



Ativismo Judicial no Cenário Brasileiro e os Limites do Poder

Judiciário:

Casos emblemáticos do STF

Judicial activism in Brazil and the limits of the judiciary: emblematic cases of Brazilian Supreme Court

Fernanda Lima de Carvalho¹

Rafael Carrano Lelis²

Resumo

Este artigo pretende fazer uma análise do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal (STF), sua prática dissimulada e suas consequências. Para tanto, são estudados dois casos apreciados pelo Supremo em que se julga ter havido ativismo: o Mandado de Segurança (MS) 26602 – que versa a respeito da fidelidade partidária - e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 – que tem como temática central a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Procura-se contrastar um caso considerado como retrógrado na interpretação da lei (da fidelidade partidária) com outro de claro avanço na concessão de direitos (da união estável homoafetiva) para indicar que, nos dois casos, o meio que se utilizou para atingir o fim desejado é tortuoso e um claro atentado à democracia. O artigo pretende, por fim, responder à seguinte pergunta: qual o risco de o Poder Judiciário brasileiro tomar decisões por meio da ampliação interpretativa (ativismo) dos próprios poderes?

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Ativismo judicial. Limites do Poder Judiciário.

Abstract

This article intends to analyze the judicial activism of the “Supremo Tribunal Federal” (Brazilian Supreme Court), its covert practice and its consequences. For that much, two cases judge by the Supreme Court will be studied: the Security Warrant 26602 – that discourses about the party fidelity – and the Direct Action of Unconstitutionality 4.277 – which has the civil union between two people of the same gender as its mainly theme. It seeks to contrast one case considered as a way of retrocession in law interpretation (the first one) against another of clear progress in the concession of rights (the second one) to point that, in both cases, the mean to get to the intended end is tortuous and clearly a attempt towards democracy. The article intends, at last, to answer the following question: what is the risk of the Brazilian Judiciary making decisions by an expanded interpretation (activism) of its own power?

Keywords: Supremo Tribunal Federal. Judicial activism. Limits of the Judiciary.



¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Introdução

O Judiciário brasileiro tem assumido, cada vez mais, uma postura ativista, extrapolando os limites do próprio órgão, que são assegurados pela Constituição. Dessa forma, concede novas direções ao que está previsto no texto constitucional para temas como política, religião, moral e ciência. Faz-se necessário, pois, analisar casos em que houve tal ativismo a fim de se entender até que ponto esse comportamento pode ser benéfico ou prejudicial para a sociedade, levando-se em consideração que a Constituição deve corresponder à singularidade do tempo presente, mas que é, ao mesmo tempo, instrumento de garantia e previsibilidade dos direitos dos cidadãos, o que implica a necessidade de não serem feitas mudanças drásticas no seu texto ou interpretações que deturpem o que é por ela previsto.

Tendo isso em vista, o presente artigo se inicia, visando evitar a “prática corrente de se criticar ou festejar o ativismo judicial sem defini-lo” (MACHADO, 2008), com uma definição do que considera ser o *ativismo judicial*, para, posteriormente, proceder à análise de dois casos emblemáticos na história do Supremo Tribunal Federal (STF). O primeiro será o MS 26602, de relatoria do Ministro Eros Grau, que versa a respeito da fidelidade partidária; o segundo, a ADI 4.277, relatada por Carlos Ayres Britto, que possibilitou a união estável homoafetiva.

O caso da fidelidade partidária foi escolhido, em especial, por algumas de suas características ímpares: ter sido um marco de mudança jurisprudencial, em sentido oposto, do próprio STF; ser um caso com ligação direta à política, vista a matéria sobre a qual versa, que será à frente detalhada; configurar um caso de explícita ampliação dos poderes do Judiciário, tendo sido tomada a decisão sem embasamento no texto constitucional e apenas sendo considerada a interpretação dos Ministros. Por outro lado, o caso da união estável homoafetiva foi selecionado, pois, não obstante tenha sido amplamente aceito por grande parte da população e se mostrado como um avanço na garantia dos direitos de minorias, o texto constitucional foi, novamente, desrespeitado, mostrando-se um grande risco à democracia brasileira.

