V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

RICARDO ANDRÉS MARQUISIO AGUIRRE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ricardo Andrés Marquisio Aguirre – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-274-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias da justiça. 3. Teorias da decisão. 4. Argumentação jurídica. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Este GT del V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) el día 9 de setiembre de 2016, entre las 9 y las 12 hs. La temática y las ponencias anunciadas hacían presagiar una importante diversidad de intereses y concepciones teóricas (referidas a la argumentación, el Derecho, la teoría del Derecho y la teoría de la Justicia), así como la producción de interesantes discusiones a partir de las exposiciones, previsiones que se cumplieron ampliamente.

El primer artículo presentado entre los correspondientes al GT fue APROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF (ADPF 178): COMO O ATIVISMO JUDICIAL ROMPE A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA aborda el álgido tema del modo en que, bajo el discurso justificativo de realizar una "interpretación conforme a la Constitución", los tribunales legislan en materia constitucional y practican activismo judicial, lo que da mérito a que su accionar sea cuestionado por violación del principio de separación de poderes.

El artículo LIMITES AUTOIMPOSTOS À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE, DE JOHN RAWLS, E AS CONSEQUÊNCIAS EM SUA NATUREZA discute los límites que la teoría dela justicia rawlsiana se impone con el objetivo de recibir una aceptación lo más amplia posible y el modo en que dichos límites tienen consecuencias a la interna de dicha teoría.

Por su parte, el artículo O BEM COMO RACIONALIDADE EM JOHN RAWLS, continúa con el análisis de la influyente teoría de la justicia de dicho autor, tomando como tema el papel de la teoría del bien y sus implicancias, así como el contraste entre el bien y lo justo, que aparece como uno de los aspectos centrales de la concepción de justicia como equidad.

El último artículo en ser expuesto entre los brasileños es O DIREITO À IMAGEM NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DO DISCURSO RACIONAL. En el artículo se discute si y en qué medida

debe prevalecer el derecho a la imagen de los candidatos o exercentes mandatos o cargo político en contra del derecho a la información de los ciudadanos para el propósito de construcción de una opinión pública "libre".

En lo que refiere a los artículo expuestos por investigadores uruguayos, el primero fue ARGUMENTACIÓN Y DEBERES IMPERFECTOS. En él se defiende la necesidad de aceptar la existencia de deberes imperfectos en la argumentación y se plantean los rudimentos de tal incorporación en una Teoría de la argumentación de orientación Pragma Dialéctica.

EL siguiente artículo es LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS LATINOAMERICAS. UNA VISIÒN DESDE EL MARCO DE LA TEORIA CRÍTICA. El tema elegido, trata dos aspectos esenciales del Derecho en las sociedades complejas latinoamericanas, avanzado ya el S XXI: la judicialización creciente de la política y su reverso la politización de la justicia.

El artículo OBJECIÓN DE CONCIENCIA analiza, a partir de un reciente y comentado fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la problemática que plantea “deducir” un derecho general a la objeción conciencia de las disposiciones constitucionales y legislativas que se invocan para fundarlo.

Finalmente, se expuso el articulo RAZONES Y CREENCIAS CONSTITUCIONALES: ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS DEL ESTADO (NEO) CONSTITUCIONAL. Allí se plantean algunos problemas vinculados al papel de la Constitución densa en proveer razones justificativas del derecho de las fuentes sociales y de la conducta de los operadores e intérpretes jurídicos (jueces, legisladores, dogmáticos).

Prof. Adj. Ricardo Marquisio Aguirre - Facultad de Derecho - UDELAR

APROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF (ADPF 178): COMO O ATIVISMO JUDICIAL ROMPE A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA

APPROVAL OF HOMOSEXUAL STABLE UNION BY FEDERAL SUPREME COURT (CNCFP 178): AS JUDICIAL ACTIVISM BREAKS THE FUNCTIONAL SEPARATION OF POWERS CONSTITUCIONALLY INTENDED

Natalia De Andrade Magalhaes [1]
Marilia Martins Soares De Andrade

Resumo

A aprovação da união estável homoafetiva pela Corte Suprema Brasileira na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 178 pretendeu operar uma interpretação conforme a constituição, entretanto, a atuação do Supremo, neste caso, é questionada do ponto de vista da separação funcional de poderes do Estado. Nesse contexto, este artigo pretende analisar a referida decisão analisando se o Supremo Tribunal Federal efetivamente legislou em matéria constitucional, invadindo a seara Legislativa e praticando o ativismo judicial.

