

# ATIVISMO JUDICIAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FAZENDO ESCOLA E COMO NEM SEMPRE DEVEMOS SEGUIR O MESTRE

Judicial Activism : The Federal Supreme Court making school and how we should not always follow the master

*Bruno Miola da Silva*

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA RJ.  
Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE-Bauru (2012) e Doutorando . Professor da Faculdade Guanambi - FG/BA.  
Coordenador Local do Mestrado Interinstitucional em Direito (Minter) UNESA/FG. E-mail: [prof.miola@gmail.com](mailto:prof.miola@gmail.com)

Recebido em 28.03.2015 | Aprovado em 26.10.2015

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como os juízes estão sendo protagonistas de decisões judiciais de cunho anti-democrático, no sentido de incluir situações que, em tese, o texto legal não comportaria, extrapolando o âmbito normativo do texto. Desta forma, trata-se de um estudo que se projeta para um melhor controle das decisões judiciais, a fim de que estas não sejam emanadas de forma discricionária. Para tanto, buscou-se fundamento na doutrina para identificar os motivos que levaram os juízes brasileiros a agir de forma ativista. Neste sentido, inicialmente se faz uma possível diferenciação entre ativismo judicial e judicialização e os benefícios ou malefícios de tais condutas. Buscou-se também através de recentes decisões judiciais demonstrar, por amostragem, que estas decisões consideradas ativistas não respeitam os limites semânticos de um texto e sua interpretação, decisões deste jaez que estão cada vez mais se proliferando pelo judiciário, o que gera insegurança jurídica devido à instabilidade gerada pela falta de critério jurídico no momento de o juiz proferir sua decisão. Por fim, foram apresentadas conclusões no sentido de quais

podem ser os limites de interpretação de um texto e como a extrapolação destes limites traz prejuízos à democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucional. Democracia. Decisão judicial. Discretionariedade.

**ABSTRACT:** The aim of the present work is to demonstrate how judges are being protagonists of antidemocratic judgments, in order to include situations which, in theory, the legal text would not contain, exceeding the normative scope of the text. Thus, it is about a study that projects itself for better control of judicial decisions, so that they are not issued on a discretionary way. Therefore, it was sought to basis in the doctrine to identify the reasons that led the Brazilian judges to act in an activist way. In this sense, it is initially made a possible differentiation between judicial activism and legalization and the benefits or harms of such conducts. It was also sought trough recent judicial decisions to demonstrate by sampling that these decisions considered activists do not respect the semantic limits of a text and its interpretation, decisions of this kind that are increasingly proliferating by the judiciary, which creates legal uncertainty due the instability caused by the lack of legal test when the judge renders his decision. Finally, conclusions were presented in order of which may be the limits of interpretation of a text and how extrapolating these limits may damage democracy.

**KEYWORDS:** Constitutional. Democracy. Judicial decision. Discretionary.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 - Judicialização x Ativismo Judicial. 2 - Uma contribuição Dworkiniana. 3 - O Supremo Tribunal Federal fazendo escola. 4 - Como nem sempre é bom seguir o mestre. 5 - Conclusão. 6 - Notas de Referências.

## Introdução

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como os juízes estão sendo protagonistas de decisões judiciais de cunho antidemocrático, no sentido de incluir situações que, em tese, o texto legal não comportaria, extrapolando o âmbito normativo do texto. Neste sentido, o trabalho tem como finalidade estudar

o controle das decisões judiciais em busca de uma resposta adequada, em especial adequada à Constituição.

A pesquisa tem como referencial teórico os estudos feitos por Lenio Luiz Streck, que em suas obras trabalha essencialmente a hermenêutica filosófica como forma de, com bases filosóficas, entender como e porque os juízes decidem conforme sua consciência e de que forma isto pode ser controlado.

O trabalho de pesquisa está dividido em 4 capítulos, sendo que no primeiro encontra-se sua essência teórica baseada nas obras de Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari, Rafael Tomaz de Oliveira e Mario Giuseppe Losano, em que se estudará o ativismo judicial e suas fontes.

No segundo capítulo será abordada a obra de Ronald Dworkin, em especial quando o autor trata do Estado de Direito na concepção centrada no livro de regras e na concepção centrada nos direitos, procurando descobrir qual seria a melhor forma de o judiciário decidir em casos controversos.

No capítulo seguinte daremos atenção a algumas decisões tentando demonstrar de como o Supremo Tribunal Federal de apropria das teorias anteriormente tratadas para decidir casos controversos.

No quarto e derradeiro capítulo serão enfatizadas posturas de juízes que parecem reflexas da postura do Supremo Tribunal Federal, decidindo de forma discricionária, disseminando a (má) cultura do ativismo judicial.

Para tal fim, a pesquisa se realizou no método bibliográfico qualitativo, tendo como fontes a constituição federal, legislação brasileira, doutrina e sítios oficiais, e como objetivo demonstrar e constatar a prática antidemocrática do ativismo judicial.

## **1. Judicialização x Ativismo judicial**

Inicialmente, cumpre esclarecer do que se a falar em relação à expressão ativismo judicial, que muitas vezes é utilizada em diversos sentidos pelos operadores do direito.

Isto porque a expressão “ativismo judicial” também é aplicada indevidamente em casos que na realidade o que se está a fazer é judicialização da política, em especial política pública social.