A análise dos dois casos se dará a partir da seguinte estrutura: contextualização do caso, precedentes do STF (quando houver), superação dos próprios precedentes pela Alta Corte (caso haja) e interpretação ampliadora dos próprios poderes.

Destarte, numa tentativa de problematização da atuação judicial, este artigo pretende responder ao seguinte questionamento: qual o risco de o Poder Judiciário

brasileiro tomar decisões por meio da ampliação interpretativa (ativismo) dos próprios poderes?

1 Definição de ativismo judicial

Para que se possa realizar a devida análise crítica de casos de ativismo judicial no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal é necessário que, de antemão, conceitue-se ou, em virtude de certa dificuldade apresentada com a expressão, defina-se, para efeitos do desenvolvimento deste artigo, o que seria o “ativismo judicial”.

Como dito, há enorme dificuldade em se conceituar, com exatidão, o termo “ativismo judicial”. Nesse sentido, a Professora Joana de Souza Machado nos presta um pequeno esclarecimento:

A expressão “ativismo judicial” já foi utilizada por conservadores como referência pejorativa a jurisdições de perfil liberal; não escapou, ainda, da apropriação dos liberais, que, por sua vez, usaram-na para fazer menção negativa a jurisdições de perfil conservador, como se verá adiante. A variedade de significados e usos do termo “ativismo judicial” explica-se, primeiramente, pelo caráter histórico da preocupação com o adequado exercício da função jurisdicional. Essa preocupação aparece em diversos contextos históricos, cada qual com motivações próprias, que ditaram a evolução no emprego da ideia de uma jurisdição ativista. (MACHADO, 2008)

Sendo assim, com vistas à facilitação e compreensão de forma didática daquilo que será abordado pelo artigo, coloca-se a definição que pareceu de maior coerência: considera-se *ativismo judicial*, para efeitos deste artigo, decisões tomadas pelo Poder Judiciário, de caráter conservador ou liberal, na maioria das vezes sem embasamento categórico do texto legal, que invadam a esfera de outros poderes (Legislativo e Executivo).

2 Caso da fidelidade partidária

a) Contextualização do Caso

Um dos casos aqui examinados (ementa em anexo), o MS 26602, julgado junto a dois outros mandados de segurança (MS 26603, MS 26604), foi impetrado, diante do STF, pelo Partido Popular Socialista (PPS) contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados.

O partido havia requerido ao Presidente da Câmara “a posse dos deputados suplentes nas vagas pertencentes ao Partido Popular Socialista decorrentes da desfiliação dos deputados” (BRASIL, STF, 2007), fazendo menção à decisão afirmativa do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) referente à consulta nº 1.389, contendo a seguinte indagação:

Os partidos e coligações têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?
(BRASIL, TSE, CTA nº 1389/DF)

O Presidente da Câmara dos Deputados negou o pedido feito pelo partido, alegando o fato de o argumento apresentado – os deputados serem trãsfugas e ferirem a fidelidade partidária – não constar em nenhuma das hipóteses do art. 56, § 1º da Constituição, que dispõe a respeito da convocação de suplentes. Diante da negativa, o partido impetrou o MS, requerendo a declaração de vacância do cargo dos deputados eleitos pelo PPS que deixaram o partido.

b) Precedentes do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal havia, em 1989, no julgamento do MS 20927, defendido que a infidelidade partidária não configuraria causa para perda de mandato. O MS foi requerido pelo terceiro suplente e exigia a perda do mandato do segundo suplente, que assumiria em decorrência de vacância de cargo de deputado. O impetrante afirmava que o segundo suplente havia se desvinculado do partido pelo qual concorreu nas eleições de 1986 para se filiar a outro partido nas eleições municipais de 1988. Para o terceiro suplente, o desligamento do segundo suplente do partido pelo qual concorreu em 1986 seria razão para que este perdesse o poder de assumir o mandato de deputado, tendo o impetrante baseado seu requerimento na fidelidade partidária, segundo dispõe a ementa:

Mandado de Segurança. Fidelidade Partidária. Suplente de Deputado Federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes. Mandado de lei indeferido. (BRASIL, STF, 1989)

