

**IV CONGRESSO NACIONAL DA  
FEPODI**

**GÊNERO E DIVERSIDADE SEXUAL**

**LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO**

**MARIANA RIBEIRO SANTIAGO**

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 – FEPODI**

**Presidente** - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

**1º vice-presidente:** Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

**2º vice-presidente:** Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

**Secretário Executivo:** Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

**Tesoureiro:** Sérgio Braga (PUCSP)

**Diretora de Comunicação:** Vivian Gregori (USP)

**1º Diretora de Políticas Institucionais:** Cyntia Farias (PUC-SP)

**Diretor de Relações Internacionais:** Valter Moura do Carmo (UFSC)

**Diretor de Instituições Particulares:** Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

**Diretor de Instituições Públicas:** Nevitton Souza (UFES)

**Diretor de Eventos Acadêmicos:** Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

**Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu:** Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

**Vice-Presidente Regional Sul:** Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

**Vice-Presidente Regional Sudeste:** Jackson Passos (PUCSP)

**Vice-Presidente Regional Norte:** Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

**Vice-Presidente Regional Nordeste:** Osvaldo Resende Neto (UFS)

#### **COLABORADORES:**

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

---

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34

---



[www.fepodi.org](http://www.fepodi.org)

## IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

### GÊNERO E DIVERSIDADE SEXUAL

---

#### **Apresentação**

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

## O ATIVISMO JUDICIAL E O CASAMENTO HOMOAFETIVO

### JUDICIAL ACTIVISM AND GAY MARRIAGE

**Eunice Martins Rodrigues Da Silva**

**Jose Eduardo Parlato Fonseca Vaz**

#### **Resumo**

O princípio da tripartição dos poderes surgiu como forma de evitar a concentração desse mesmo poder nas mãos de uma única autoridade ou órgão, logo esse conceito surgiu como forma de limitar o poder do Estado, na medida em que dividia o seu exercício por três órgãos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Contudo, o contexto sócio-econômico-político estabelecido após a segunda guerra mundial tem exigido novas posturas na maneira como esses órgãos se inter-relacionam. Com o fim mesmo de evitar atrocidades como as ocorridas na segunda guerra mundial, vários países sentiram a necessidade de enfatizar em suas Constituições a garantia dos direitos fundamentais e sua efetivação. Consequentemente, as Constituições do período pós-segunda guerra agregaram uma nova força normativa, passando a ter, portanto, relevância não só o seu caráter político como era até então, como também sua força normativa, esse foi o principal fator que favoreceu o surgimento do neoconstitucionalismo. Tal fenômeno demandou um aumento no controle judicial constitucional. O Judiciário passou a ser muito requisitado a fim de tutelar os direitos fundamentais ou evitar violação dos princípios constitucionais. Neste cenário, dois outros fenômenos insurgiram, a Judicialização e o Ativismo Judicial. A judicialização consiste no aumento quantitativo de demandas junto ao Judiciário, provocado por diversos fatores políticos e sociais. Já o ativismo judicial é muito mais complexo de se conceituar, trata de uma questão, na qual o Poder Judiciário atua, ou melhor, decide para além das prerrogativas que lhe foram conferidas constitucionalmente. O ativismo judicial recai, principalmente, sobre as atribuições legislativas, já que por vezes o Judiciário é provocado a decidir sobre demandas em que um direito é ferido por falta de legislação que verse sobre o tema. O ativismo judicial é um fenômeno atual, complexo e que divide opiniões entre doutrinadores, juristas, e da sociedade em geral, pois de um lado tem-se o Judiciário agindo para além de seu núcleo de competência, por outro há os que postularam junto ao Judiciário, no intuito de obter uma resposta que proteja ou restitua um direito que lhe foi lesado. Caso recente sucedeu com a formalização das uniões homoafetivas, primeiro tendo sido reconhecido a união estável entre pessoas do mesmo sexo pelo STF - Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, o CNJ - Conselho Nacional de Justiça expediu uma resolução, regulando tanto a conversão da união estável em casamento como o acesso direto ao casamento. Ao analisar as decisões do Judiciário, incidindo este ou não no ativismo judicial, faz-se mais urgente e primordial indagar qual foi a postura do Legislativo, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, Casamento homoafetivo, Judicialização, Neoconstitucionalismo