Não raras vezes, ambas as expressões são tratadas como sinônimas. Ainda que ambas as expressões tratem de uma atuação do judiciário, elas possuem motivações e fundamentos diferentes.

Nas palavras de Tassinari, em relação às expressões “ativismo judicial” e “judicialização”:

Não se pode negar que tanto uma quanto a outra são empregadas no sentido de demonstrar a ideia do acentuado grau de judicização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura. E, mesmo afirmando a necessidade de se realizar uma diferenciação entre ambas, não seria equivocado estabelecer tal característica como um ponto de partida comum a abordagem destes dois temas. Como já referido, isso não se revela problemático – a não ser que tal afirmação conduza à equivocada compreensão de que, ao falar em judicialização da política ou ativismo judicial, esteja-se tratando do mesmo fenômeno.<sup>1</sup>

O Supremo Tribunal Federal, que por excelência a função de interpretar e aplicar a Constituição e fazer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, após a Constituição de Federal de 1988, assumiu papel importante em questões políticas, em especial por ser considerado o guardião da constituição, adjetivo este cunhado pela própria Constituição Federal em seu artigo 102<sup>2</sup>, cujo texto é repleto de compromissos sociais, os quais devem (deveriam) todos ser implementados na medida de um mínimo existencial pelos outros poderes (funções) do Estado, que por excelência seria o Poder Executivo.

Isto denota, além do caráter jurídico, o caráter político da Constituição Federal, em que vincula não apenas o poder ju-

diciário, mas também os demais poderes da república, a fim de observar e cumprir seus ditames constitucionais.

No entanto, independentemente da uma pesquisa empírica para a finalidade do presente trabalho, é sabido a falta de cumprimento destes compromissos constitucionais – tomemos como exemplo as demandas sobre fornecimento de medicamentos, vagas em creches e hospitais etc – desaguam no judiciário e, por óbvio, e ainda em grande quantidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

Este acesso ao judiciário ou, melhor dizendo, à justiça, decorreu justamente do processo de democratização decorrente da promulgação da Constituição Federal de 1988, com um maior número de direitos previstos, novos procedimentos (mandado de injunção, por exemplo) e ampliação de legitimados para a tutela dos mais variados direitos ou interesses.

Deste modo, o extenso rol de direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, e uma possível inércia dos poderes legislativo e executivo em implementá-los, ainda que de forma minimamente desejável, faz com que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, seja provocado a tutelar os direitos fundamentais nela previstos.

Neste sentido, diante do descumprimento dos objetivos político-sociais por parte dos poderes constituídos para esta finalidade, no todo ou em parte e pelos mais variados motivos políticos, a pessoa tentará obter a tutela do seu direito via judiciário, atuando este de forma obrigar outro ente político a prestar o que foi constitucionalmente comprometido.

Ainda, há de se ressaltar questões sobre a reserva do possível, previsão orçamentária, lei de responsabilidade fiscal etc, que justamente a contrário sensu, justificam a atuação do poder judiciário em objetivos políticos não cumpridos satisfatoriamente pelos demais poderes, uma vez que os recursos para realização destes objetivos por vezes estão mal alocados. Para não ir muito longe, pensemos nas obras para a realização da copa do mundo

no Brasil e a condições de nossos hospitais públicos, presídios etc. A resposta resta evidente.

Assim, conforme Lenio Streck, “é nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes”<sup>3</sup>.

Neste sentido, a judicialização da política resulta no cumprimento, via judiciário, dos objetivos políticos constitucionais, ou seja, o judiciário está entregando aos jurisdicionados aquilo que lhes é garantido pelo texto constitucional, ainda que de forma contingencial, pois implementado o serviço, desaparecerá a necessidade de atuação do poder judiciário.

Por último, e com as palavras de Tassinari

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica das sociedades de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos”.<sup>4</sup>

Em relação ao ativismo, a perspectiva é outra.

Como já demonstrado, os marcos jurídico e político em que se desenvolveu o debate sobre judicialização da política e ativismo judicial no Brasil foi a Constituição Federal de 1988, ainda que já houvesse controle de constitucionalidade desde a primeira constituição republicana, pela via difusa, e a implementação do controle concentrado pela Emenda Constitucional 16/65.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988 trouxe o extenso rol de direitos fundamentais, em especial direitos prestacionais pelo Estado, necessitando de um novo tratamento teórico

da Constituição, ou seja, “de como podemos olhar o novo com olhos do novo?”<sup>5</sup>.

Na procura desta resposta, e sem uma doutrina própria, os juristas brasileiros foram jogados “nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum na maior parte das teorias”<sup>6</sup>.

Referidas teorias são a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy.

Nos dizeres de Streck, a *jurisprudência dos valores* serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Após a segunda mundial, surge a jurisprudência dos valores, tentativa voluntarista de encontrar/descobrir, para além do direito escrito, os valores da sociedade<sup>7</sup>, ex-surgindo desta a “teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, que busca, com sua tese, racionalizar a *Wertungjurisprudenz*, tida como irracional”<sup>8</sup>.

Antes, mostra-se necessário dizer algo sobre a jurisprudência dos interesses, pois na leitura de Losano, a jurisprudência dos valores é consequência da falibilidade da jurisprudência dos interesses. “A jurisprudência dos interesses propõe uma teoria da interpretação que se funda no equilíbrio de interesses (*abwägung*) que determinaram a vontade do legislador”<sup>9</sup>, fazendo com que o interprete verifique o que historicamente moveu o legislador, o que por vezes não é possível.