O MS 20927 foi indeferido. Na ocasião do julgamento, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o STF afirmou que o candidato que se diplomou suplente pela Justiça Eleitoral e que, posteriormente às eleições, desligou-se do partido pelo qual se elegeu não perde a condição de suplente, podendo, assim, assumir o cargo em caso de vacância. Com isso, a jurisprudência do STF determinou que o cargo pertenceria ao candidato, e não ao partido; ou seja, a infidelidade partidária não configuraria causa para a perda de mandato.

c) Superação dos Próprios Precedentes

Em decisão publicada em 04 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal indicou a brusca mudança de sua própria jurisprudência, declarando a troca de partido de titular de mandato eletivo como motivo justificado para a perda do mandato por esse parlamentar; reconhecendo, portanto, a proteção da fidelidade partidária pela Constituição de 1988.

A partir dessa decisão, o STF desconstruiu a sólida jurisprudência desse mesmo Tribunal, primeiramente formulada no julgamento do MS 20927, no ano de 1989, que decidiu que a mudança de partido pelo titular do mandato ou pelo suplente não se configurava como motivo para a perda do mandato.

Dessa forma, ao se definir o veredicto, por maioria de votos (vencidos os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski), do MS 26602, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, pela primeira vez desde o advento da Constituição de 1988, a fidelidade partidária como garantia constitucional; tendo, inclusive, alguns dos Ministros mudado sua opinião antes incisivamente apresentada. Nesse sentido, no seu voto do mandado de segurança aqui apreciado, o Ministro Ricardo Lewandowski lembrou a mudança de posição do também Ministro Gilmar Mendes, que, quando relator do MS 23405, de 22 de março de 2004, tratando de tema similar, ressaltou:

Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente. (BRASIL, STF, 2007)

Essa mudança radical no posicionamento, como ilustrado pelas palavras do Ministro Gilmar Mendes, revela que a análise do texto constitucional passou a ser feita de modo diferente, superando precedentes do próprio STF.

Diante dessa mudança inusitada de orientação na Alta Corte, ressalta-se o prejuízo à segurança jurídica (BOBBIO, 1986), uma vez que os deputados que mudaram de partido o fizeram pensando ter respaldo da Constituição e das decisões do Supremo. Nesse sentido, o jurista francês Antoine Garapon ressalta: “é preferível uma regra injusta mas previsível do que uma justiça dependente da personalidade de um juiz” (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008). Ademais, como levanta o próprio Garapon, uma mudança de jurisprudência, como essa, em direção oposta, é característica da tradição da *Common Law*, e não da *Civil Law* que é praticada no Brasil:

Em casos muito excepcionais, a jurisdição suprema pode tomar a direção oposta da jurisprudência. Se a regra do precedente, do *stare decisis*, tem por objetivo garantir uma certa segurança jurídica, a diferenciação e essa inflexão dão à *common law* uma relativa flexibilidade. (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008)

d) Interpretação Ampliativa dos Próprios Poderes

A mudança de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à fidelidade partidária, não só chama a atenção pela alteração repentina e contrastante do seu entendimento, mas também pela interpretação ampliativa dos próprios poderes, como foi alertado, logo no início de seu voto, pelo relator Eros Grau:

Resulta bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato não prevista no texto constitucional. Pretende transformar este Tribunal em legislador, trilhando a estreita via do mandato de segurança. (BRASIL, STF, 2007)

Fica claro que o STF despreza, por exemplo, o disposto no § 1º do art. 17 da Constituição (com redação da emenda constitucional nº 52, publicada em 2006, ou seja, bem atual e próxima à data do julgamento, não se podendo alegar distanciamento de realidade), que designa, explicitamente, aos partidos o estabelecimento, em seus estatutos, de “normas de disciplina e fidelidade partidária”. Também não atenta para a

ausência da infidelidade partidária no art. 55 da Constituição, que elenca as situações de perda de mandato.

Sendo assim, ao tomar tal decisão em caso de extrema interferência política, revela-se a contaminação do judiciário na sua interpretação da própria Constituição, apontando não para uma fidelidade ao texto, mas para uma tomada de decisão definida pelas crenças e ideais pessoais; podendo-se identificar, até mesmo, invasão na esfera do legislador.

