XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

LUÍS CARLOS BALBINO GAMBOGI

ANIZIO PIRES GAVIAO FILHO

Copyright © 2015 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 – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Luís Carlos Balbino Gambogi, Anizio Pires Gaviao Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-136-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O presente livro Teorias do Direito e Realismo Jurídico é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, tal foi proposto em 2014.2 pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Na terceira edição do GT, tal livro se apresenta elaborado a partir dos artigos apresentados durante o XXIV CONGRESSO DO CONPEDI BELO HORIZONTE em novembro de 2015.

Todos os artigos passaram - como já de praxe - pelo processo de avaliação cega por no mínimo dois professores, conforme plataforma Publicadireito do Conpedi e são pesquisas produzidas pelos pesquisadores docentes e discentes de Pós-Graduações em Direito do Brasil.

Vale consignar que todos os trabalhos foram desenvolvidos tendo como parâmetro as linhas de pesquisa dos programas aos quais os pesquisadores são vinculados, mas cuja temática central girou em torno do debate sobre pragmatismo e realismo jurídico, que sobremaneira se expressa por meio das teorias da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, os 17 artigos que o compõem tratam sob múltiplas perspectivas do fenômeno jurídico na sua manifestação mais pragmática, ou melhor, investiga-se a natureza do processo judicial, parafraseando o famoso livro do teórico do realismo jurídico e juiz da Suprema Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo (The nature of judicial process).

O leitor encontrará aqui os seguintes temas, basilares para um debate de teoria do direito na referência ao Realismo Jurídico: Ativismo judicial, Relativização da coisa julgada, a questão da vinculação aos precedentes judiciais, inferências sobre o comportamento decisional, função criadora do juiz e revisão judicial; além de artigos com maior expressão teórica como referência para discutir problemas práticos, como os artigos baseados no pensamento de Robert Alexy, Hans Kelsen, Barry Friedman,Herbert Hart e Niklas Luhmman; ou mesmo aqueles com fito mais teórico-didático, tais como o debate em torno do pensamento sistêmico, regras de reconhecimento, semiótica e positivismo jurídico.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por não tentar agregar em partes que pretensamente agrupassem o que a priori poderia ser uma identidade entre alguns artigos, dado que a natureza do próprio olhar realista e, porque não dizer, pragmático em alusão à sua matriz filosófica, advoga o raciocínio hipotético-criativo, abdutivo nas palavras de Charles S. Peirce, como aquele provavelmente mais rico para uma compreensão do fenômeno jurídico. Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Belo Horizonte, novembro de 2014.

Lorena Freitas - Coordenadora do PPGCJ/Universidade Federal da Paraíba

Anizio Pires Gaviao Filho - Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP

Luís Carlos Balbino Gambogi - Universidade Fumec

ATIVISMO JUDICIAL PARA PROTEÇÃO DE MINORIAS: PERSPECTIVAS DE LENIO STRECK X DEMAIS JURISTAS, COMO PODE SER CLASSIFICADA A ATITUDE ATIVISTA DO STF NA DECISÃO DA ADIN 4.277?

JUDICIAL ACTIVISM FOR MINORITIES PROTECTION: PROSPECTS OF LENIO STRECK X OTHER LAWYERS, AS CAN BE CLASSIFIED THE STF ACTIVIST ATTITUDE IN DECISION OF ADIN 4.277?

Jessica Cristianetti

Resumo

O ativismo judicial é um tema de grande controvérsia, ainda divide muito as opiniões dos juristas. A grande maioria é enfática em assinalar que este é incorreto, pois o Poder Judiciário não teria legitimidade para decidir questões ainda controvertidas na sociedade. Entretanto, a outra parte dos estudiosos alega que, em alguns casos, o ativismo seria aceitável, pois viria para corrigir um erro do processo político, a exclusão de minorias sociais. No entorno destas discussões da doutrina jurídica, ocorreu em 2011 a decisão do STF que reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, o Tribunal revelou uma postura ativista, onde se iniciou um processo de reconhecimento desta minoria sexual, entretanto, muito ainda se discute acerca de se esta decisão teria sido realizada corretamente.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Minorias sexuais, Casamento gay