Diante disto, da insuficiência da teoria da jurisprudência dos interesses, Losano afirmando que:

Por isso, prosseguindo e integrando a jurisprudência dos interesses, a jurisprudência dos valores pretende indicar qual é a origem dos valores que guiam a decisão do juiz quando a norma positiva não lhe oferece critérios para avaliar o caso concreto. Consequentemente, a jurisprudência dos valores completa – mas não substitui – a jurisprudência dos interesses: quando a analogia já não é de ajuda, quando não é possível verificar quais interesses moveram o legislador, quando, em

suma, as normas são imprecisas ou lacunosas, então intervém a jurisprudência dos valores para indicar quais valores podem ser aplicados *compativelmente com o ordenamento jurídico*<sup>10</sup>.

Destas teorias, os juristas brasileiros, desconectados da realidade alemã pós guerra, utilizaram-se da tese principal de que a constituição é uma ordem concreta de valores, cabendo ao intérprete encontrar estes valores utilizando-se da regra<sup>11</sup> da ponderação alexyana, que em sua criação não era apenas a colocação de dois princípios na balança e escolher aquele de maior relevância. Sua teoria é mais complexa, mas, ao fim e ao cabo, permeia numa certa discricionariedade do intérprete. De início, para se chegar a regra a ser subsumida, a identificação (escolha) de princípios colidentes já pode carregar certo grau de valoração.

Ainda, há de se ressaltar uma diferença importante em relação aos sistemas jurídicos aqui apresentados em relação ao brasileiro, civil law, que é o sistema do Common Law, que tem como fundamento não a norma geral e abstrata, mas o precedente jurisprudencial.

Neste sentido, o ativismo norte-americano, denominado como realismo, que nas palavras de Losano “o mais celebre representante do realismo americano foi Oliver W. Holmes (1841-1935). Para essa corrente, o direito se extrai da análise das sentenças. Graças a esse análise pode-se razoavelmente (não mais, assim, racionalmente!) estabelecer como se comportarão os juízes no futuro”<sup>12</sup>.

Mais uma vez os juristas brasileiros absorveram de forma equivocada o ativismo norte-americano, o que acabou sendo capturado pelos juízes e tribunais, que nas palavras de Streck:

a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo acumula mais de 200 anos de história<sup>13</sup>. Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial, nos Estados Unidos, foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*<sup>14</sup>, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do

tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt.<sup>15</sup>

Para Azevedo Campos, a Corte Warren foi o grande movimento ativista norte-americano, negando que a constituição tivesse um modelo estático e sim um modelo vivo, plenamente suscetível pelas mudanças sociais, interpretando criativamente a constituição, superando o *status* conservador e antidemocrático que a corte Roosevelt possuía<sup>16</sup>.

Aparentemente, Lenio Streck segue em sentido contrário, ao afirmar que “o caso da corte Warren, por exemplo, foi resultado da concepção pessoal de certo número de juizes e não de um *sentimento constitucional*” em relação a problemática intervencionista a favor dos direitos fundamentais<sup>17</sup>.

Estas são identificadas como as bases teóricas para interpretação da “nova” Constituição Federal do Brasil, as quais deram abertura das mais variadas formas de interpretação (aplicação) da Constituição e também dos textos infraconstitucionais, em especial nos casos difíceis (*hard cases*) em que os juristas se socorrem de princípios, por eles próprios escolhidos de acordo com sua subjetividade, diante da extrapolação do caso concreto à moldura da norma, problema este já identificado por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, em que o órgão aplicador cria direito novo de forma discricionária<sup>18</sup>.

Este direito novo criado pelo órgão julgador nos casos difíceis é que vem trazendo sérias preocupações e problemas para o Direito, pois como diz Oliveira:

os casos difíceis nada mais são do que aqueles nos quais estamos diante da chamada “textura aberta” de Hart ou da “moldura da norma” de Kelsen, ambas as teorias semânticas, como é a de Alexy. Esse semantismo é fatalista (como bem assinala Streck), porque delega àquele sujeito da modernidade, signo de uma subjetividade solipsista, o poder discricionário de resolver a demanda<sup>19</sup>.

Numa palavra, o ativismo judicial “representa uma ação que ultrapassou os limites que a atividade do juiz deve receber<sup>20</sup>”,

dizendo “respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais”<sup>21</sup>, “pois um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”<sup>22</sup> sendo esta postura que deve ser combatida, em especial perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o desenvolvimento desta escola pelo Supremo será aprendida pelos demais membros do judiciário como argumento de autoridade, fazendo com que surjam decisões como as que serão apresentadas de forma exemplificativa desta ramificação.

## 2. Uma contribuição Dworkiniana

Os autores citados no item anterior desenvolveram parte de seus trabalhos, em especial Streck, Tassinari e Oliveira. Destes autores, e pelo que nos é permitido neste pequeno estudo, tentou-se apresentar a ideia principal anteriormente debatida e por isso não trazer a a opinião deles em relação à obra de Ronald Dworkin, até pela obviedade da grandeza.

O referencial teórico de Dworkin é o livro “Uma questão de princípio”, publicada originalmente com o título *A matter of principle* por Harvard University Press, em 1985.

