destaque para a conseqüente judicialização da política e das relações sociais, deram ensejo ao fenômeno do ativismo judicial, que, presente nos mais diversos ramos do direito e se manifestando através dos mais variados temas, comprova sua relevância no atual cenário brasileiro.

Passou-se, contudo, a, de um lado, questionar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para a tomada de decisões ativistas, havendo na doutrina entendimentos tanto a favor da constitucionalidade quanto pela inconstitucionalidade destas últimas, e de outro lado a se vislumbrar inúmeras realidades jurídicas brasileiras, neste trabalho exemplificadas à partir do caso do reconhecimento das relações homoafetivas, que carecem de posicionamento e/ou regulamentação no ordenamento jurídico e ficam a mercê da inércia, sobretudo, do Poder Legislativo.

Nesse sentido, a despeito das críticas dispensadas ao ativismo judicial, inegável que se assume aqui o posicionamento de que, desde que em razão da consecução dos direitos e garantias fundamentais e, portanto, com respaldo constitucional, não se confundindo, portanto, com arbitrariedade, bem como observada a reserva do possível, as decisões ativistas do STF são sim legítimas, não se constituindo enquanto violação do princípio da separação de poderes e nem mesmo do ideal de democracia.

Isto porque, ressalte-se, o ativismo judicial corresponde a nada mais que o exercício da jurisdição constitucional por aquele a quem esta compete, qual seja, o Poder Judiciário, de forma mais proativa, visando a máxima consecução dos direitos e garantias fundamentais, que é o objetivo central do Estado Democrático de Direito e podendo ser considerado, inclusive, como um grande avanço do direito constitucional brasileiro.

Ademais, ante a existência de um Estado Democrático de Direito no Brasil, não parece acertada a doutrina da autocontenção, oposta ao ativismo judicial e segundo a qual se procura reduzir a interferência do Poder Judiciário nas ações de outros poderes, uma vez que, diante da realidade atual, é fácil constatar que tal

postura não implicará numa maior ação por parte dos demais poderes, mas sim, em verdade, em uma total inércia e descaso para com os direitos e garantias fundamentais constitucionais, que ficarão em um verdadeiro limbo jurídico.

Premente, assim, se faz a necessidade de uma releitura da separação de poderes para adequá-la ao atual Estado Democrático de Direito, onde os poderes devem dialogar entre si em prol de uma convivência harmônica e em consonância com o quanto preconizado na Constituição Federal, do mesmo modo que mister se faz compreender que ao ativismo judicial não falta legitimidade democrática, principalmente porque democracia não se resume ao ideal de maioria, sendo papel do poder judiciário assegurar também os direitos das minorias, resguardando os direitos fundamentais, e muito menos carece tal fenômeno de legitimidade social, tendo em vista o fato de que o poder público, por uma série de motivos já elencados, não vem cumprindo satisfatoriamente seu papel de garantir as prestações minimamente necessárias à vida digna dos cidadãos.

Assim, em que pese o posicionamento aqui assumido, conclui-se, por fim, este trabalho com as palavras de Conrado Hubner Mendes, que afirma que a discussão da legitimidade da jurisdição constitucional é imprescindível, sendo “Uma ferida que não deveria cicatrizar, mas ser submetida a um contínuo monitoramento. daquelas discussões que não se esgotam com uma boa resposta, nem se superam pela adesão generalizada à revisão judicial”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.187.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, ano 2010.2, n.21.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-tronco: Dois Temas acerca da Vida e da Dignidade na Constituição**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 30 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: JUSPODIVM, 2006.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de Dezembro de 1968**. Brasília, DF: 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17 de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegInterno.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Parecer do Relator, Deputado João Campos**. 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 33/2011**. Autor: Deputado Nazareno Fonteles. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filenome=PEC+33/2011>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. IBDFAM. **STJ – Relações homoafetivas podem ser reconhecidas juridicamente**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2726/STJ+-+Rela%C3%A7%C3%B5es+homoafetivas+podem+ser+reconhecidas+juridicamente%22>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

BRASIL. IBGE. **Pesquisa Estatísticas do Registro Civil**. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/pt/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. D.J. 05.05.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178937>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 129, p. 76.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Salvador: JUSPODIVM, 2006.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Baiana de Direito n. 5. Salvador, 2011.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2014.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. **Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: Revista Baiana de Direito n. 6. Salvador 2012.

DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DOS REIS, José Carlos Vasconcellos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; DE SOUZA, André Evangelista. **A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário**. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JUSPODYM, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 26-27.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito do Estado, ano 5, nºs 19-20, jul/dez 2010.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA.

PAIVA, Paulo. **Juristocracia?** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011.

PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: JUSPODIVM, 2013, p. 152-153.

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: O Possível e o Indesejável no Reencontro do Direito com a Moral**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19-20.

STRECK, Lenio Luiz. **Os dezoito anos da constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011.