Abstract/Resumen/Résumé

Judicial activism is a topic of great controversy, much still divides the opinions of jurists. The vast majority is emphatic in pointing out that this is incorrect because the judiciary wouldnt have legitimacy to decide until issues controversial in society. However, the other part of scholars argues that, in some cases, the activism would be acceptable, as would come to correct an error in the political process, the exclusion of social minorities. Around of these discussions of juridic doctrine, occurred in 2011 the Supreme Court decision that recognized the possibility of stable union between people of the same sex, n other words, the Court revealed an activist stance, which began a process of recognition of this sexual minority, however, much is discussed about whether this decision would have been performed correctly.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Sexual minorities, Marriage gay

INTRODUÇÃO

No presente trabalho tem-se por objetivo destrinchar os argumentos de diversos estudiosos do Ativismo Judicial, pretende-se estabelecer parâmetros de porque este é ou não viável, já que tal fenômeno foi importando dos Estados Unidos, nação com processo constitucional muito diferente do sistema brasileiro, já que vige sob a forma de precedentes judiciais. Ao trazer este fenômeno para nosso cenário constitucional, muitas dúvidas surgem: É legítimo tal ativismo? Porque preferir dar deferência a 11 ministros não escolhidos pelo povo, no caso do Supremo Tribunal Federal, ao invés de resguardar as decisões importantes aos políticos eleitos pelo povo de forma livre e democrática? No caso de minorias estigmatizadas estarem envolvidas, em um caso específico, seria possível que o juiz/tribunal se utilize de uma postura ativista?

Para procurar responder a tais questionamentos explanados, estudar-se-á as perspectivas de diversos estudiosos acerca da problemática apresentada, tanto as considerações favoráveis como as contrárias a tal fenômeno jurídico.

Para tanto, analisar-se-á a visão de um dos juristas mais renomados da área em discussão, Lenio Luiz Streck, que é enfático ao posicionar-se contra qualquer forma de ativismo, mesmo o chamado "bom ativismo", já que para este nada existe de bom nisto, já que a consequência do ativismo, simplesmente, é a insegurança constitucional que ele desencadeia. A grande maioria dos juristas brasileiros acompanha o posicionamento de Streck, conforme será analisado.

Porém, para outros estudiosos o ativismo judicial pode não ser considerado como algo abominável, que tenha, necessariamente, ser abolido, pois, em certos casos este pode vir a corrigir imperfeições do processo político onde minorias sociais estigmatizadas foram excluídas por maiorias dominantes. Essa é a posição de Maria Eugenia Bunchaft, Daniel Sarmento, Roger Raupp Rios, Eduardo Appio, Luís Roberto Barroso, Reinaldo de Lima Lopes, entre outros estudiosos.

Ao fim do presente estudo, após a análise das posições favoráveis e contrárias de diversos estudiosos, buscar-se-á entender se, na perspectiva dos direitos sexuais, a decisão do STF na ADI 4.277-DF, que reconheceu a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo pode ser considerada como uma usurpação do poder deste Tribunal, ou se foi apenas uma atitude que visou corrigir um desvio, a exclusão de minorias (sexuais), do

processo político e acabar com a discriminação atribuída às uniões homoafetivas, embasada em preceitos constitucionais.

A PERSPECTIVA DE LENIO STRECK SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Antes de se adentrar no foco principal, que é a posição do renomado jurista Lenio Luiz Streck e seus parceiros sobre o tema, faz-se importante ressaltar o que seria o ativismo judicial, com o objetivo de, posteriormente, compreender-se o contexto no qual este conceito se insere atualmente.

Nas próprias palavras do referido estudioso:

> [...] ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma "corrupção" na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. (STRECK, 2014, p. 65)

Para tanto, uma postura ativista ocorre quando um Tribunal extrapola as atribuições a si concedidas, invadindo as atribuições de outro poder e, assim, toma decisões a partir de critérios pessoais, ou qualquer outro que não jurídico.

Assim, para Streck (2014, P. 63), ao deparar-se com uma postura ativista, tem-se uma decisão que vai além do próprio texto constitucional, o que para Hesse, denomina-se de rompimento constitucional, pois o texto resta da mesma forma, mas a prática altera-se. É o que aconteceu com a decisão dada pelo STF, por meio da ADI 4.277 – DF, em que este reconheceu a possibilidade de união entre duas pessoas do mesmo sexo, pois o artigo 226, § 3º da CF/88, continua com sua redação original, qual seja: "casamento entre homem e mulher", não foi modificado com acréscimo de "ou homem com homem e mulher com mulher", entretanto, a prática se modificou, já que agora é possível oficializar a união estável entre os homossexuais.