Ainda que seu estudo tenha como sistema jurídico e os juízes dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, os conceitos adotados por Dworkin poderão ser perfeitamente aqui utilizados, a começar pela questão inicialmente lançada pelo autor de “como os juízes decidem e deveriam decidir casos concretos”<sup>23</sup>, questão diretamente ligada ao ativismo judicial descrito anteriormente.

Dworkin afirma que um grande número de estudiosos e aplicadores do direito dos Estados Unidos sustenta que as decisões judiciais são inevitável e corretamente políticas, sejam nos grandes casos constitucionais como nos casos civis, e que os juízes atuem e devem atuar como legisladores, embora apenas no que

denominam como “interstícios” de decisões já tomadas pelo legislativo<sup>24</sup>.

Considerando haver um negligenciamento quanto à distinção importante entre dois tipos de argumento políticos, Dworkin considera primordial a distinção entre:

argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político<sup>25</sup>.

Uma segunda questão que Dworkin coloca é o que se entende por Estado de Direito, indicando duas concepções bem diferentes, as quais ele denomina como uma concepção centrada no texto legal e outra centrada nos direitos.

Em relação à primeira concepção, a concepção centrada no texto legal, Dworkin diz que “tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos<sup>26</sup>”.

Nesta concepção, tanto os cidadãos quanto o governo devem seguir estas regras até que sejam mudadas conforme pelo procedimento previsto em outras regras que também fazem parte do sistema, sendo considerada por Dworkin uma concepção um tanto quanto restrita, por não dizer nada a respeito sobre o conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico.

Esta concepção descrita por Dworkin, centrada no texto, nos remete, a prioristicamente, ao nosso modelo de inclusão, exclusão ou modificação de regras, em especial as constitucionais, ressalvada a questão do conteúdo, tendo em vista as cláusulas pétreas. No caso de um poder constituinte originário, o controle sobre o conteúdo das regras se torna mais restrito, caso seja considerado possível.

A segunda concepção, a concepção centrada nos direitos é considerada por Dworkin como mais ambiciosa.

Ela pressupõe que os cidadãos que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável... exige, como parte ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique”<sup>27</sup>

Esta leitura de direitos morais no texto constitucional é feita por Barreto, ao dizer que:

pela ênfase na necessária complementariedade entre a moral e o direito, como condição de institucionalização de dessa forma de regime político... A leitura das constituições do estado democrático de direito torna-se, assim, necessariamente diferenciada em virtude da fonte moral de onde nasce o sistema político-institucional e jurídico. A Constituição por ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social<sup>28</sup>.

A concepção centrada nos direitos parece mais vulnerável a objeções filosóficas. Supõe, que os cidadãos têm direitos morais – isto é, outros direitos que não os não declarados pelo direito positivo – de modo que uma sociedade pode ser sensatamente criticada com base no fundamento de que sua legislação não reconhece os direitos que as pessoas têm.

A questão que liga ambas as concepções é a “de determinar se os juízes devem tomar decisões políticas em casos controversos – isto é, casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes”<sup>29</sup>”.

O modelo centrado no texto legal argumenta positivamente no sentido de que os juízes devem tentar descobrir o que realmente consta do texto jurídico diante de sua possível vagueza e ambiguidade, fazendo com que os juízes desenvolvam teorias semânticas para descobrir a real norma que pode se extrair do

texto. Ou argumenta negativamente, no sentido de que os juízes não devem decidir em qualquer sentido sobre o que está no texto, mas o que deveria estar no texto de regras.

A concepção centrada nos direitos insistirá em “determinar se o queixoso tem o direito moral de receber no tribunal aquilo que exige. O texto jurídico é relevante para essa questão final. Numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos a que o legislativo aprovou<sup>30</sup>”.

Importante ressaltar as seguintes palavras de Dworkin em relação à concepção centrada nos direitos:

Contudo, embora o modelo centrado nos direitos admita que o texto jurídico é, dessa maneira, uma fonte de direitos morais no tribunal, ele nega que o texto jurídico seja fonte exclusiva de tais direitos. Se, portanto, surgem alguns casos sobre os quais o texto jurídico nada diz, ou se as palavras estão sujeitas a interpretações conflitantes, então é correto perguntar qual das duas decisões possíveis no caso melhor se ajusta aos direitos morais de fundo das partes...Um juiz, que segue a concepção do Estado de Direito centrado nos direitos tentará, num caso controverso estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado da abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso<sup>31</sup>.

O mais importante da fala de Dworkin sobre este ponto da “escolha” de um princípio num caso controverso, é que o juiz somente poderá aplicar tal princípio se este não for incompatível com outros princípios pressupostos das regras que se estará aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras<sup>32</sup>.

“Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter da legitimidade democrática<sup>33</sup>”.

Dworkin trabalha nesta perspectiva de Estado de Direito centrado no livro de regras ou centrado nos direitos. Traz argumentos contrários e favoráveis para um e para outro, como a questão

da democracia, ou seja, “por que é errado juízes tomarem decisões políticas do tipo de digo que a centrada nos direitos que exige que tomem?”<sup>34</sup> logo em seguida já respondendo que para muitos estas decisões não poderia ser feitas, pois a modificação ou a expansão de direitos devem ser tomadas sob controle popular, mas também descontrói tal argumento.