O mais agravante de tal decisão, além de ferir a democracia, visto que os juízes contrastam decisão tomada pelos parlamentares – democraticamente eleitos pelo povo –, é a forma como ela é tomada, dissimuladamente, de maneira a esconder a ampliação dos próprios poderes, como é brilhantemente levantado por Jeremy Waldron:

Um juiz, quando legisla no direito consuetudinário (se é isso que ele faz) tem, pelo menos, a gentileza de fingir que está *descobrimo* o que a lei era o tempo todo: ele não se apresenta explicitamente como legislador. Na verdade, como todos nós sabemos, a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das vezes, é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que nada podia estar mais distante da nossa mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa. (WALDRON, 2003)

Ademais, é válido que se frise a incoerência do veredicto do Supremo, tendo em vista contradições do próprio STF em relação a seus argumentos. Três são os pontos que explicitam a incoerência:

1) segundo a Resolução nº 22.610 do TSE, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, § 1º, inciso II, caso a desfiliação do parlamentar seja em função de criação de novo partido, caracteriza-se como justa causa, não ocasionando perda do mandato. Nesse caso, mesmo o Supremo ressaltando o pertencimento do mandato ao partido, há troca de partido e o mandato não é perdido, desqualificando o argumento da própria Suprema Corte;

2) em caso de renúncia do titular do mandato eletivo e de o primeiro suplente não poder assumir devido à troca de partido, é possível uma situação na qual o segundo suplente, que virá a assumir o cargo, seja do mesmo partido que aquele de destino do parlamentar que teve o seu mandato suspenso. Isso ocorre por falha do sistema proporcional como é aplicado no Brasil (não cabendo, no entanto, problematizar aqui tal sistema);

3) segundo o AgR-Inq nº 2453/MS, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, de 17 de maio de 2007, aquele suplente que trocar de partido, mas

que, na época da posse do cargo, tiver se refiliado ao partido de origem, tem o direito de assumir normalmente o mandato. Tal decisão descaracteriza, portanto, qualquer possibilidade de que o parlamentar seja vinculado a algum tipo de ideologia, característica há muito desvanecida no cenário brasileiro, no qual não é mais possível se identificar *ideologia partidária* fidedigna nos trinta e dois partidos existentes no país, que constantemente trocam seus ideais.³

3 Caso da união estável homoafetiva

a) Contextualização do caso

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número 4.277 (ementa em anexo) foi proposta pela Procuradoria-Geral da República e julgada junto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 132 – essa última proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

O objetivo da proposição de tal ação pela Procuradoria-Geral da República era que o STF declarasse:

- a) Que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união de pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. (BRASIL, STF, 2011)

Para tanto, baseou e fundamentou sua argumentação nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica; alegando a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. (BRASIL, STF, 2011)

b) Precedentes do Supremo Tribunal Federal

³ Para relação completa dos partidos, acessar: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>, último acesso em: 15/03/15.

Até o momento último da confecção deste artigo, a presente pesquisa não encontrou qualquer caso de precedente do STF em relação à temática da união estável. Destaca-se, contudo, a ADI 3300/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual se pedia que fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que dispunha:

É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um **homem** e uma **mulher**, estabelecida com objetivo de constituição de família (grifo nosso)

Na referida ADI, o Ministro Celso de Mello decidiu pela extinção do processo, alegando razão de ordem formal, visto que essa mesma lei “resultou derogada em face da superveniência do novo Código Civil” (BRASIL, STF, 2006), uma vez que o art. 1.723 desse Código, que disciplina a questão da união estável, reproduziu, em grande parte e essencialidade, o “conteúdo normativo inscrito no ora impugnado art. 1º da Lei nº 9.278/96” (BRASIL, STF, 2006). Em face disso, e como não foi pedida a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil, o Relator não viu possibilidade de seguir com a análise do pedido.

c) Superação dos Próprios Precedentes

Como já explicado anteriormente, não foram encontrados casos de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal em relação à temática da união estável homoafetiva. Considera-se, pois, que, no julgamento da ADI 4.277 houve, não superação, mas sim uma inovação (sem precedentes) da interpretação da Constituição.