Palavras-chave: União estável homoafetiva, Separação dos poderes, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The approval of the homossexual stable union by the Brazilian Supreme Court in the claim of non-compliance with a fundamental precept 178 intended to operate an interpretation according to the constitution, however, the role of the Supreme Court, in this case, is questioned from the point of view of the functional separation of state powers. In this context, this article aims to analyze the decision analyzing if the Supreme Court effectively legislated in constitutional matters, invading the Legislative harvest and practicing judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Homosexual stable union, Separation of powers, Judicial activism

[1] Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

1 INTRODUÇÃO

Desde Aristóteles já era admitida a existência de uma divisão de poderes, que surgiu em Montesquieu como uma tripartição sem funções claramente delimitadas, tradicionalmente reconhecendo a existência de um Poder Legislativo, um Executivo e outro Judiciário. Na moderna doutrina jurídica essa tripartição atingiu uma feição colaborativa a qual designamos sistemas de freios e contrapesos. Após vivenciarmos um processo de globalização e promulgarmos uma Constituição de natureza precipuamente dirigente, assistimos com excessiva constância a ingerência de um poder diante do outro.

Para além da colaboração e fiscalização, certas atitudes e decisões do Judiciário remetem ao abandono do paradigma de neutralidade do juiz, levando a necessidade do aprofundamento doutrinário acerca da Judicialização da Política e do Ativismo judicial, enquanto fenômenos jurídicos distintos.

Em cinco (5) de maio de 2011, a sociedade brasileira assistiu uma verdadeira mudança paradigmática do tratamento jurídico à instituição familiar brasileira. Simultaneamente foram julgadas a Ação declaratória de inconstitucionalidade [1] 4.277/09 e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental[2] 132/08.

Ao final da sessão, grande parte dos Ministros acompanhou na integralidade o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, julgando procedentes ambas as ações por unanimidade. O Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher. Sobre o voto do relator, salienta Hilda Ledoux Vargas de Araújo tratar-se de um voto rico em fundamentos jurídicos, sólido em argumentos e afetivo em essência (ARAÚJO, 2012).

Feita análise dos votos dos caríssimos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) os colegas civilistas os saúdam pela aplicação de princípios muito admirados por tal classe de juristas, qual sejam: dignidade da pessoa humana, afetividade, isonomia e liberdade. A decisão foi considerada uma vitória das liberdades pessoais.

Segundo o nosso Código Civil em seu artigo 1.723: "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, 2002).

[1] Para efeitos meramente didáticos, será utilizada a sigla ADI.
[2] Para efeitos meramente didáticos, será utilizada a sigla ADPF.

Nessa especificidade, homem e mulher, residiam os entraves jurídicos para o reconhecimento da união estável entre indivíduos do mesmo gênero. Nesse sentido, o ministro Ayres de Britto parte de uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 para demonstrar a legitimidade não apenas social, mas também jurídica da união estável homoafetiva. Interpretação esta pautada em princípios constitucionalmente explícitos e implícitos.

Entretanto, e aí reside o cerne desde trabalho, como é possível buscar mecanismos para interpretar uma lei que reproduz com exatidão de palavras o que a própria Constituição preceitua?

Partindo da atuação do Supremo Tribunal Federal nesse caso concreto, pretendemos demonstrar que para além da relativização da tripartição dos poderes nos moldes de Montesquieu, o Direito do Brasil enquanto engatinha na pós-modernidade, utiliza-se da discricionariedade conferida aos juízes para atuar não apenas executando, mas também legislando, e no caso em apreciação indo mais além, alterando o texto de nossa Magna Carta. Com essa finalidade, a pesquisa será doutrinária, jurisprudencial e documental, utilizando o método fenomenológico hermenêutico que parte da premissa Heideggeriana aprimorada por Gadamer e denominada círculo hermenêutico.