O que se pretende demonstrar é que, em casos controversos, em especial de vagueza, ambiguidade e até mesmo falta de regramento, quando sai da moldura, os juízes e tribunais são instados a dar respostas que não estão tão claras no ordenamento devido à fonte moral do direito que se destaca no constitucionalismo contemporâneo, que nas palavras de Streck:

o direito adquiriu uma forte carga axiológica, assumindo fundamento importância a materialidade da Constituição. O aspecto material da constitucionalização tem apontado para um reforço entre os juristas de um conceito não positivista do direito, no qual o sistema jurídico está vinculado à moral de forma conceitual, o que, aliás, pode ser um dos elementos que distingue o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) de suas versões precedentes<sup>35</sup>.

No entanto, esta carga moral vinculada à Constituição não significa que o direito deva ser influenciado por questões morais, políticas e econômicas, devido à sua autonomia, mas sim que estes elementos predadores passam a estar institucionalizados no direito. Por isso se considera um novo paradigma no direito<sup>36</sup>, devendo as respostas adequadas serem encontradas no direito já possuindo estes elementos.

Utilizando-se das da terminologia de Dworkin, saber se nosso sistema jurídico – acreditando ser possível a comparação para fins deste trabalho – é centrado no livro de regras ou centrado no direito acaba por possivelmente nos levar numa resposta que é a de que, mesmo adotando-se a concepção centrada no livro de regras, o que importa é saber que este livro já possui uma carga moral em suas regras através dos princípios, que nas palavras de Streck:

Assume relevância uma concepção adequada acerca do que é um “princípio constitucional”, que introduz o mundo prático no direito. Ou seja, o princípio recupera o mundo prático, o mundo vivido, as formas de vida (Wittgenstein). O princípio “cotidianiza” a regra. “Devolve”, pois, a espessura ao ôntico da regra. É “pura” significatividade e desabstratização. Trata-se de uma espécie de “redenção da existência singular da regra (veja-se que a regra é feita com caráter de universalidade/abstratidade/generalidade)<sup>37</sup>.

Saber se nosso sistema é centrado na concepção centrada nos direitos nos remete a conceber que estes direitos também estão contidos na Constituição através dos princípios. Enfim, este novo paradigma faz com que todo o direito seja extraído da Constituição, ou melhor dizendo, uma resposta adequada ao caso concreto deverá ter sua resposta de acordo com a Constituição, e não de acordo com valores morais ou políticos decorrentes da vontade do julgador, sobre pena de incorrer-mos no que se denomina de ativismo judicial “que é uma forma antidemocrática de substituição dos juízos morais, políticos e econômicos – que devem ser feitos pelo Poderes Executivo e Legislativo – pelos do Judiciário<sup>38</sup>.

### **3. O Supremo Tribunal Federal fazendo escola.**

Definido, dentro das possibilidades deste estudo, o que vem a ser o ativismo judicial, serão agora analisadas algumas decisões em que pode ser identificada esta prática, em especial o julgamento da ADPF 132 e, em seguida, como isto vem se espalhando pelo judiciário brasileiro.

No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Reclamação 4.335/AC, medida interposta pela Defensoria Pública do Estado do Acre em relação à progressão de regime nos crimes hediondos, hoje já regulamentada pela lei n. 11.464/2007.

A reclamação é medida prevista no artigo 102, I, “1” da Constituição Federal e tem a finalidade de fazer cumprir decisões proferidas pelo Supremo que contenham eficácia erga omnes e efeitos vinculantes, ou seja, no controle concentrado de constitucionalidade.

No que nos interessa, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, no artigo 52, X, da Constituição Federal<sup>39</sup>, onde se lê “suspender”, deverá ser lido “publicar”.

Para Lenio Streck, neste caso, não houve alteração do significado da norma (lembrar a distinção entre texto e norma), mas

Pretende(ra)m mudar não o sentido da interpretação do texto, mas mudar a própria dicção do art. 52, X. Se vingar a tese defendida por parte dos ministros do STF, estar-se-á a alterar radicalmente o texto (ao invés de “suspender”, querem escrever “publicar”). Desse modo, tem-se um verdadeiro *rompimento constitucional*, pois, sem alterar o texto formal (por meio do devido processo legislativo constitucional), é como se tivessem feito, mas pelo próprio Poder Judiciário. No caso, não há *mutação*, mas rompimento. Por isso, o problema é democrático. Se admitirmos fissuras na ordem constitucional, passaremos a admitilas no próprio Estado Democrático de Direito.

Conforme se verifica, parece muito claro que não houve mudança do sentido da norma, mas mudança do próprio texto constitucional. Lenio Streck descreve a preocupação dos próprios ministros do STF quanto à alteração do texto e não do sentido da norma que, a pesar de extenso, será aqui transcrito literalmente:

O Ministro Eros Grau se pergunta se o ministro Gilmar Mendes, ao proceder a “mutação constitucional”, não teria “excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria da interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar para além do texto que o vincula. Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido”?

A resposta aparece no mesmo voto proferido pelo Ministro Eros Grau: não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o relator teria apenas feito uma “autêntica mutação constitucional”, *verbis*:

“Note-se bem que S.Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição”.

Ocorre que o mesmo prolator do referido voto admite, ao mesmo tempo, que, “a mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual<sup>40</sup>”.

O relator deste caso Gilmar Mendes, em sua obra intitulada *Jurisdição Constitucional*, apoiado em autores como Karl Larenz e Inocêncio Mártires Coelho, segue a linha de entendimento que a mutação constitucional é mudança de interpretação e não do texto, ou seja, o que se altera é a norma, o que diverge do entendimento esposado no caso em comento<sup>41</sup>.