Consoante o entendimento de Streck (2014, P. 63-65), o problema em questão é democrático, e insiste que a interpretação da Constituição não pode levar o STF a criar novos textos, pois as consequências do ativismo, na perspectiva de um regime democrático como o nosso pode ser prejudicial. Bem, tem-se clara a postura do estudioso: o ativismo é inaceitável e como consequência também se torna perigoso para nossa ordem democrática, pois deixar

uma decisão importante, que atinja toda a sociedade, na mão de onze ministros do STF ao invés do Congresso Nacional, pela via do Poder Legislativo que seria o correto, acaba por trazer insegurança jurídica à sociedade e por fragilizar a produção democrática do direito.

No que aduz à decisão que reconheceu a possibilidade de união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo, pelo STF, através da ADI 4.277 - DF, o jurista antes mesmo deste julgamento acontecer já deixava clara sua posição de contrariedade ao reconhecimento, pois na sua visão:

> O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador. (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 79)

A Constituição traz as competências de cada poder de maneira a não haver dúvidas acerca do que cada um pode ou não fazer, e quando se segue nesta linha de raciocínio, não poderia o Judiciário decidir problemas como estes pela via do ativismo. Entretanto, o Judiciário tem e, pelas atitudes que se percebe, seguirá tendo tendências ativistas, o que colocaria em risco a democracia, até porque esta "é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário". (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 79)

Alerta-se: "Em uma democracia não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinado fenômeno; o que se quer saber é como se pode alcançar uma resposta a partir do direito".

Tassinari (2012, P. 110) realizou uma pesquisa jurisprudencial pelo termo "ativismo judicial" e alguns sinônimos, a conclusão que teve após terminada esta, foi de que a pesquisa "revela também o quanto a expressão ainda está vinculada a uma ideia de aumento de poder do Judiciário, que, por consequência, deságua igualmente no protagonismo judicial".

Ou seja, uma decisão que envolve temática desta monta, que envolve uma moral social ainda divergente entre diversos ramos da sociedade, não poderia ser decidida por onze ministros, e sim, pelos legítimos representantes do povo: o Congresso Nacional, através de votação conforme previsto na Constituição Federal de 1988.

Nesta senda, conforme crítica realizada pelo professor Lenio Luiz Streck em aula ministrada no Mestrado da Unisinos[1]: "é mais fácil convencer onze pessoas do que o

[1] Aula ministrada no segundo período de 2014 para a turma da disciplina de Hermenêutica Jurídica do Mestrado Acadêmico da UNISINOS - São Leopoldo.

Congresso Nacional inteiro". Pode-se ter, desta forma, alguma noção do risco que se corre ao deixar grande poder na mão de poucos é imensurável, até porque estes podem apresentar motivos para a decisão de diversos tipos (morais, pessoais, etc...), menos argumentos jurídicos, e daí o resultado não será uma decisão jurídica e sim, uma decisão conforme a cabeça daqueles que julgam.

> A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada a cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional. (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 79)

Tassinari (2012, P. 115) segue a linha de Streck e alerta que o ativismo judicial, mesmo diante de tomadas de decisões progressivas, não deve ser entendido como o melhor caminho para concretizar direitos, pelo simples fato de que, com isso, a sociedade acaba por ficar à mercê de opiniões oscilantes, das quais passam a depender a garantia/efetivação de direitos. Ou seja, mesmo que seja por uma "boa causa", o Judiciário não deve utilizar-se do ativismo.

O próprio Habermas já entendia que o direito é aquilo que se constrói por meio de um agir comunicativo dos cidadãos, através de um acordo racional, onde estes possam se sentir como os próprios criadores do ordenamento jurídico ao qual se submetem, pois, somente desta maneira o ordenamento poderia ser considerado legítimo, portanto, o correto seria existir um acordo consolidado pelo povo acerca da temática em discussão para ser considerado válido, e ainda, se fosse aplicar-se esta tese aos dias atuais, o acordo realizado pela sociedade deveria ser aplicado pelos representantes escolhidos pelo povo, já que refletem suas posições.

Nesta senda, sobre a decisão da união homoafetiva pelo STF, ressalta-se que a posição dos autores aqui estudados, que são contrários à ideia do ativismo, não é uma posição contrária aos direitos das pessoas do mesmo sexo constituírem família, não é uma posição preconceituosa ou "homofóbica", estes deixam claro que são a favor do reconhecimento de tais direitos, porém, não pela via do ativismo, e sim, pela via correta para tanto, o processo legislativo previsto pela Carta Magna de 1988.