Nos capítulos que se seguem, não discutiremos o conteúdo da decisão, e sim, em termos simples, a forma que o Direito brasileiro legalizou a união estável homoafetiva, avaliando a (não) hermenêutica em que os prezados juízes do Supremo Tribunal Federal brasileiro justificam suas decisões diante do princípio da separação dos poderes.

2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES (OU DAS FUNÇÕES DE GOVERNO) COMO ATRIBUTO DO ESTADO DEMORÁTICO DE DIREITO

A decisão paradigmática que sobre a qual pretendemos nos debruçar reflete diretamente na concepção atual da doutrina da separação de poderes dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. Partindo do marco teórico de que o surgimento do Estado de Direito (não imediatamente democrático) surge em contraposição ao Estado Absolutista, é permitido concluir que a limitação do poder é atributo indissociável ao Estado que se propõe a ser de Direito, e, nesse sentido, compreender a atuação da Suprema Corte brasileira pressupõe entender a lógica da distribuição e limitação do Poder no Brasil.

2.1 Breve Histórico da Doutrina da Separação dos Poderes

Não podemos conceber Estado, sem poder. O poder, emanado da soberania é atributo do Estado. Por conseguinte, é mister salientar que o poder não pode ser dividido, separando-se na verdade os órgãos que desempenham suas funções (TEMER, 1997). Pinto Ferreira conceitua de forma precisa o princípio da separação dos poderes definindo-o como um sistema em que cada tarefa governamental é confiada a um órgão diferente. (Apud FERREIRA, 1975).

As bases da doutrina da separação dos poderes foram lançadas por Aristóteles, em sua obra Política. Na concepção aristotélica o sábio distinguia três funções do governo: a que deliberava acerca dos problemas gerais da polis; a que exercia a magistratura e a atividade judicial. A doutrina aristotélica, obscura no período feudal, foi retomada pelos teóricos iluministas, que aprofundaram e aprimoraram a doutrina.

John Locke, em sua obra "O segundo Tratado do Governo Civil", expõe sua teorização acerca da tripartição dos poderes. Na obra, Locke propõe a divisão das funções do Estado como sendo as funções Legislativa, Executiva e Federativa. Para ele, o poder legislativo é o que determina a melhor forma de se empregar o poder público, sobrepondo-se aos demais poderes, devendo ser separado do poder que executa as leis a fim de evitar o abuso decorrente da fragilidade da ética humana.

Assim, concebe a distinção das funções legislativa e executiva, discorrendo ainda sobre um terceiro poder, que denomina federativo, que é o responsável pelas relações internacionais, compreendendo ainda a formação de alianças e decisões sobre guerra e paz. Locke ainda apontou para um poder dicionário atribuído ao monarca em situações extraordinárias.

É, contudo, Montesquieu, quem leva o mérito pela doutrina da separação dos poderes conforme a conhecemos hoje. Em suas palavras

> Em todo o estado há três espécies de poderes, o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faça as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro,

> pune os crimes e julga os dissídios dos particulares. Chama-se a última o poder julgar e a outra simplesmente o poder executivo do estado. (1973, p.156-157)

Montesquieu difere de Locke ao não conferir maior ou menor importância a quaisquer dos poderes, devendo harmonizarem-se, cada órgão desempenhando função distinta ao mesmo tempo em que a atividade de cada um caracteriza forma de limitação da atividade do outro. Corresponde assim à dita harmonização e colaboração entre os poderes, formulando o sistema dos "freios e contrapesos" aludidos pela doutrina norte-americana. (TEMER, 1997).