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The principle of tripartite division of powers emerged as a way to avoid the concentration of that power in the hands of a single authority or body, then this concept emerged as a way to limit the power of the state to the extent that divided the exercise of three bodies: The Legislative, the Executive and the Judiciary. However, the socio-economic and political context established after the Second World War has required new attitudes in the way these agencies interrelate. In order even to prevent atrocities like those that occurred in World War II, many countries felt the need to emphasize in their constitutions to guarantee fundamental rights and their enforcement. Consequently, the Constitutions of the post-World War II period added a new normative force, and shall have, therefore, important not only its political character as it was previously, as well as its normative force, that was the main factor that favored the emergence of neoconstitutionalism. This phenomenon demanded an increase in the constitutional court control. The judiciary has become much in demand in order to protect fundamental rights or prevent violations of constitutional principles. In this scenario, two other phenomena protesting the Legalization and Judicial Activism. The legalization is the quantitative increase of demands by the judiciary, caused by various political and social factors. But the judicial activism is much more complex to conceptualize, is a matter in which the Judiciary acts, or rather decided beyond the powers conferred upon it constitutionally. The judicial activism rests mainly on the legislative powers, since sometimes the judiciary is caused to decide on demands that a right is hurt by lack of legislation that addresses the issue. Judicial activism is a current phenomenon, complex and divided opinions among scholars, lawyers, and society in general, because on one side has - if the judiciary acting beyond its core competency, on the other there are those postulated by the judiciary in order to get an answer to protect or restore a right that was injured him. Recent case happened with the formalization of homoafetivas unions, having first been recognized stable union between people of the same sex by the Supreme Court - Supreme Court and subsequently the CNJ - National Judicial Council issued a resolution regulating both the conversion of a stable union in marriage as direct access to marriage. In examining the court decisions, focusing this or not in judicial activism, does - is more urgent and paramount inquire what was the Legislature's stance in the light of the principle of human dignity.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Gay marriage, Judicial activism, Legalization, Neoconstitutionalism

## O ATIVISMO JUDICIAL E O CASAMENTO HOMOAFETIVO

EUNICE MARTINS RODRIGUES DA SILVA – Bacharel em Direito pela Faculdade da Aldeia de Carapicuíba (FALC), Bacharel em Letras pela Universidade de São Paulo (USP), Professora de Língua Portuguesa do ensino fundamental e médio da Municipalidade de São Paulo.

JOSE EDUARDO PARLATO FONSECA VAZ -. Doutorando em Direitos Sociais pelo FADISP; Mestre em Direitos Fundamentais pela UNIFIEO; Especialista em Estratégias de Negociação e Mediação pela Universidad Castilha de La Mancha - Toledo - Espanha; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Mackenzie - SP; Processor na FMU e FALC, membro da União Brasileira de Escritores (UBE); Homenageado com a Láurea do Mérito Docente da OAB/SP. Autor dos livros: "A prática da justa causa aplicada pelo empregador e as consequências no processo trabalhista" e "A responsabilidade indenizatória da prática do Bullying" e organizador do livro: "AS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA NA CONTEMPORÂNEIDADE", todos editados pela editora ST5.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES</b> .....	<b>13</b>
1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	13
1.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	18
1.3 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES EM FACE DA ATUAL DINÂMICA SOCIAL.	21
<b>2 ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	<b>25</b>
2.1 CONCEITO .....	25
2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO .....	27
2.3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO .....	33
2.4 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO .....	36
<b>3 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA</b> .....	<b>39</b>
3.1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O SEU PAPEL JUNTO AO JUDICIÁRIO .....	39
3.2 O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EXERCENDO ATRIBUIÇÕES LEGISLATIVAS .....	43
<b>4 O CASAMENTO HOMOAFETIVO – EXEMPLO PRÁTICO DO ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	<b>46</b>
4.1 DEFININDO HOMOAFETIVIDADE .....	46
4.2 DIFERENÇAS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO .....	49
4.3 DA INFORMALIDADE AO RECONHECIMENTO LEGAL DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: O CAMINHO PERCORRIDO .....	55

4.4 DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA AO CASAMENTO HOMOAFETIVO: O CAMINHO PERCORRIDO .....	60
4.5 A OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO FRENTE À UNIÃO HOMOAFETIVA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA .....	62
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre a tripartição dos poderes e o ativismo judicial, mas especificamente se propõe a avaliar a incidência do ativismo judicial no casamento homoafetivo.