Assim, advertem que o correto seria haver uma discussão mais ampla, onde se envolva todos os seguimentos da sociedade, para que se possa discutir as mais diversas opiniões acerca da temática, cujo lócus adequado encontra-se definido nas vias democráticas de decisão. (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 80)

Analisando-se as alegações pelas quais a decisão seria legítima, os autores fazem algumas críticas, por exemplo, sustentam que a alegação do princípio da segurança jurídica como fundamento não faz sentido, já que a decisão procedente traria, ao invés desta, a instabilidade institucional pela fissura gerada no texto constitucional através de um protagonismo da Corte Constitucional. Assim, questionam-se acerca de qual seria o limite da jurisdição constitucional. Ainda, concluem que a forma pela qual a ação foi proposta não é o remédio correto (ADPF), pois diante de omissão do legislador o certo seria impetrar um mandado de injunção. Todavia, mesmo utilizando-se deste remédio, não haveria espaço constitucional, em razão do fato de que o texto constitucional assinala para o contrário da pretensão. O que se entende, é que não se pode superar o limite do texto, e assim, os autores pedem que se leve o texto constitucional a sério. (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 80).

Neste sentido:

> Antes de tudo, apenas registremos: é a Constituição (que não pode ser inconstitucional) que diz "união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento"...! O que a lei deve facilitar é a conversão em casamento dessa relação entre homem e mulher...! (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 81)

Ou seja, não se admite aqui, que se faça analogia do casamento entre homem e mulher ao de pessoas do mesmo sexo, já que a Constituição seria muito clara no que se refere ao artigo em que trata da questão, qual seja, união entre homem **e** mulher.

O posicionamento de Streck, Barretto e Oliveira é a de que a resolução das contendas relativas às uniões homoafetivas deveria ter sido realizada – enquanto não for emendada a Constituição ou for elaborada lei ordinária – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família, como foi tratada na decisão em questão. (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 81)

Outro forte argumento, utilizado para justificar tal decisão e que é combatido pelos estudiosos seria o que aqui segue:

> [...] é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (por tanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais por que o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contra põe à própria tese: em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 81)

No que tange ao último argumento citado e contestado por estes juristas, tem-se que é um dos mais comuns em torno do caso, conforme se analisará em momento oportuno neste trabalho.

Pois bem, além de toda a questão que envolve a ilegitimidade do Judiciário para decidir tais questões, neste caso, em específico, percebe-se que os erros foram além, pois,afora as alegações que de acordo com os autores não são contundentes o suficiente, a própria forma pela qual foi impetrada a demanda estava incorreta, o que se conclui é que a demanda não era suficientemente adequada para o tema em questão, pelos diversos motivos exposto pelos autores, entretanto, mesmo com o embate ferrenho do jurista Lenio Streck e demais,este não foi o suficiente para impedir a procedência da ação no reconhecimento da união homoafetiva pelo STF no ano de 2011.

A VISÃO FAVORÁVEL DE OUTROS JURISTAS NO QUE TANGE O ATIVISMO JUDICIAL

Depois de estudados os principais pontos das teorias de estudiosos contrários ao ativismo judicial, pretende-se, nesta parte do trabalho, analisar as teorias que são favoráveis ao ativismo, pelos motivos que se verá.

Para os autores que defendem a possibilidade do ativismo judicial, este pode ser considerado legítimo quando seja tomado para proteger minorias estigmatizadas que foram excluídas do processo político. É importante deixar claro que estes estudiosos não entendem como legítimo utilizar-se do ativismo para qualquer caso, e sim, apenas quando este envolver minorias estigmatizadas, no qual o processo legislativo se abstenha de realizar o reconhecimento destas, ou seja, são casos específicos onde se deve tomar grande precaução.

Por exemplo, acerca do caso de minorias sexuais, quando da decisão da ADIN em questão, existiam diversos projetos de leis para reconhecer a possibilidade do casamento gay, pode-se dizer que a grande maioria da sociedade, com exclusão dos movimentos religiosos, já possuía uma posição consolidada a favor da união homoafetiva, ou seja, a posição não era tão controvertida como a quando foi tomada a decisão Roe Rage nos Estados Unidos, por exemplo. Assim, entende-se possível decidir acerca desta questão já que houve grande movimento/discussão em torno destes direitos e sabe-se que a sociedade já não é totalmente contrária ao casamento gay como em décadas passadas.