2.2 Separação dos Poderes no Direito Brasileiro

Em *terras brasillis*, os órgãos dos poderes realizam funções típicas e atípicas, realizando preponderantemente sua função típica e secundariamente a outra. O princípio da separação de poderes sempre foi um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, até mesmo a Carta Imperial de 1824, já previa o previa em seu Título 3º:

> Dos poderes, e Representação Nacional.
> Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.
> Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. (BRASIL, 1824)

Em 1891, a primeira Constituição Republicana previu, no seu art. 15, que os poderes fossem três, "harmônicos e independentes entre si", em conformidade com os princípios de Montesquieu. A segunda Constituição da República do Brasil foi promulgada em 1934 e acompanhou a anterior dispondo no seu art. 3º: "São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si". A constituição outorgada de 1937 não fez menção ao princípio da tripartição dos poderes, sendo ele retomado juntamente com o retorno a democracia, no texto constitucional de 1946:

> São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

> § 1º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.
> § 2º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

O texto constitucional de 1967 é bem semelhante ao anterior, enquanto o texto oriundo da emenda constitucional de 1969 apenas substitui o termo "cidadão" pela expressão "qualquer pessoa".

Por fim, a Constituição de 1988, de cunho dirigente e democrático, expressão maior do Estado Democrático de Direito, assim como as anteriores, reproduziu o princípio da separação dos poderes enquanto instrumento democrático de preservação de direitos. Predispõe-na, em seu artigo 2º, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Não satisfeito, foi incluso ainda no rol das cláusulas pétreas, não podendo ser modificada sequer por emenda constitucional: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes" (BRASIL, 1988).

Nos moldes da Constituição Federal de 1988 cabe ao legislativo em sua função típica editar normas gerais e abstratas, mas estabelece também que, nesse arranjo, participe o executivo atipicamente, seja pela iniciativa de leis, seja pela sanção ou veto. A iniciativa deste quanto à propositura de leis é contrabalanceada pela faculdade conferida ao Congresso de alterar o projeto por emendas ou de rejeitá-lo. Conforme já foi dito, atipicamente o executivo pode realizar atividades constitucionalmente atribuídas de legislar e fiscalizar.

Ao Poder Executivo, é conferida a função específica de administrar, conforma Celso Bastos "prática pelo Estado, como parte interessada de uma relação jurídica, de atos infra legais destinados a atuar praticamente nas atividades descritas na lei (1996, p.169). O Executivo exerce, além de sua função típica - administrar -, exerce a expedição de atos com força de lei - medidas provisórias, e a função de natureza política; participação no processo legislativo, pela iniciativa, sanção, veto e promulgação das leis.

No caso do Judiciário, por consistir no cerne do nosso trabalho, cabe explanação mais minuciosa acerca do seu papel no jogo dos poderes. Sabe-se que se os Tribunais não podem propriamente realizar trabalhos legislativos, mas poderão, se for o caso, declarar a norma inconstitucional, deixando de aplicá-la.

Assim, tipicamente, cabe ao Judiciário a missão constitucional de controlar os atos emanados dos outros poderes à medida que lhe são submetidos e houver uma real querela. Logo, apesar de esses atos governamentais se revestirem de presunção de constitucionalidade,

é certo dizer que a palavra final quanto à conformidade deles ao texto constitucional pertence ao Judiciário. Assim opera o controle de constitucionalidade como defendeu com maestria John Marshall, no famoso caso Madison x Marbury.

Como se depreende, a Constituição menciona o princípio da harmonia entre os poderes, diametralmente oposta à ideia de separação absoluta entre eles. Nesse quadro, os entes estatais somente se desenvolverão de modo pleno e eficaz quando houver entre eles uma necessária e consciente colaboração e controles recíprocos. Neste sentido, José Afonso da Silva adverte: "a desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro" (SILVA, 2006).

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DE CRISE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Segundo os juristas Lênio Luiz Streck e José Luís Bolzan de Morais no Estado contemporâneo, pós-constituição de 1988, não há de se falar de separação de poderes sem considerar o processo de interpenetração de funções, quando atos de um poder são praticados por órgãos vinculados a outro. Ou seja, o devir histórico e as transformações sofridas pelo Estado conduziram a esse processo de compartilhamento de funções. (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2012).