A relação entre os poderes da República é regida pelo princípio constitucional da harmonia e independência entre eles, ocorre que a atual dinâmica social exige também uma relação dinâmica entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, posto que as relações intersubjetivas também ocorrem de maneira ativa..

Ao analisar como se deu o reconhecimento legal da união estável homoafetiva e o casamento homoafetivo, pretende-se demonstrar que a trajetória trilhada pelos casais homoafetivos foi permeada de idas e vindas junto ao Judiciário brasileiro. Até que se decidiu sobre a formalização e regulamentou o casamento homoafetivo.

À luz desse cenário, portanto, impõe se questionar o papel do Legislativo, enquanto órgão responsável pela criação de normas que compreendam e asseguram direitos. E quanto ao Judiciário, analisar se, ao regulamentar o casamento homoafetivo, estava incorrendo no ativismo judicial ou assegurando direitos.

Para aclarar os pontos acima mencionados, o presente trabalho, inicia-se pela exposição de como se deu historicamente a tripartição dos poderes, instituída como principal instrumento de limitação do Poder Estatal ao propor a descentralização de sua execução. Ainda no primeiro capítulo, aborda o desdobramento do princípio da separação dos poderes como coluna de sustentação do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo, por sua vez, aponta para a complexidade que envolve a definição de ativismo judicial, discorre sobre o período pós segunda mundial, que permeado por diversos fatores, sobretudo, os do campo político resultou no neoconstitucionalismo, fenômeno no qual a Constituição Federal de diversas países agregaram uma nova força normativa. Movimento que desembocou em duas questões atuais, o ativismo judicial e a judicialização, tem se, por fim, a distinção entre ativismo judicial e judicialização.

O terceiro capítulo compreende a descrição da origem do Conselho Nacional de Justiça e sua função junto ao Poder Judiciário. Ainda, versa sobre atuação do Supremo Tribunal Federal exercendo determinadas prerrogativas do Legislativo.

O último capítulo descreve o percurso percorrido pelos casais homoafetivos e entidades que empunham a bandeira da diversidade sexual junto ao Poder Judiciário. Apresenta alguns dos principais julgados e sua repercussão.

Por fim, o trabalho em voga propõe analisar o ativismo judicial e o casamento homoafetivo a partir da omissão do legislativo e, ainda, pensar essa omissão sob a luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A metodologia utilizada consiste na abordagem dedutiva, cuja pesquisa se fundamenta na doutrina, jurisprudências e diversos artigos assinados por juristas e professores de Universidades de Direito.

Dissertar sobre o ativismo judicial compreende uma necessidade da sociedade contemporânea, dada a polêmica envolta de sua existência e definição. Não se pode negar que o novo contexto social, político e econômico requer também uma nova postura do Poder estatal, mais efetiva e ágil, pois os que carecem que seus direitos sejam protegidos, não podem ter sua aflição prolongada.

E apontar o histórico de luta dos casais homoafetivos é, no mínimo, quebrar, ainda que timidamente, os vorazes muros do preconceito. Há que se falar sobre o caminho trilhado para lembrar a complexidade, a dificuldade para obter o exercício do direito e, assim, propor um novo olhar sobre as decisões judiciais que possibilitaram as conquistas da população homoafetiva.

## 1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

### 1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A tripartição dos poderes hoje consagrada como essencial à manutenção da democracia não pode ser interpretada, ou melhor, conceituada, a partir da definição etimológica do vocábulo tripartir, pois não se trata aqui de dividir em três o poder que, nas palavras do jurista Dalmo de Abreu Dallari, é uno e indivisível.

Embora seja clássica a expressão separação de poderes que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância.<sup>1</sup>

Consubstancia essa afirmação o doutrinador Sahid Maluf, ao discorrer sobre a indivisibilidade do poder Estatal:

A soberania é realmente, necessariamente, *una e indivisível*. Ora o Estado é a organização da soberania, e o governo é a própria soberania em ação. O poder, portanto, é um só, *uno e indivisível* na sua substância. Não pode haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, mas pode perfeitamente haver órgãos de *manifestação* do poder de soberania. Cada órgão, *dentro da sua esfera de ação*, exerce a totalidade do poder soberano. Em outras palavras: cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder. (grifo do autor)<sup>2</sup>

Conclui-se, portanto, que o conceito de tripartição dos poderes refere-se, na verdade, a distribuição do exercício desse poder pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, tal divisão consiste em garantir a eficiente manifestação do poder, uma vez que possibilita que as funções sejam executadas com maior especificidade, conforme preceitua José Afonso da Silva:

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos (a): *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função (...); (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência dos meios de subordinação, trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 216-217.