No que aduz à decisão do STF, uma das questões que mais se discutiu em torno desta do STF é o conceito da ideia de família. Os ministros Ayres Brito, Fux e Lewandowski, este último de forma mais tímida, fizeram referência em seus votos à novas concepções de família, e desta forma, defenderam estas novas concepções. Portanto, nesta esteira, acabou-se por considerar a união homoafetiva como sendo a constituição de uma família, discutindo-se a temática em torno do direito de família, que conforme já visto, na concepção de Streck seria a maneira incorreta de discutir a questão.

Na visão de Roger Raupp Rios, "essa situação configura discriminação por motivo de sexo, explicitamente proibida na Constituição". (RIOS, 2011, P. 93) Pois, proteger o casamento heterossexual e negar qualquer proteção ao casamento gay é consequência de um direito discriminatório, que iria contra os preceitos da Constituição Federal de 1988.

Acerca da competência do Poder Judiciário para tomar tal decisão tem-se algumas considerações. No que se refere ao artigo 226, §3º, quando este diz "homem e mulher", não está havendo, conforme estudiosos favoráveis à decisão, restrição ao reconhecimento da união homoafetiva e, segundo Roger Raupp Rios, neste caso poder-se-ia fazer uso da analogia.

Após esta decisão, os doutrinadores, a sociedade acadêmica, os cidadãos, todos começaram a se questionar acerca de como seria a regulamentação desta união, se o STF era órgão competente para ter realizado tal julgamento e o criticaram de praticar ativismo, já que para a grande maioria da doutrina acredita que a via correta seria pelo Poder Legislativo, já que eleito pelo povo, assim, representando-os.

Para tanto, se questiona:

> O Poder Judiciário está extrapolando suas atribuições ao reconhecer essas uniões? Não seria mais democrático aguardar a deliberação do Congresso Nacional, composto por deputados e senadores eleitos para tratar de temas polêmicos como este? (RIOS, 2011, P. 98)

Pois bem, esta é a opinião da maioria dos estudiosos como os estudados na parte anterior, entretanto, se o STF não tivesse tomado tal decisão, quanto tempo ainda se teria que aguardar para que pessoas homossexuais pudessem se unir e terem essa união reconhecida pelo Direito? A seguinte passagem é elucidativa: "via de regra, os parlamentos, cujos membros são eleitos pela maioria eleitoral, refletem a opinião e os preconceitos de quem os elegeu". (RIOS, 2011, P. 98-99)

Na linha de pensamento do jurista Luis Roberto Barroso (2012, p. 09), a morosidade do Poder Legislativo e consequente expansão do Poder Judiciário parte da pressuposição de que:

> [...] uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Quando foi realizada a decisão do STF, a questão da união homoafetiva já era largamente discutida pela sociedade, existiam diversos projetos de lei em tramitação para legalizar esta união, o movimento gay era super ativo, porém, passavam-se anos e anos sem a votação de algum destes projetos, e não se via a perspectiva de legalização da união de pessoas do mesmo sexo. Assim, se tem que é dever do STF proteger as minorias contra excessos das maiorias, principalmente quando este grupo é alvo de discriminação e preconceito.

Appio (2008, p. 321) considera que quando o processo democrático funciona perfeitamente, deve-se dar deferência aos demais ramos do governo, portanto, o ativismo apenas se justificaria se não fosse este o caso. Nesta parte do presente trabalho, a premissa é esta: minorias sexuais não são tratadas em igualdade de condições no âmbito do processo democrático e, por este motivo é que o ativismo se faz legítimo.

Consoante Bunchaft (2010, P. 152):

> [...] a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos "significados constitucionais". Sustentamos que tais "significados constitucionais" podem ser interpretados pelo Judiciário, a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autocompreensões assimétricas ou preconceituosas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos "significados constitucionais".

Segundo a pesquisadora da área de estudo em questão, o Judiciário teria a legitimidade de julgar tais casos, por meio de "significados constitucionais" que são criados por meio de movimentos sociais, portanto, dar-se-ia assim uma leitura moral, de forma crítica, da Constituição, objetivando-se a quebra de preconceitos sociais e a aderência emotiva da sociedade ao ideário da Constituição.