Segundo ainda José Luís Bolzan de Morais, autofagicamente, muitas vezes uma função de Estado tem procurado sobreviver através das demais, vivenciando-se um rearranjo funcional no qual se tem um deslocamento do debate político para o âmbito jurisdicional, constituindo o cerne daquilo que chamamos de judicialização da política. O autor prossegue na mesma obra (2011), apontando com brilhantismo que a judicialização da política é a óbvia consequência de um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que executa como de mal-estar. Diante do exposto, depreende-se que a compreensão das causas da penetração do Judiciário nas demais funções do Estado, pressupõe a análise da adoção do dirigismo constitucional no texto de 1988.

Coube a Canotilho, em sua tese de doutoramento, consagrar o dirigismo constitucional, afirmando a força atuante do Direito Constitucional (CANOTILHO, 2001). Nesse entendimento, os direitos sociais constitucionalizados representariam verdadeira imposição ao Poder Público, agregando-se à concepção de Estado de Direito um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, tornando a constituição um meio de direção social. (TASSINARI, 2013)

Entretanto, falar de Constituição Dirigente implica em também falar daquilo a que se chamou "morte da Constituição Dirigente". Embora o termo morte seja excessivamente forte, corresponde a revisão feita por Canotilho da sua própria teoria, marcada pelo desencanto do jurista diante das promessas não cumpridas diante da pós-modernidade. Nessa linha, Canotilho passa a defender a substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, para outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade.

Cabe ao Estado Contemporâneo, então, enfrentar sua própria crise partindo do paradigma da efetividade, que não se verificou no Estado Democrático de Direito Social. É nesse contexto de insatisfação diante das promessas incumpridas que se expande a função do Poder Judiciário. Assim, recorre-se cada vez mais à jurisdição na expectativa que a mesma exerça função de garantia e promova a satisfação das promessas constitucionais (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Agrega-se ao que já foi mencionado, a própria transformação da sociedade no Estado pós-moderno. Em uma sociedade cada vez mais complexa em que a relação privada se sobrepõe à estatal, os cidadãos assumem uma postura ativa, reivindicando judicialmente os seus direitos, deslocando para o Judiciário o palco de solução dos conflitos sociais. Sobre isso, destaca Clarissa Tassinari (2013) que no regime democrático o poder é distribuído de forma mais difusa e que quanto mais numerosos os centros de poder, maior chance de surgimento de conflitos sociais.

Por conseguinte, o regime democrático ao mesmo tempo em que fomenta o surgimento de conflitos no seio da sociedade pós-moderna, permite que tais conflitos se encaminhem ao Judiciário em busca de solução (TASSINARI, 2013).

3.1 A Judicialização da Política e a Crise do Regime Democrático

Neal Tate (1995) sintetizou as condições que fomentaram o fenômeno da Judicialização da política. São elas: a institucionalização de uma ordem democrática; a separação dos poderes do Estado que assegura independência do Judiciário; a universalização do acesso ao sistema de justiça; a existência de uma Constituição que explicite direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos que se sintam lesados; o uso dos tribunais por grupos minoritários para a realização de seus direitos; o uso dos tribunais pela oposição para frear e controlar as deliberações majoritárias da arena política; a ineficácia das instâncias majoritárias de formação da vontade política, gerando, por

vezes, crise de governabilidade; as instituições majoritárias que delegam, em alguns casos, ao Poder Judiciário, decisões polêmicas, cujo processo deliberativo demande enfrentamento social e o seu custo politico.

Da análise dessas condições de possibilidade do fenômeno em estudo, podemos estabelecer uma relação íntima deste com a crise do regime democrático, particularmente da crise da legitimidade democrática.

A judicialização da política refere-se ao novo mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais e à superação do clássico modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes dos tribunais na arena política (MACIEL; KOERNER, 2002). Com a consolidação desse fenômeno percebe-se certa aproximação entre o direito e a política, bem como uma mitigação do conceito de legitimidade democrática, compreendida como simples representação originária do povo nas urnas capaz de legitimar a atuação dos poderes políticos constituídos, ampliando-se tal fundamento democrático para a plena realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o político passa a ser, em alguns casos, processado pelo jurídico.