d) Interpretação Ampliativa dos Próprios Poderes

Ao emitir a sentença, reconhecendo a união estável entre casais do mesmo sexo, a mais Alta Corte brasileira avança, evidentemente, na concessão de direitos às minorias e exerce sua função contramajoritária, como é de se esperar em um Estado Democrático de Direito. Todavia, há de se identificar a clara incompatibilidade com o texto constitucional (em seu art. 226, §3º) e também com Código Civil (no art. 1.723), que dispõem, respectivamente:

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. (BRASIL, Constituição Federal, art. 226, §3º; grifo nosso)

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o **homem** e a **mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, Código Civil, art. 1.723, caput; grifo nosso)

Dessa forma, deve-se, primariamente, reconhecer a importância da garantia de direitos fundamentais (ALEXY, 2009) aos casais homoafetivos, condições necessárias e essenciais mínimas para a vida humana. Entretanto, não se pode justificar os meios pelos fins, como pensava Maquiavel, não em um Estado Democrático de Direito como o em que vivemos, e o meio foi, claramente, ativista e de ampliação dos próprios poderes pelo órgão Judiciário.

A possibilidade de extrapolação dos poderes pelo Judiciário chegou a ser aventada pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, porém tão rapidamente descartada quanto foi lembrada:

(...) seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adiante, é desenganadamente negativa. (BRASIL, STF, 2011)

Ignorando o texto literal, tanto da Constituição, quanto do Código Civil, muitos dos Ministros se basearam, dissimuladamente, no fato de que, segundo eles, ao explicitar “homem e mulher”, a Constituição procurava uma inclusão dessa última em um contexto patriarcal e não a exclusão de qualquer outra forma de união, como o faz o Ministro Celso de Mello, ao citar o, à época, professor e advogado Luís Roberto Barroso (que posteriormente ganhou sua própria cadeira no Supremo Tribunal Federal):

(...) não traduz uma vedação de extensão do mesmo regime às relações homoafetivas (...) Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento (BRASIL, STF, 2011)

O voto do relator, o Ministro Ayres Britto, acompanhado por todos os outros ministros, sendo a decisão unânime, ressalta, pelas palavras do psiquiatra e psicoterapeuta

suíço, Carl Gustav Jung, que “a homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação.” Ele ainda salienta a questão de não se poder dignificar mais um indivíduo por ser homem ou mulher, por ser hetero ou homossexual; e trata com bastante ênfase do preconceito existente para com os homossexuais, afirmando que: “(...)nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão da heterossexualidade”. Percebe-se, assim, que o Relator se respalda mais nas atuais e antigas concepções da sociedade sobre o tema do que no que está disposto no texto constitucional que rege o país. (BRASIL, STF, 2011)

É dessa forma, como em inúmeras outras, que a Suprema Corte brasileira, disfarçadamente, e do alto de sua justificação “técnica e elaborada” (que a qualquer leigo impressiona e basta como embasamento para alteração no texto constitucional), assume um papel muito além do qual deveria pretender: o de legislador. Nesse cenário, o Supremo legisla – sem admitir –, a exemplo do que lembra Pierre Bourdieu:

(...) propensão, visível sobretudo nos juízes, (...), de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la (BOURDIEU, 2010)

Bourdieu aponta também a tênue distância entre a política e a prática jurisdicional (que, com frequência, vem sendo transposta):

(...) a concorrência entre os intérpretes está limitada pelo fato de as decisões judiciais só poderem distinguir-se de simples atos de força política na medida em que se apresentam como resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos (BOURDIEU, 2010)

Há de se ressaltar, no entanto, que, não obstante essa “interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos”, o Judiciário insiste, descaradamente, em “redefinir” o que claramente diz a Constituição. Foi exatamente por temer esse tipo de atitude que a França Revolucionária procurou compilar uma grande codificação de suas leis, desconfiada de seus juízes, como destaca John Henry Merryman:

(...) postulado da revolução intelectual foi a separação dos poderes governamentais. (...) era de fundamental importância para a racionalização do governo, estabelecer e manter a separação dos poderes e, em particular, distinguir e separar claramente o legislativo e o executivo de um lado, e o judiciário de outro. O objetivo era prevenir a intromissão do judiciário em áreas

– elaboração das leis e sua aplicação – reservadas aos outros dois poderes. (...) Na França, (...) os juízes se recusavam a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários da administração. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que a única forma segura de prevenir este tipo de abuso era, primeiro, separar o legislativo e o executivo do judiciário e, em seguida, regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário (MERRYMAN, 2009)