Já Sarmento, outro defensor das minorias estigmatizadas, corrobora com a visão aqui explanada e afirma:

> Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar a mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são

> devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é exatamente a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias. (SARMENTO, 2010, P. 123)

Conclui-se assim, que quando se toma a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, reconhecesse que, em determinados casos, como o das minorias sexuais, o poder judiciário pode e deve ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, mesmo que para isto tenha que resolver questões morais ainda controvertidas. (BUNCHAFT, 2014, P. 153)

Sobre este déficit de representação, Appio (2008, p. 320) ressalta que:

> As minorias tradicionalmente não têm uma representação política adequada, seja por conta de fatores de natureza econômica – como a própria pobreza que acompanha algumas categorias de pessoas – seja por obra do próprio estigma que a diferença induz. Somente por meio de uma proteção preferencial terão as mesmas oportunidades de participar do debate político e usufruir dos beneficiários comunitários a serem compartilhados em uma sociedade próspera.

Ou seja, os argumentos dos estudiosos favoráveis à decisão do STF tem como conclusão que é totalmente viável o Poder Judiciário decidir questões controvertidas, quando nestas estão envolvidas minorias estigmatizas e que foram excluídas do processo político pelas maiorias hegemônicas. No caso do homossexualismo, pode-se dizer que estas maiorias são as religiosas e conservadoras, que primam pela manutenção do conceito tradicional de família e consideram a pessoa homossexual como um doente, entre outros argumentos baseados na procriação para qual o casamento teria sido criado.

Acerca da legitimidade do Judiciário, tem-se que ou o STF realizava a decisão ou continuava a esperar pela deliberação do Congresso Nacional, sendo assim, o STF apenas aplicou a Constituição Federal, na visão dos teóricos estudados, que já protege a todos de discriminação sexual, especialmente aqueles objeto de preconceito, como os gays e lésbicas, pois não reconhecer uniões homossexuais seria uma restrição indevida, já que isto vai contra os preceitos constitucionais, contra os ideais do pluralismo e da diversidade, etc.

De tal modo, “a proposição jurídica que reconhece e determina a extensão dos institutos da união estável e da família às uniões homossexuais pode ser considerada como juridicamente correta e fundamentada”. (LEIVAS, 2011, P. 68) Pois apenas reconhece o direito a uma minoria social que foi desde sempre excluída do devido processo político, conforme já relatado.

Na perspectiva de Lopes (2011, p. 44),

> O reconhecimento consiste na afirmação e na valorização positiva de certas identidades. O direito ao reconhecimento, portanto, deve afirmar-se como um direito em primeiro lugar, e precisará traduzir-se em esforços públicos – estatais e não estatais – que retirem de um grupo estigmatizado as consequências jurídicas de um estigma social.

De fato, como afirma Luís Roberto Barroso, (2012, p. 19), "o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes". Para finalizar tal discussão, para Lopes (2011, P. 38), na ordem democrática em que vivemos, a discriminação sexual é juridicamente ilícita.

Assim, conclui-se que na perspectiva dos autores aqui estudados, as formas de ativismo judicial, como a decisão do STF, seriam legítimas quando se esta diante da inércia ou do desrespeito à direitos de minorias nas instâncias políticas. Considera-se que neste exercício jurisdicional, realizado pelo STF, foi onde se iniciou o reconhecimento de uma minoria, até então estigmatizada, e onde se pretende protegê-la da discriminação, atribuindo-se a esta a igualdade de participação no processo político.

O IMPASSE: A DECISÃO QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO FOI LEGÍTIMA OU NÃO?

Neste ponto do artigo, propõe-se contrapor as opiniões dos juristas explanados nos capítulos anteriores, para que se possa ter uma visão mais ampla da divergência destes no que se refere ao malefício ou benefício do ativismo judicial, aqui especificamente na decisão pelo STF da ADIN 4.277 - DF.

Os autores que são contrários ao ativismo, são enfáticos em declarar:

> Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do B"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário [...]". Ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição...! (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 81)

Entretanto, os teóricos a favor do ativismo afirmam que não é isso que querem, pois estes também se preocupam com a estabilidade constitucional e o poder dado ao Judiciário,

todavia, entendem que em casos de minorias estigmatizadas no qual a controvérsia que envolva estes já esteja consolidada na sociedade, poder-se-ia deixar o Judiciário resolver, pois o Legislativo já teria tido todo o tempo suficiente para tanto, porém ainda inerte.