O descumprimento dos preceitos constitucionais, além do já exposto, contribuiu também para o distanciamento entre sociedade e os Poderes Legislativo e Executivo. Os setores políticos do Estado perderam sua credibilidade diante da ineficiência por um lado, e da exposição cotidiana de casos de corrupção do chamado Poder Público. Ocorre que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, a impossibilidade de órgãos não eletivos invalidarem decisões daqueles que foram escolhidos pelo crivo da vontade popular é um argumento chamado de "dificuldade contramajoritária" *(countermajoritain difficulty*) (BARROSO,2004, p.52).

Por mais que a democracia tenha evoluído no sentido de incorporar o contramajoritarismo, afirma Daniela Cademartori (2003) que um regime democrático pressupõe o equilíbrio entre a liberdade de escolhas políticas e a representação dos interesses da maioria, sendo perigoso negligenciar qualquer um dos aspectos ou priorizar um em detrimento do outro.

3.2 Ativismo Judicial

Embora necessário entender o fenômeno da judicialização da política para compreender as origens e nuances do ativismo judicial, as expressões não são sinônimas. Segundo Oscar Valente Cardoso:

> O ativismo judicial (ou judicialização da política) pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na "criação" de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, etc.) (CARDOSO, 2011).

Segundo Luís Roberto Barroso, sobre as principais diferenças entre ativismo judicial e judicialização da política:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2009).

As ideias de Barroso se coadunam com as lições do jurista Lênio Streck, em seu "Verdade e Consenso", no sentido de que a Judicialização é um fenômeno contingencial, enquanto o ativismo judicial é um ato de vontade do Poder Judiciário (TASSINARI, 2013).

O ativismo judicial tem suas origens intimamente relacionadas às experiências jurídicas norte-americanas. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no

confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937) (BARROSO, 2009).

A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973) (BARROSO, 2009).

Ainda em relação às origens norte-americanas do ativismo judicial, salutar expor ainda que em linhas breves a importância do controle de constitucionalidade, ou *judicial review*. Foi a experiência norte-americana que afirmou primeiramente superioridade hierárquica da Constituição, e, como instrumento da defesa da soberania constitucional, a atuação do Judiciário.

Entretanto, copiar o modelo americano de ativismo judicial à realidade jurídica brasileira sem considerar as profundas diferenças nas tradições jurídicas dos dois países pode levar (ou quiçá já tenha lavado) a um estado de incoerência jurídica.

Sobre tais diferenças, aponta Clarissa Tassinari (2013): no Brasil o Direito se assenta na lei, enquanto na common *law americana* predomina a jurisdição; a Constituição americana é sintética, enquanto a brasileira é analítica; o ativismo judicial americano se alinha a um programa de governo; o ativismo judicial americano, como já mencionado, deu-se através de uma postura conservadora onde a maioria dos doutrinadores são contra à ação interventiva das Cortes que derruba a noção brasileira de ativismo como forma de predomínio do Judiciário sobre os demais poderes.

Apesar da tradição jurídica brasileira, da soberania de nossa Constituição, do pacto democrático e da previsão constitucional expressa de adoção do princípio da independência harmônica entre os "três poderes" (na verdade, entre as funções de governo), considerável parte dos nossos doutrinadores ainda defendem o ativismo judicial como forma de concretização de direitos fundamentais. Contudo, os críticos do ativismo judicial em *terras brasílias* mantêm vivo o debate, questionando onde ficam os limites à atuação do Poder Judiciário e quais são os custos do intervencionismo judiciário para a concretude da democracia brasileira.

4 O CASO DA ADPF 178: (NÃO) HERMENÊUTICA JURÍDICA OU ATIVISMO JUDICIAL

Há muito, a preocupação com a situação jurídica dos que vivem em união homoafetiva ocupam um espaço na agenda jurídica mundial. Impossível desvincular a querela jurídica com o debate que se formou no seio da sociedade, passando a cobrar do Estado uma resposta. É a união estável entre homossexuais um instituto juridicamente protegido? E o casamento em tais circunstâncias? Podem esses casais formar uma família através da adoção? Nossa pergunta deveria ser bem mais simples do que as anteriores, nessa pesquisa propõe-se apenas a perquirir se cabe ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do nosso Judiciário formular as respostas juridicamente adequadas às questões supramencionadas. Dessa forma, a primeira análise diz respeito à primeira decisão nesse sentido, por meio da Ação declaratória de inconstitucionalidade 4.277/09 e da Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132/08.