No caso específico da união estável a situação se sagra ainda mais grave, já que não se pode, nem mesmo, alegar omissão por parte do Legislativo (não que tal justificativa fosse, em alguma medida, suficiente para desprezar o texto da Carta Magna), uma vez que o projeto de lei (PL) de número 1151/1995⁴, que procurava regulamentar a união estável homoafetiva, proposto pela então Deputada Federal Marta Suplicy – pelo Partido dos Trabalhadores (PT) –, foi retirado da pauta em 2001 e passou por sucessivos arquivamentos nos anos de 2003, 2007 e 2011; demonstrava, assim, claramente, o Legislativo sua recusa à implementação do PL.

À vista de tudo isso, é válido que se ressalte, por fim, o conflito lucidamente apontado por Robert Alexy entre Legislativo e Judiciário, quando a questão tange aos direitos fundamentais. Conflito esse que, no caso analisado, existe, evidentemente, e há uma clara intromissão do segundo na esfera do primeiro.

Em um sistema jurídico que tem uma jurisdição constitucional abrangente, como é o caso do sistema da República Federal da Alemanha, os problemas que a determinação substancial causam(sic) para a jurisdição constitucional têm papel especial. No centro do longo e árduo debate acerca da jurisdição constitucional encontra-se o problema do equilíbrio entre a competência do tribunal constitucional e a do legislador. (ALEXY, 2009)

Nesse sentido, fica claro que a Corte agiu de forma prejudicial à democracia ao interferir em esfera além de sua competência e, ainda mais, fazê-lo disfarçadamente, como se não passasse do ordinário exercício de sua função.

Conclusão

Como já explicitado, os casos estudados são um claro exemplo nos quais o Supremo Tribunal Federal, em postura ativista, baseou sua decisão não no que está respaldado pela Constituição, mas nas opiniões pessoais dos Ministros. É perceptível que

⁴ Para conhecimento completo do projeto de lei, acessar: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329, último acesso em: 15/03/2015.

a ampliação dos poderes do Judiciário traz o perigo da imprevisibilidade das decisões. Se o órgão de representação maior do poder judicial no Brasil (STF) não pauta suas sentenças nos dispositivos da Constituição e das normas infraconstitucionais, não é possível haver confiança no Órgão, credibilidade em suas decisões e segurança acerca das medidas adotadas na resolução de um caso.

Nessa mesma confluência de pensamento, Luiz Werneck Vianna afirma que:

(...) especialmente a partir dos anos de 1970, os juízes – inclusive os do sistema da civil law, contrariando uma pesada tradição – cada vez mais ocupem lugares tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política e às de auto-regulação societária (...) (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007)

A partir dessa afirmação, pode-se melhor analisar e, conseqüentemente, identificar como o atual comportamento do Judiciário brasileiro se encaixa nessa perspectiva. Algumas das mais fortes características da *Civil Law*, vigente no Brasil, são a previsibilidade e a segurança das decisões. Como é observado no presente artigo, o ativismo judicial tende a aproximar a tradição jurídica brasileira da *Common Law*, caracterizada pela dinamicidade, que coloca em risco a segurança sobre o posicionamento dos juízes. Evidencia-se, assim, grande risco de impacto do ativismo judicial em uma sociedade pautada na *Civil Law*: a perda da capacidade de saberem os cidadãos como serão julgadas suas ações, uma vez que tal postura do Judiciário coloca em segundo plano o texto Constitucional e privilegia as concepções do juiz, abrindo espaço para decisões cada vez mais arbitrárias e sem fundamentação em documento previamente reconhecido e de acesso a toda a população.