Numa palavra, “mutação não faz nenhuma alteração no texto da Constituição, atingindo a norma concretizada. Se há uma diferença entre texto normativo e norma, a alteração formal muda o primeiro, e a mutação a segunda<sup>42</sup>”.

Em recente voto, o Ministro Roberto Barroso considerou que Considerou que o denominado processo de mutação constitucional encontraria limite na textualidade dos dispositivos da Constituição. Nesse sentido, a suposta mutação do art. 52, X, da CF não poderia prescindir da mudança de texto da norma<sup>43</sup>.

Se for considerar que semanticamente “suspender” é totalmente diferente de “publicar”, então houve alteração do texto constitucional de forma arbitrária, ativista.

O próximo caso a ser tratado segue a mesma linha, mas diferentemente do caso anterior, aquele teve ares midiáticos, chegando não só ao conhecimento da comunidade jurídica, mas também da comunidade civil como um todo, vez que se tratava de uma caso de reconhecimento de direitos que envolveu ainda mais questões democráticas, morais e políticas, que foi o caso envolvendo o reconhecimento (ou não) da união estável em relações homoafetivas.

Que uma coisa fique bem clara: o autor deste trabalho não estará fazendo qualquer juízo de valor em relação à homoafetividade. O estudo versa somente em relação à interpretação constitucional e ativismo. É necessário esta ressalva pois é sabido da inflamação de ânimo que gera este tipo de debate no seio da sociedade, mas que no âmbito jurídico as paixões devem ficar de lado para um melhor debate jurídico/acadêmico.

Pois bem.

Foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 132-RJ, originariamente autuada com n. 178 perante o Supremo Tribunal Federal, que foi conhecida como ação direta de inconstitucionalidade e julgada em com a ADI 4.277-DF, para que fosse dada interpretação conforme à Constituição em relação ao artigo 1.723 do Código Civil<sup>44</sup>.

Em síntese, pedia-se o reconhecimento dos direitos previstos aos casais denominados heterossexuais para os homossexuais, tendo em vista que os dispositivos legais que tratam da união estável ou casamento referem-se homem e mulher (heterossexual), o que inviabilizaria o reconhecimento de direitos a casais do mesmo sexo, violando desta forma os princípios constitucionais da igualdade, segurança jurídica, liberdade, razoabilidade ou da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Após muitos debates em entre os ministros, o Relator Ayres Britto, em seu voto de cariz jurídico e poético, como é de seu costume, apresentou diversos fundamentos de cunho moral e política como a dignidade da pessoa humana, o sentido de família, a liberdade sexual, o direito ao amor e a felicidade etc.

Quanto a estes fundamentos, não há muitas dúvidas do possível reconhecimento do instituto da união estável aos casais homossexuais através da técnica da interpretação conforme.

No entanto, a Constituição como fonte moral de agentes morais, em especial quando sua conteúdo decorre diretamente do Poder Constituinte, prevê regras que nortearão a ação dos poderes e da comunidade.

Em relação à união estável, o poder constituinte inseriu na Constituição Federal um dispositivo específico, qual seja, o artigo 226, parágrafo 3º, *in verbis*:

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. (destacamos)

...

O disposto que o autor da ADPF n. 132, como já dito, quer que seja interpretado conforme a Constituição é o artigo 1.723, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 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. (destacamos)

Analisando os dispositivos, constata-se que o artigo do Código Civil está totalmente conforme à Constituição Federal, sem sombra de dúvidas.

Apenas para comparação, tendo em vista que um dos argumentos utilizados é que o legislador constituinte quando disse homem e mulher ele não quis proibir outro tipo de entidade familiar, como as homossexuais. No entanto, no parágrafo 4º do dispositivo constitucional o legislador constituinte contemplou mais uma forma de entidade familiar, a entre um dos pais e seus descendentes, denominada de família monoparental.

Conforme consta da ADPF, os argumentos utilizados para que fosse reconhecido como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo foram de cunho moral e político, de princípio, como se estes fossem utilizados para dar maior abertura à interpretação.

Enfim, a ação foi julgada procedente utilizando-se da técnica da interpretação conforme para reconhecer como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Mas a pergunta que fica é: E o texto da Constituição, não vale nada? Onde está escrito homem e mulher gera alguma dúvida semântica?

O próprio relator, ministro Ayres Britto, diz que a interpretação conforme encontra limites no texto da lei:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004).

Os limites do texto são claros.

Em que pese opiniões contrárias, observamos uma clara atuação ativista do Supremo Tribunal Federal.

Isto resta muito evidente numa passagem do voto do Ministro Luiz Fux, em que para fundamentá-lo, ele alega se utilizar da ousadia:

Egrégio Plenário, Senhores Ministros, senhores advogados, farei a juntada do voto por escrito, não sem antes findar assentando que, desde os bancos do bacharelado, sempre me encantou a máxima *ubi societas ibi ius*, “onde há sociedade há o Direito”. E, se a sociedade evoluiu, o Direito evoluiu, e a Suprema Corte evoluiu junto, porque ela

é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes. **De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial - mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia.** A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposto a fazê-lo.

Isso me fez lembrar, Ministro Ayres, exatamente à luz da doçura e da beleza humana que Vossa Excelência eclipsa nesse homem magnífico que é Fernando Pessoa, quando afirma que há momentos em que devemos fazer a travessia. É hora da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para a eternidade, à margem de nós mesmos.