<sup>2</sup>MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227.

<sup>3</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 109.

Cabe acrescentar às palavras do ilustre professor José Afonso da Silva que a divisão do Poder não é tão somente uma forma de organização jurídica, mas um meio de organização também política.

Com relação a harmonia e independência prezada em tal estrutura, ou melhor, necessária a essa tripartição de poderes, funcionam como eixo estabilizador da convivência dos três órgãos, uma vez que devem agir de maneira coordenada para bem garantir o pleno exercício do poder estatal.

José Afonso da Silva<sup>4</sup> prediz que a independência desdobra-se basicamente em três aspectos, o primeiro é que um órgão não depende da vontade de outros para nomear pessoas para si, o segundo reside no fato de que para realizar as funções que lhe são características não é necessário a autorização de outro órgão e, por fim, cada órgão é livre para organizar – se internamente da maneira que melhor lhe convier, mediante critérios legais.

Já a harmonia, segundo o autor citado, refere-se ao respeito mútuo ao exercício das funções atribuídas a cada órgão.

Sahid Maluf, contudo, analisa sob outro ponto a independência entre os órgãos, a saber:

(...) a divisão formal e funcional do poder do Estado repele o significado literal do termo *independente*. Os três poderes só são independentes no sentido de que se organizam e funcionam separadamente, mas se entrosam e se subordinam mutuamente na finalidade essencial de compor os atos de manifestação da soberania nacional.<sup>5</sup>

Também nesse sentido parece residir a significação do termo harmonia, estendida para além de sua etimologia, para além de prevenir os possíveis desarranjos entre os órgãos, a harmonia vem revestida de cooperação e consonância entre eles.

Após discorrer sobre a expressão divisão de poderes, faz-se importante analisar o contexto histórico sobre o qual essa forma de organização foi cunhada. E, assim chegar a sua finalidade.

É certo que somente no século XVIII, o Barão Charles de Secondat Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*<sup>6</sup>, estruturou de forma doutrinária o

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

<sup>5</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: <http://www.escolapresidentevargas.com.br/base/www/escolapresidente>

princípio da divisão dos poderes, todavia um olhar sobre a história mundial permite nos perceber que a noção de órgãos distintos exercendo o poder soberano remonta à épocas antigas.

A Grécia, tida como berço da democracia, deixou como herança filósofos que discorreram sobre os mais diversos assuntos. Entre eles, sobressai Aristóteles<sup>7</sup>, que em sua obra *A Política*, esboça um conceito abordando a descentralização do poder, a partir de três órgãos, os quais seriam o legislativo, o executivo e o administrativo. É fato que a formulação de Aristóteles não é idêntica a que se conhece hoje, porém pode se afirmar que precede a concepção atual, muito mais próxima da formulação de Montesquieu<sup>8</sup>.

O século XVIII foi um período propício a regulação de sistemas que tivessem como proposta a descentralização do poder e, por conseguinte, e a extensão de seu exercício por mais de um órgão governamental. Pois, vários países haviam passado por grandes revoluções contra o Estado totalitário, as populações, de um modo geral, desejavam uma sociedade mais livre do jugo estatal e um poder político que as conduzissem à realização de suas aspirações. A obra *O espírito das leis*, de Montesquieu insurge nesse panorama político, e foi institucionalizada por várias Constituições, primeiramente as norte-americanas constando, ainda, na própria Declaração dos Direitos do Homem, como discorre Sahid Maluf:

(...) Antes mesmo dos Estados europeus, a América do Norte acolheu com entusiasmo a fórmula do genial escritor. A primeira Constituição escrita que adotou integralmente a doutrina de Montesquieu foi a da Virginia, em 1776.(...)<sup>9</sup>

Vários estados norte-americanos eram recém-independentes e, por isso, mesmo repeliam veementemente um Estado que manifestasse o menor traço de tirania.