Por meio da ADI 4.277 e da ADPF 132, a Procuradoria Geral da República e o governo do Rio de Janeiro, respectivamente, objetivaram, em suma, o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, desde que reconhecidos os mesmos requisitos para configuração da união estável entre homem e mulher, questionando-se assim o artigo 1723 do Código Civil e o artigo 226 da Constituição Federal do Brasil, ambos estabelecendo que a união estável juridicamente reconhecida ocorra entre um homem e uma mulher.

A Procuradoria da República, por meio de aditivo, mencionou que o não reconhecimento da união estável homoafetiva constituiria uma omissão, sobre isso se pronunciaram com maestria os doutrinadores Lênio Streck, Vicente de Paula Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira:

> E mais: de que modo poderia haver a referida omissão, se a própria Constituição determina que é de- ver do Estado proteger a união entre o homem e a mulher? Onde estaria a omissão, já que é um comando constitucional – não podemos falar em hierarquia entre normas constitucionais; caso contrário, estaríamos aceitando a tese de Bachof a respeito da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais – que de- termina que a ação do Estado seja no sentido de

> proteger a união entre homem e mulher? (STRECK; OLIVEIRA; BARRETTO; 2009, p.89)

Sobre a evolução jurídica do assunto, mister relembrar a postura do Superior Tribunal de Justiça brasileiro quando instado a se pronunciar por meio do recurso especial 1.183.378⁄RS, no qual historicamente foi autorizado o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. No histórico voto do ministro Luís Felipe Salomão destacam-se os seguintes trechos:

> ... de fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar.
>
> Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento.

O ministro expressou ainda, sobre o papel do poder Judiciário nessa questão:

> ... Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.
>
> Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.
> É como voto.

O voto do douto ministro sintetiza o tratamento conferido a problemática constitucional da união civil homoafetiva, assumindo a posição que caberia ao Congresso Nacional, conforme o Brasil se insere dentro de um pacto democrático pautado pela separação e harmonização entre os poderes, através de funções constitucionalmente estabelecidas.

Para explicitarmos melhor a postura ativista adotada pelo STF no julgamento da questão, necessário analisar os argumentos apresentados pelo relator do caso, o Ministro Ayres Britto confrontados com uma postura crítica e hermenêutica.

4.1 O Voto de Ayres de Britto: principiologismo e a interpretação (des) conforme a Constituição

O voto do relator Ayres de Britto reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo se pautou essencialmente de dois mecanismos jurídicos: a fundamentação por meio de princípios e o emprego da chamada técnica de interpretação conforme a Constituição. Canotilho assinala que "o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. " (CANOTILHO, 2003, p.179)

Considerou Ayres de Britto, que a vedação ao reconhecimento da união estável homoafetiva nos mesmos termos do reconhecimento da união estável heteroafetiva é incompatível com a principiologia constitucional a qual a Constituição brasileira se coaduna, devendo o artigo 1.723 do Código Civil ser interpretado conforme a Constituição afim de dela retirar o significado que melhor se adequa aos ideais de Justiça. Assim, recorre aos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade para nortear sua decisão.

O longo voto do ministro pode ser sintetizado em linhas simples: para ele, dizer que a união estável acontece entre homem e mulher é diferente de dizer que acontece *apenas* entre homem e mulher, e se a Constituição não travou tal limite semântico, interpretando conforme a Magna Carta podemos estabelecer que se a lei não proíbe ela o permite. Sobre a questão, torna-se curiosa a doutrina do Ministro Gilmar Mendes: "...não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador" (MENDES, 2005, p. 290).