Assim, a decisão seria legítima já que fundamental para a proteção do direito das minorias sexuais e a correção do desvio do processo político destas, conforme resta claro com o seguinte entendimento de Bunchaft (2014, P. 149):

> De fato, quando as instâncias sociais e os grupos estigmatizados são contemplados na deliberação, não é necessário recorrer a posturas maximalistas que invocam doutrinas morais abrangentes. Entretanto, quando há uma descaracterização do uso público da razão no processo democrático, que frustra os direitos de minorias sexuais, impedindo a deliberação, cabe ao Judiciário, a partir da interação com os movimentos sociais, resgatar uma cultura constitucional inclusiva com o intuito de corrigir os desvios do procedimento.

No que se refere ao uso de analogia pelo STF, os estudiosos favoráveis a decisão entendem ser possível estender o art. 226, § 3º da CF/88 para a união estável homoafetiva, pelo argumento de que o artigo não a proíbe expressamente, apenas silencia e, portanto, passível de analogia. Já o jurista Streck, alega que se a Constituição não traz expressamente o que se quer não se pode alterá-la ou esticá-la a partir de princípios construídos ad hoc, afirma que não se pode fazer isto por meio do ativismo judicial e aconselha para que se deixe tal discussão para o parlamento, pois, do contrário acaba-se por deixar todas as questões às demandas judiciais. (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 83)

Contrapondo esta visão, Sarmento aduz que apesar do caráter compromissório da Constituição Federal, esta não seria apenas um conglomerado de normas isoladas, seria assim, um sistema aberto de princípios e regras, onde cada um destes deveria ser entendido à luz dos demais. Portanto, tendo por base estes princípios constitucionais, para o presente autor, o artigo 226, § 3º da CF/88 preconiza não pela exclusão de um grupo, mas sim pela sua inclusão, já que um destes princípios constitucionais preza por um Estado de Direito livre de preconceitos e discriminações. (SARMENTO, 2010, P. 151-153)

Enquanto os teóricos que são contra as formas de ativismo afirmam: “Se tudo o que não está previsto na Constituição pode ser “realizado” pelo Poder Judiciário, não precisaríamos sequer ter feito a Constituição: o Judiciário faria melhor (ou o Ministério Público!)”. (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 83) Os teóricos a favor do ativismo, continuam a alegar: “se o Legislativo não faz, alterando as leis vigentes – seja porque lhe falta coragem para tanto, seja porque está também contaminado pelo preconceito – não há porque o Judiciário não possa fazê-lo”. (SARMENTO, 2010, P. 160)

Bem, o conflito é gritante entre as concepções trabalhadas no que tange ao tema aqui proposto. Os teóricos contrários, afirmam que não se pode manter posturas ativistas, pois estas trazem diversos problemas, como a insegurança jurídica, a possibilidade de criação de uma Constituição "paralela", o abalo do Direito Constitucional, a grande carga de poder atribuída ao Poder Judiciário, o risco de julgamentos "decido conforme minha consciência", entre outras alegações, tem-se nítido que são argumentos muito fortes para serem derrubados, principalmente quando se está a discutir em torno do mais sagrado conjunto de normas (etc.), a Constituição Federal.

Entretanto, existem argumentos contrários aos postulados no parágrafo anterior, que também possuem grande carga de coerência, porém, não há um meio termo entre as duas posições, ou se é a favor ou não.

Nesta perspectiva, aqueles existem aqueles que defendem o ativismo por acreditarem que, em certos casos, necessita-se dele para corrigir desvios de processos políticos onde minorias estigmatizadas foram excluídas por maiorias dominantes, como o caso das minorias sexuais. Estes defendem que, primeiramente, haja uma discussão sobre a controvérsia e que se após isto o Legislativo não tomar nenhuma posição, daí sim, seria legítima uma postura ativista pelo Judiciário. Ou seja, não defendem que tudo seja decidido sem critérios pelo julgador, acreditam que antes deve haver uma posição consolidada por parte da sociedade acerca da temática e que somente seria passível de decisão judicial quando o caso envolve minorias excluídas do processo democrático devido à esta condição de "inferioridade" e que assim, não tem voz ativa na sociedade.