Tanto que, a partir do princípio de Montesquieu, elaboraram o chamado sistema de freios e contrapesos, conforme preceitua Sahid Maluf:

Assim, o princípio de Montesquieu, ratificado e adaptado por Hamilton, Madison e Jay, foi a essência da doutrina exposta no

---

vargas.com.br/media/attachments/331/331/539ef6ac8641be2d6b331d74d2ecf96bc0ab67efa1c59\_montesquieu.-o-espírito-das-leis.pdf> Acesso em: 23 de fev. de 2015.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES. **A POLÍTICA**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>8</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: [http://www.escolapresidentevargas.com.br/base/www/escolapresidentevargas.com.br/media/attachments/331/331/539ef6ac8641be2d6b331d74d2ecf96bc0ab67efa1c59\\_montesquieu.-o-espírito-das-leis.pdf](http://www.escolapresidentevargas.com.br/base/www/escolapresidentevargas.com.br/media/attachments/331/331/539ef6ac8641be2d6b331d74d2ecf96bc0ab67efa1c59_montesquieu.-o-espírito-das-leis.pdf)> Acesso em: 23 de fev. de 2015.

<sup>9</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226

*Federalist*, de contenção do poder pelo poder, que os norte-americanos chamaram sistema de freios e contrapesos. (grifo do autor)<sup>10</sup>

Importante, ressaltar que os países europeus também absorveram para suas Constituições o princípio de Montesquieu, conforme aponta José Afonso da Silva:

(...) a doutrina da separação dos poderes que, afinal em termos diversos veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na constituição dos Estados Unidos de 17.09.1787. tornou-se com a Revolução Francesa, um dogma constitucional (...)<sup>11</sup>

A separação dos poderes tornou-se, como bem disse o professor José Afonso da Silva, um dogma, aliás, um dogma legitimado por diversas Constituições, a Constituição Francesa alçou a tripartição dos poderes ao posto de coluna essencial de garantia da liberdade, ao afirmar que “a separação dos poderes é a primeira condição de um povo livre.”<sup>12</sup>

O professor Elival da Silva Ramos ressalta o caráter constitucional da divisão de poderes:

Porém, se o princípio da separação dos Poderes consagrados nas constituições democráticas contemporâneas se filia, histórica e ideologicamente, ao modelo concebido sob inspiração do liberalismo setecentista, não pode ser compreendido sem a indispensável imbricação com um determinado sistema constitucional, que lhe confere características peculiares, de modo a torná-lo único (...)<sup>13</sup>

A separação dos poderes entre órgãos distintos tornou-se, então, elemento de primeira ordem constitucional, não só por sua força limitadora do poder estatal, mas também como princípio garantidor dos direitos individuais.

O Brasil, após 322 anos subjugado as ordens e regras de Portugal, desenvolvendo-se na limitação de uma colônia, o grito de independência foi bradado aos sete de setembro de 1822<sup>14</sup>, com um desafio de construir uma unidade nacional em um território, recém-transformado em país, conforme ilustra o professor José Afonso da Silva:

<sup>10</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226-227

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.109.

<sup>12</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227.

<sup>13</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. Saraiva: São Paulo, 2010. p.

114

<sup>14</sup> SOUSA, Rainer. **Independência do Brasil**. Disponível em: <  
<http://www.brasilecola.com/historiab/independencia-brasil.htm>> Acesso em: 24 de maio de 2015.

“Proclamada a Independência, o problema da unidade nacional impõe-se como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das novas instituições.”<sup>15</sup>

Cabe salientar que nesse período o mundo respirava uma atmosfera anti absolutismo e a descentralização do poder insurgia como nova forma de organização política, e foi assim que a primeira Constituição do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, trouxe em seu cerne o princípio da divisão dos poderes:

Art. 9. A divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.<sup>16</sup>

A saber, os poderes a que se refere são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, é certo que no decorrer da história inúmeras vezes tal princípio foi desrespeitado por governos ditatoriais.

Contudo, há que se concordar que a Constituição Federal de 1988, é sem dúvidas a que mais traz arraigado o princípio tripartite no exercício do poder, um vez que foi produzida em meio a um intenso processo de redemocratização do Brasil<sup>17</sup>, e não só manteve a princípio dos poderes entre os órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário, como também o incluiu no rol das cláusulas pétreas. Expressa no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III da Constituição Federal:

“§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes;”<sup>18</sup>

Tendo como base que cláusula pétrea é aquela que não pode sofrer alteração, nem mesmo por meio de emenda constitucional, tem-se a plena noção do valor atribuído pelo Constituinte originário à tripartição dos poderes.