Cabe ousadia numa democracia? Cabe ao Poder Judiciário alterar o texto da Constituição Federal? Cabe aplicar princípios constitucionais quando se tem uma regra específica para determinada categoria cuja sua validade é também princípios nela já contidos? Cremos que não. No citado caso estamos diante de um caso de democracia, déficit de democracia e superávit de ativismo.

#### **4. Como nem sempre é bom seguir o mestre**

O que foi demonstrado acima é como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo determinados casos e como isto se irradiava pelo Poder Judiciário como um todo, em que os juízes se assenhoram dos argumentos de autoridade do Supremo e decidem conforme suas consciências nos fóruns brasileiros. Vejamos.

##### **1. A Lei n. 11.340/2006 pode ser aplicada para homens?**

Apenas pelo número da lei talvez isto não traga tanta estranheza, mas ao se verificar que se trata da Lei Maria da Penha, lei criada com este nome tendo em vista que a Maria da Penha foi uma mulher que sofreu maus tratos de seu marido.

Pois bem. O Juiz Mário Roberto Kono, do Juizado Especial Criminal de Cuiabá, Tribunal de Justiça do Mato Grosso, nos autos do processo n. 1.074/2008, decidiu que a Lei Maria da Penha também pode ser aplicada em favor do homem, para protegê-lo. Decidiu no sentido de que como não há lei específica para proteger o homem, então aplicar-se-á a Lei Maria da Penha ao homem por *analogia in bonam partem* à vítima<sup>45</sup>. Sim, é isto que consta da decisão.

## 2. A Lei n. 11.340/2006 também pode ser aplicada para casal homossexual masculino?

A Juíza Aline Luciane Ribeiro Viana Quinto, da Vara Criminal de Primavera do Leste, também do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, nos autos do processo n. 6670-72.2014.811, decidiu no sentido de que “É certo que a Justiça não pode se omitir e negar proteção urgente, mediante, por exemplo, a aplicação de medidas de urgência previstas de forma expressa na Lei 11.340/06, a um homem que esteja sendo vítima de ameaças decorrentes do inconformismo com o fim de relacionamento amoroso, estando evidente o caráter doméstico e íntimo de aludida ocorrência, tudo a ensejar a pretendida proteção legal”<sup>46</sup>.

Em ambos os casos, a proteção deferida à mulher em casos de violência doméstica, proteção esta almejada e conseguida através de muito sangue, literalmente, foi também concedida ao homem, pessoa que por séculos tratou a mulher como ser inferior, seja de forma física ou intelectual.

Diante desta desigualdade, ao menos em relação ao físico, ao corpo, o que impedia a mulher de se proteger ao menos das agressões físicas perpetradas pelo homem, é que surgiu a Lei Maria da Penha.

A lei é muito clara, do preâmbulo ao fim, onde se pode que a proteção é contra a violência doméstica e familiar contra a MULHER.

Ora, num ato heroico do juiz, entendeu ele que esta lei de proteção da mulher, também poderia ser aplicada ao homem. O que ocorre com isto? Homem e mulher são colocados novamente em igualdade em casos de violência, não tendo servido de nada a criação de uma lei tão valiosa, ainda que criada por um motivo tão pobre. Volta-se a estaca zero.

E o que não quer calar: Onde consta na lei que ela também é para ser aplicada ao homem? Qual fundamento jurídico para isto? Socorrer-se de princípios, em especial o da dignidade humana, estará dizendo que o homem é mais digno que a mulher, pois aplicou um benefício legal que o homem não tinha, e sim a mulher.

Ou seja, o que sobra é a moral do julgador, suas convicções pessoais, enfim, ele decide conforme sua consciência.

### 3. A amante (concubina) pode ter os mesmos direitos da companheira caso conviva com um homem já casado?

O Juiz Alberto Raimundo Gomes dos Santos, da 6ª Vara da Família de Salvador, do Tribunal de Justiça da Bahia, que também é Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/BA, em entrevista ao Jornal da Manhã, Rede Bahia de Televisão, em 14.08.2014<sup>47</sup>, em 14, disse que a amante pode ter reconhecida sua união estável, mesmo quando seu companheiro for casado, tendo em vista que os preceitos morais da sociedade evoluíram mais rápido que o legislador e a ideia de fidelidade não é mais como antigamente, sendo assim possível o reconhecimento da união estável entre uma amante (concubina) e seu amante casado. Em suas literais palavras, “a legislação vem sendo relativizada neste sentido”. Como assim, relativizada?

Ora, não precisa ir muito a fundo para constatar a perplexidade. De uma simples leitura dos artigos 1723, § 1º, 1727 e 1521, VI, do Código Civil, a resposta esta dada. Não pode, a concubi-

na não pode ter reconhecida sua união estável com uma pessoa casada por expressa vedação legal e entendimento pacífico pelos tribunais superiores<sup>48</sup>.

O que autoriza um juiz dizer que pode a concubina ter direito ao reconhecimento da união estável com alguém casado se o ordenamento jurídico proíbe categoricamente? O que autoriza é sua consciência, sua moral, seu ideal de vida, pois nada mais justifica, ou seja, ele decide conforme a sua consciência, o que também neste caso pode se dar o nome de ativismo judicial.

Numa última palavra de Streck, “veja-se que sequer os limites semânticos do texto constitucional funcionam como bloqueio ao protagonismo judicial que vem sendo praticado em todas as esferas do Poder Judiciário de *terrae brasilis*<sup>49</sup>”.