Por fim, é simples, para aqueles que se posicionam contra o ativismo judicial a decisão é inconstitucional, já que não seguiu o correto procedimento (legislativo), porém para aqueles que defendem a postura ativista, esta foi totalmente justa e efetivou o princípio da dignidade humana e da não discriminação por orientação sexual.

CONCLUSÃO

Após estudados os pontos mais importantes das ideias de juristas contra e à favor do ativismo judicial, tem-se que os argumentos tanto a favor, como contra, são muito fortes. Na

presente conclusão, responde-se às questões formuladas na introdução com a carga teórica retirada dos ensinamentos colocados em discussão.

Os teóricos contra as formas de ativismo se baseiam, principalmente, na segurança que a Constituição deve ter, pois ela existiria para ser cumprida e não para se deixar questões nas mãos de juízes, como quer o ativismo ao passar a competência da discussão do Parlamento para o Judiciário. Já que desta forma, estar-se-ia frente à insegurança, já que decisões poderiam basear-se apenas em questões morais com as quais os juízes concordem ou não, de acordo com o entendimento de cada um deles.

Assim, respondendo a uma das questões colocadas na introdução deste trabalho, ao invés de ouvir-se a "voz do povo" através dos seus representantes (Congresso Nacional), o Judiciário passa a ter o poder para tanto, sendo que este não foi "eleito", não representa o povo. Portanto, nesta senda a decisão seria ilegítima.

Porém, os estudiosos que são a favor deste ativismo, têm como fundamento que enquanto o Legislativo se manter inerte, mesmo após muitas evoluções sociais, sobre a questão em discussão, pode-se passar a decisão para o Poder Judiciário, já que este teria o dever de ser a vanguarda da sociedade quando minorias sociais estigmatizadas estão envolvidas.

Para tanto, respondendo outra pergunta feita no inicio da pesquisa, a resposta é que o Judiciário teria legitimidade para decidir até mesmo questões morais ainda controvertidas quando o caso envolve de proteção destas minorias excluídas do devido processo político de deliberação democrática.

A Constituição é contrária a formas de discriminação, e no caso dos homossexuais, estes seriam vítimas diárias de discriminação por não terem direito ao reconhecimento de suas uniões, portanto, a decisão teria legitimidade por estar cumprindo o disposto na Constituição Federal e por estar corrigindo um desvio do processo político majoritário (a exclusão das minorias).

Bem, não há meio termo entre estas teorias, como demonstrado, existem muitas divergências, todas muito bem fundamentadas pelos teóricos. Assim, conclui-se que é perigosa a prática do fenômeno do ativismo judicial, quando este é tido pelos Tribunais como uma solução indiscriminada para qualquer caso posto em questão. Entretanto, também entende-se que é perigoso para a ordem constitucional o processo de exclusão de minorias, e sendo assim, quando estas estão em questão, o caminho tido como correto, pela autora deste texto, é garantir a igualdade de condições e de respeito.

Portanto, a decisão tomada na ADI 4.277 – DF, ao reconhecer a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo foi totalmente legítima, tendo em vista que deu voz a uma minoria (sexual), tornou-a parte integrante de um todo democrático, qual seja o processo deliberativo de escolha, corrigiu um erro que excluía tal classe de pessoas por conta de uma discriminação, que a Constituição de 1988, explicitamente, veda. Por fim, efetivou o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Alberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In:* **Synthesis**– Cadernos do Centro de Ciências Sociais – UERJ. Rio de Janeiro, v. 05, n. 02, 2012.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana**. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 19 – n. 1 – Jan-Abr 2014.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Análise argumentativa dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento que estendeu o regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. IN: RIOS, Roger Raupp. (Org.); LEIVAS, P (Org.); GOLIN, C. (Org.). **Homossexualidade e direitos sexuais:** reflexões a partir da decisão do STF. 1. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Comentando a decisão do STF. IN: RIOS, Roger Raupp. (Org.); LEIVAS, P (Org.); GOLIN, C. (Org.). **Homossexualidade e direitos sexuais:** reflexões a partir da decisão do STF. 1. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

RIOS, Roger Raupp, Direitos Sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132-RJ e ADI 4.277). IN: RIOS, Roger Raupp. (Org.); LEIVAS, P (Org.); GOLIN, C. (Org.). **Homossexualidade e direitos sexuais:** reflexões a partir da decisão do STF. 1. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **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. Julho-Dez, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.** Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós Graduação em Direito: São Leopoldo/RS, 2012.