José Afonso da Silva esclarece que a Constituição de 1988, ganhou o nome de Constituição Cidadã, dado pelo então Presidente da Assembleia Constituinte que a produziu, Ulysses Guimarães porque “tece ampla participação popular em sua

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.74.

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 23 de fev. de 2015.

<sup>17</sup> 25 anos de redemocratização: estabilidade política garantida pela Constituição Federal de 1988. **Notícias STF. Espaço do servidor**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118798> Acesso em 24 de maio de 2015.

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”<sup>19</sup>.

Portanto, conclui-se que a Constituição Brasileira é legitimamente denominada Cidadã por trazer em seu bojo normas que, mais que limitar o poder de governo, reafirmam a divisão de poderes e asseguram as garantias individuais e coletivas de seu povo.

Sendo assim, após essa breve incursão pela história fica evidenciado o caráter democrático da tripartição dos Poderes, Dalmo Dallari<sup>20</sup> a pontua, inclusive, como primordial à existência e manutenção do Estado Democrático de Direito.

## 1.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de adentrar a seara desse conceito de Estado, faz – se importante discorrer sobre o termo democracia. Mais um conceito herdado dos gregos. O termo democracia no sentido literal do vocábulo significa governo do povo, a definição dicionarizada é “governo em que o povo exerce a soberania, direta ou indiretamente.”<sup>21</sup>. Porém, como se verá logo adiante os Estados inovaram ao elaborar formas de governar, pelas quais a vontade popular pudesse expressar-se em sua maioria e, assim, conviverem sob o signo linguístico da democracia.

É certo que o conceito de democracia, hoje sistematizado, entende que é o governo do povo, para o povo e pelo povo, ou seja a participação popular é pressuposto para a existência do regime democrático e essa participação é expressa por meio de representatividade.

Contudo, José Afonso da Silva observa que:

*Democracia* é um conceito histórico. Não sendo por si um valor – fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.90

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>21</sup> **Priberam Dicionário**. Disponível em:< <http://www.priberam.pt/dlpo/democracia>> Acesso em: 24 de maio de 2015.

um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. (grifo do autor).<sup>22</sup>

Esclarecedora a afirmação do ilustre professor, pois afasta o conceito de democracia da mera formalidade, na qual reside sua significância etimológica, governo do povo. José Afonso da Silva demonstrou que muito mais que isso, a democracia deve ser meio para a realização dos direitos fundamentais do homem previstos e amparado legalmente pela Constituição Federal.

Diante do conceito amplo de democracia exposto pelo doutrinador fica mais fácil analisar a concepção que se tem hoje de Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito surgiu como expressão dos conceitos liberais, que por sua vez foram cunhados na atmosfera anti-absolutista do século XVIII e na efervescência e urgência de estabelecer um Estado subordinado à lei e com o mínimo de intervenção na liberdade das pessoas, assim explana José Afonso da Silva:

(...) o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei* (...) sendo lei ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (...). (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Estas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal. (grifos do autor)<sup>23</sup>

Com o devido respeito, cabe acrescentar às palavras do ilustre professor que não somente a terceira característica corresponde a uma conquista do Estado liberal, mas também a primeira, com as devidas ressalvas, pois a necessidade imperiosa de submeter o Estado à lei, levou a determinar que o Estado Liberal, só poderia assim conceituar-se se tivesse uma Constituição escrita, conforme afirma Sahid Maluf:

O estado liberal deveria ser regido por uma Constituição, isto é, uma lei básica um código supremo, espécie de pacto ou contrato entre o povo e o Estado. Destinar-se-ia esse documento a registrar a formação e a limitação básica do Estado diante do indivíduo e a expressar a vontade nacional, traçando as normas de ação do governo.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.125 - 126.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.112-113.

<sup>24</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212.

Ressalta – se as características positivas do liberalismo que foram transferidas para o Estado de Direito para demonstrar suas limitações. Contudo, a primeira problemática segundo José Afonso da Silva<sup>25</sup> reside no fato de existir infinitas definições para o termo Direito, segundo as diversas ideologias. A segunda e mais complexa repousa sobre a constatação de que “o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocarem imensa injustiças”<sup>26</sup>.