## 5. Conclusão

Na construção de um Estado Democrático de Direito, todos os poderes constituídos e o povo têm de se empenhar para a consecução de tal modelo.

O Poder Judiciário tem papel relevantíssimo neste ideal, pois diante da falta de um Poder Legislativo e Executivo atuantes para a querida democratização, legislando e executando para o bem do povo, muitas demandas sociais acabam por desaguar no Poder Judiciário, que se abarrotava cada dia mais.

As ondas de acesso à justiça e demais fatores como a tecnologia e uma possível melhora da educação fazem com que a população tenha cada vez acesso ao judiciário, das mais espécies de demandas e direitos a serem tutelados, em especial com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que trouxe extensa lista de direitos.

Estes novos tipos de demandas e direitos fizeram com que nosso judiciário se socorresse de novas técnicas e teorias para julgar tais demandas que, como dito, foram importadas de sistemas jurídicos diversos do nosso e incorporadas sem muito cri-

tério a nossa realidade e somadas ao grande número de demandas, ensejou um empoderamento aos juízes que não lhes foram outorgado constitucionalmente.

Neste cenário ensejou o que se denominou de ativismo judicial, prática disseminada em nosso judiciário que culmina em insegurança jurídica e principalmente, falta de controle das decisões judiciais, o que gera transtornos jurídicos, econômicos, políticos e sociais.

É neste sentido que versou o presente trabalho, qual seja, denunciar, ainda que outros trabalhos já o tenham feito, mas que de alguma forma contribui para a disseminação do rechaço quanto a esta prática que com a atuação do Supremo neste sentido ativista, os demais juízes vêm se apropriando disto como algo bom, o que não pode ser aceito no Estado Democrático de Direito.

Aceitar ativismos, discricionariedades, moralidades e vontades de juízes que decidem conforme suas consciências é um grande perigo para a sociedade que deve ser rechaçado pela comunidade jurídica, em especial como vêm fazendo os autores citados neste pequeno trabalho.

## Referências

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana (II)*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. on line, Lisboa, ano 2, 2013, n. 7, 6515-6571.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura do direito: o século XX*. Trad. Luca Lambert. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e conceito de princípio. A hermenêutica e a (in)determinabilidade do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

## Notas

- <sup>1</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 27.
- <sup>2</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
- <sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.
- <sup>4</sup> TASSINARI, Clarissa. op. cit., p. 32-33.
- <sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 57.
- <sup>6</sup> Idem.
- <sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 285.

- <sup>8</sup> Idem.
- <sup>9</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura do direito: o século XX*. Trad. Luca Lambert. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 251.
- <sup>10</sup> Ibidem, p. 252.
- <sup>11</sup> Ainda que de forma equivocada se denomine e se utilize como princípio da ponderação, utilizando-se como palavras-chave “princípio da ponderação” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foram encontradas mais de 100 decisões utilizando-se desta terminologia. In: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) (acessado em: 30.08.2014).
- <sup>12</sup> Ibidem, p. 144.
- <sup>13</sup> É só remeter à célebre decisão do juiz John Marshal no caso “Marbury v. Madison”, em 1803.
- <sup>14</sup> Tanto é que seus juízes ficaram conhecidos como New Dealers da New Deal Court.
- <sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61.
- <sup>16</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana (II)*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. on line, Lisboa, ano 2, 2013, n. 7, 6515-6571, p. 6520.
- <sup>17</sup> Idem.
- <sup>18</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 394-395
- <sup>19</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in)determinabilidade do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 221.
- <sup>20</sup> Ibidem, p. 31.
- <sup>21</sup> TASSINARI, Clarissa. *ibidem*, p. 37.
- <sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 621, nota 148.
- <sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3.
- <sup>24</sup> Ibidem, p. 5-6
- <sup>25</sup> Ibidem, p. 6.

- <sup>26</sup> Ibidem, p. 7.
- <sup>27</sup> Idem.
- <sup>28</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 41.
- <sup>29</sup> DWORKIN, ibidem, p. 10.
- <sup>30</sup> Ibidem, p. 14.
- <sup>31</sup> Ibidem, p. 15
- <sup>32</sup> Idem.
- <sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 553.
- <sup>34</sup> Ibidem, p. 17.
- <sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. op. cit., p. 114.
- <sup>36</sup> Ibidem, p. 121.
- <sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 113.
- <sup>38</sup> Idem.
- <sup>39</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
- ...
- X – Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal
- <sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 64.
- <sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 407-409.
- <sup>42</sup> STRECK, ibidem, p. 62.
- <sup>43</sup> Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> (acessado em 10/09/2014)
- <sup>44</sup> Art. 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.

- <sup>45</sup> [http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem) (acessado em 28.08.2014)
- <sup>46</sup> <http://www.conjur.com.br/2014-ago-02/lei-maria-penha-tambem-vale-homossexuais-juiza-mt>. (Acessado em 28.08.2014)
- <sup>47</sup> <http://g1.globo.com/videos/bahia/jornal-da-manha/t/edicoes/v/saiba-quais-sao-os-direitos-legais-dos-amantes-em-uma-relacao/3562798/> (acessado em 14.08.2014)
- <sup>48</sup> Neste sentido, ver STJ AgRg no Ag 1424071/RO e STF RE 590779/ES.
- <sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