Ressalta-se que as escolhas dos casos não foram aleatórias: procurou-se escolher um caso (o da fidelidade partidária) no qual a postura ativista do STF se mostrou prejudicial e retrógrada em relação à aplicação prática da lei; e outro (o da união estável homoafetiva) no qual tal ativismo realizado pelo Judiciário se revelou extremamente benéfico e um grande progresso na concessão de direitos que há muito deveriam ter sido garantidos a essa parcela da população. Foi feito isso com uma intenção: frisar que, independente do conteúdo da decisão, conservadora ou liberal, progressista ou retrógrada, não se pode permitir que o Judiciário, dissimuladamente, legisle. Nesse sentido, o que se procura problematizar é que, **talvez**, fosse mais aceitável esse ativismo de cunho liberal realizado pelo Supremo – na ADI 4.277 –, se ele tivesse sido realizado abertamente, como se o Órgão falasse: “sabemos que a Constituição se refere a homem e mulher apenas,

porém os tempos são outros e é preciso que alguém exerça o papel contramajoritário e defenda os direitos das minorias”.

Essa atitude – ampliação dos próprios poderes dissimuladamente –, ao tomar decisões que dizem respeito ao ordenamento de todo o país e, obviamente, refletem na sociedade como um todo, causa prejuízo à democracia. Na decisão do MS 26602 e da ADI 4.277, o STF vai contra o que havia determinado o legislador e estava disposto na Carta Magna. Assim, percebe-se, ainda, que a atuação ativista do Poder Judiciário passa a se sobrepor ao poder do Legislativo, que foi eleito democraticamente pelos cidadãos brasileiros, sendo danosa ao Estado Democrático de Direito, além de menosprezar o poder de escolha dos cidadãos, que, por meio das eleições, participam indiretamente do governo do país. A atitude, portanto, vai contra o que está previsto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Por fim, retornando, objetivamente, à pergunta feita no início deste artigo: qual o risco de o Poder Judiciário brasileiro tomar decisões por meio da ampliação interpretativa (ativismo) dos próprios poderes? O maior risco aparente, intensificado quando a prática se dá às escuras e como se não existisse, é o de empoderamento do Judiciário, criando uma supremacia judicial (em contraste à supremacia constitucional), permitindo a esse Poder uma via fácil de alteração da maior garantia de segurança jurídica do povo: o texto constitucional.

Anexo I:

Ementa acórdão Mandado de Segurança 26602 do STF

Constitucional. Eleitoral. Mandado de segurança. Fidelidade Partidária. Desfiliação. Perda de mandato. Arts. 14, §3º, V e 55, I a VI da Constituição. Conhecimento do mandado de segurança, ressaltando entendimento do relator. Substituição do Deputado Federal que muda de partido pelo suplente da legenda anterior. Ato do Presidente da Câmara que negou posse aos suplentes. Consulta, ao Tribunal Superior Eleitoral, que decidiu pela manutenção das vagas obtidas pelo sistema proporcional em favor dos partidos políticos e das coligações. Alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Marco temporal a partir do qual a fidelidade partidária deve ser observada [27.03.07]. Exceções definidas e examinadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Desfiliação ocorrida antes da resposta à consulta ao TSE. Ordem denegada. 1. Mandado de segurança conhecido, ressaltando o

entendimento do relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono da legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandato de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada. (BRASIL, STF, 2007)

Anexo II:

Ementa acórdão Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 do STF

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 n° 132-RJ pela ADI n° 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3° da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. Tratamento constitucional da instituição família. Reconhecimento de que Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. O caput do art. 26 confere à família, base da sociedade, especial proteção do estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando ser formal ou informalmente constituída,

ou ser integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão " família ", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por " intimidade e vida privada " (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo mais conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de " entidade familiar " e " família ". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia " entidade familiar ", não pretendiam diferenciá-la da " família ". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado " entidade familiar " como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proibe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. A aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem " *do regime e dos princípios por ela adotados*", *verbis*: " *os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*". 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da " interpretação conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do artigo 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de " Interpretação conforme à Constituição ". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua,

pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, STF, 2011)

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma defesa das Regras do Jogo*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad.: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Acórdão ADI 4.277*. STF: 2011.

_____. *Acórdão MS 26602*. STF: 2007.

_____. *Acórdão ADI 3300*. STF: 2006.

_____. *Acórdão MS 20927*. STF: 1989.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França – Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada*. Trad.: Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad.: Maurício Santana Dias. São Paulo: Editora Schwarcz, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law*. Trad.: Cássio Casagrande. Rio de Janeiro: safE, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. São Paulo: Tempo Social, revista de sociologia da USP, 2007.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da Legislação*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