O Estado de Direito, então, viu-se obrigado a enfrentar as injustiças sociais, pois não bastava estar subordinado à lei, era preciso promover a igualdade, sobre isso assegura José Afonso da Silva: “ a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja as generalidades das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta.”<sup>27</sup>

Diante da insuficiência de enfrentar a demanda das questões de desigualdade social que imergiam, surgiu o Estado Democrático de Direito, que muito mais do que, segundo José Afonso da Silva<sup>28</sup>, unir os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito, inovou, ou melhor revolucionou a definição de Estado ao trazer em seu bojo a necessidade de alteração do status quo.

Nesse ponto a Constituição Federal Brasileira ganha grande destaque e importância, uma vez que legitima como um dos Fundamentos da República o Estado Democrático de Direito.<sup>29</sup>

Sob esse prisma justifica-se a exaltação ao Estado Democrático de Direito, novamente o professor José Afonso da Silva elucida de forma clara e precisa o porquê se torna legítima essa exaltação, a saber:

O Certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pelas práticas dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.115.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 118.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.120.

Conclui – se, portanto que o Estado Democrático de Direito aparece como o regime que melhor corresponde aos anseios do povo, titular do poder, pois revestido de legalidade, demonstra que o respeito e a garantia dos direitos fundamentais do homem passam, inevitavelmente, pela transformação social e econômica.

### 1.3 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES EM FACE DA ATUAL DINÂMICA POLÍTICA E SOCIAL

Na verdade, quando se fala em uma nova dinâmica política e social quer – se expressar o dinamismo que há hoje em dia. As relações humanas mudaram profundamente, novas demandas surgem com espantosa velocidade.

Rodolfo Alves Pena afirma, em seu artigo Terceira Revolução Industrial, que o avanço tecnológico tem contribuído em grande escala para alterar as relações na sociedade:

O que se pode notar, dessa forma, é que as transformações tecnológicas não transformam somente as indústrias e os meios de produção, mas também o próprio espaço geográfico e as relações humanas, sejam em âmbito estrutural, sejam em âmbito cultural.<sup>31</sup>

Ainda, segundo Rodrigo Alves Pena, a atual conjuntura social tem se alterado devido a grande revolução tecnológica, ocorrida principalmente na segunda metade do século XX. Reconhece ele, que seria mais prudente chamar de evolução e não revolução, uma vez que não houve uma cisão no modelo de indústria, mas tão somente uma evolução na relação da indústria com a ciência, que resultou em situações jamais previstas:

A III Revolução Industrial – também chamada de Revolução Técnico-Científica Informacional – iniciou-se em meados do século XX e correspondeu ao processo de inovações no campo da informática e suas aplicações nos campos da produção e do consumo. As grandes realizações desse período são o desenvolvimento da chamada *química fina*, a biotecnologia, a escalada espacial, a robótica, a genética, entre outros importantes avanços. (...) ela propiciou o máximo desenvolvimento nos meios de comunicação e transporte, que alcançaram proporções jamais vistas anteriormente. As grandes distâncias e obstáculos, que antes

---

<sup>31</sup> PENA, Rodolfo Alves. **Terceira Revolução Industrial**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/geografia/terceira-revolucao-industrial.htm>>. Acesso em: 19 de fev. de 2015.

separavam países e regiões, não representam mais os mesmos desafios de outrora.<sup>32</sup> (grifo do autor)

A sociologia tem se debruçado intensamente sobre a questão da crescente mudança das relações pessoais e interpessoais, e também aponta o crescimento tecnológico como principal impulso propulsor dessas frequentes alterações.

Maria Ligia de Oliveira Barbosa, Tania Quintaneiro e Patrícia Riveiro destacam que:

“Com o advento da internet, assistiu-se a uma mudança de proporções e velocidade tão grandes que chegam a ser perceptíveis, o que é incomum na vida social, cujo ritmo tende a não ser diretamente visível.”<sup>33</sup>

Faz-se necessário salientar que não se tem a pretensão de, com esses breves apontamentos sobre a evolução da tecnologia, esgotar o tema, muito menos reduzir as causas das mudanças nas relações pessoais e interpessoais. O objetivo é apenas demonstrar que houve fatores relevantes que contribuíram para o mundo chegar ao ritmo em que se encontra hoje. E a revolução tecnológica ou Terceira Revolução Industrial é, sem dúvidas, um fator de extrema relevância.