Na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na ementa da decisão de Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7-DF, relatada pelo Ministro Moreira Alves:

> O princípio da interpretação conforme à Constituição ("Verfassungskonforme Auslegung") é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF, em sua função de Corte Constitucional, atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

Diante do exposto, repetimos a pergunta formulada por Lênio Streck diante da decisão: como fazer uma interpretação conforme a Constituição de uma lei que diz exatamente o que diz a Constituição? Com o devido respeito ao nosso tribunal maior, mas decidir conforme a Constituição não deve equivaler a decidir manipulando a Constituição.

Ao contrariar o sentido inequívoco que o legislador pretendeu dar, no qual a união estável seria facultada unicamente aos casais heteroafetivos, o STF não interpretou conforme a Constituição, e sim alterou o seu conteúdo para que este se adequasse à decisão que os doutos ministros consideravam justa e socialmente adequada. E o Direito, para o bem ou para o mal, não deve nem pode ser aquilo que o intérprete quer que ele seja (STRECK, 2010).

O deputado federal Jean Wyllys (PSOL/RJ) anunciou a proposição de projeto de emenda constitucional com escopo de aprovar o casamento gay no Brasil. O deputado traduziu assim, o entendimento que faltou no decorrer da decisão em análise da necessidade do envolvimento direto do Congresso nessa questão. É do poder Legislativo a legitimidade para alterar a Constituição Federal através de processo legislativo próprio, atendendo requisites constitucionalmente previstos.

Foram assim na Espanha, Argentina e Portugal, países que antecederam o Brasil no reconhecimento da união entre indivíduos do mesmo sexo, através de alterações em suas legislações, aprovadas pelos membros do Congresso, legítimos representantes da soberania popular.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da união estável homoafetiva marcou a sociedade brasileira por finalmente proteger civilmente os casais homossexuais, equiparando-os aos casais heterossexuais de forma a combater a discriminação e de permitir a autonomia dos indivíduos em formarem seus núcleos familiares sem distinção de orientação sexual. Todavia, marcou, também o Direito brasileiro como uma das mais célebres decisões ativistas de nossa história jurídica. Não apenas legislou o STF, ele alterou o sentido de nossa Magna Carta, a qual ironicamente, lhe cabe à defesa.

A guisa de concretizar direitos fundamentais, tem-se assistido o nascimento de uma juristocracia. O Judiciário tem realizado suas funções típicas, atípicas e tem ainda, com o aval da sociedade ou até mesmo de alguns importantes juristas ingeridos diante dos demais órgãos, relativizando a separação funcional dos poderes, que além de prevista constitucionalmente é um dos pilares sobre os quais se funda o Estado Democrático de Direito.

A separação e harmonização de poderes surgem exatamente para que cada Poder seja limitado pelos demais. O ativismo judicial, sob o escopo de cumprir as promessas constitucionais não alcançadas na modernidade, forja o surgimento dessas juristrocracia na qual o Judiciário não apenas harmoniza com os demais poderes, e sim ocupa os seus espaços. Conter o ativismo judicial é evitar os desmandos de um poder sobre o outro, salvaguardando a Constituição e a ordem democrática conforme concebeu Montesquieu.

Assim, controlar as decisões judiciais é uma questão de democracia, e não de proibição de interpretar.

Controlar o ativismo judicial e as decisões judiciais implica o enfrentamento da discricionariedade judicial e a defesa da aplicação da Constituição não como queremos que ela seja, mas como ela efetivamente o é.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto**. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009.

_____. ***O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro***. 2.ed. São Paulo: Saraiva,

2006, p. 61.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Crise do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leuctchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl.** Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 6 reimp. Coimbra: Coimbra, 2003.

CARDOSO, Oscar Valente**. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/texto/19047>. Acesso em: 12 jan. 2013.

FERREIRA, Pinto. ***Teoria Geral do Estado, volume II***. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 1975.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política: duas análises.** Lua Nova, n. 57, São Paulo, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Col. Os pensadores. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto- decido conforme a minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2010.

_____; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno**

da constituinte. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Vol. I, n. 2, julho-dezembro 2009. São Leopoldo, Unisinos, 2009.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial- Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics.** In: __ (Orgs.). The global expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**.14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

.