Fato é que tais transformações alteraram a maneira de conviver socialmente, alteraram também as relações de consumo, de trabalho, entre outras, requerendo, assim, uma postura mais efetiva e eficiente do Estado, nas palavras de Dalmo Dallari:

Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esteira de ação e intensificando sua ação nas áreas tradicionais.<sup>34</sup>

Tal afirmação traz implicitamente um questionamento. O atual modelo de organização política: a tripartição dos poderes corresponde ao apelo que a nova dinâmica social impõe?

O próprio jurista Dalmo Dallari responde ao elencar importantes críticas ao modelo de organização do poder estatal. A primeira falha apontada pelo autor é de

<sup>32</sup> PENA, Rodolfo Alves. **Terceira Revolução Industrial**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/geografia/terceira-revolucao-industrial.htm>>. Acesso em: 19 de fev. de 2015.

<sup>33</sup> BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tania; RIVEIRO, Patrícia. **Conhecimento e imaginação: sociologia para o ensino médio**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 91.

<sup>34</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 222.

que a separação dá-se apenas no âmbito teórico, pois na prática há “uma intensa interpenetração” entre os órgãos:

(...) ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.<sup>35</sup>

Outra apreciação feita pelo autor diz respeito ao fato de ter sido afirmado por vários doutrinadores que a tripartição de poderes, como alicerce do Estado Democrático de Direito, tem como finalidade a garantia dos direitos individuais. Dalmo Dallari afirma que o poder Executivo e o Legislativo contratam entre si e que:

Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação dos poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais, obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.<sup>36</sup>

E por último, o jurista pontua que a separação dos poderes ocorreu em um determinado contexto temporal, o qual tinha como principal objetivo conter o poder do Estado. Porém, diante das urgências atuais:

o legislativo não tem condições para gerar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo. O executivo, por sua vez, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.<sup>37</sup>

O renomado autor não discorre sobre a posição do judiciário diante das novas necessidades, contudo deixa claro que a separação dos poderes como foi concebida, constitui, hoje, mais um obstáculo ao exercício do poder do que o facilitador deste. Afirma, ainda, que só uma completa reorganização da distribuição das funções dos órgãos: Legislativo, Executivo e o Judiciário tornará a máquina estatal efetivamente eficiente:

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste

<sup>35</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 222.

<sup>36</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 222.

<sup>37</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 223.

maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes.<sup>38</sup>

Por outro lado, o professor Elival da Silva Ramos, defende a tripartição dos poderes como coluna sustentadora do Estado Democrático de Direito, mas não nega a necessidade de uma maior flexibilidade entre a atuação dos órgãos estatais:

(...) no contexto de um Estado que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem puderes, o compartilhamento de atividade e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.<sup>39</sup>

Constata-se que ambos os autores advogam a favor de uma reestruturação profunda na divisão dos poderes, a fim de alcançar os objetivos a que se propunha quando foi incorporada pelos Estados que desejam conquistar e manter o caráter democrático em sua atuação.

É fato que a tripartição dos poderes não pode manter-se rígida, como também é perceptível que a nova dinâmica política-sócio-econômica requer uma maior intervenção do Estado, intervenção que a rigidez da divisão dos poderes impede de ocorrer efetivamente.

Contudo, cabe ressaltar que intervenção não significa centralização de poder nem tão pouco autoritarismo, mas sim, maior agilidade na execução da função pública.

---

<sup>38</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

<sup>39</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 114

## 2 ATIVISMO JUDICIAL

### 2.1 CONCEITO

Ativismo judicial é, sem dúvida, um dos termos que mais vem sendo comentado na atualidade e também que muita polêmica tem gerado junto aos juristas, doutrinadores e legisladores.

O vocábulo ativismo segundo o dicionário Michaelis, caracteriza-se por ser uma “Doutrina ou prática de dar ênfase à ação vigorosa, **p ex**, ao uso da força para fins políticos.”<sup>40</sup> (grifo do autor). O conceito jurídico que aqui se pretende descrever aproxima-se do significado dicionarizado, no sentido de ser uma prática que enfatiza uma ação, no caso em questão, inclusive, uma ênfase nas ações do judiciário.

No entanto, juridicamente a expressão ativismo judicial apresenta-se bem mais complexa e polêmica que um simples elemento enfático. Clarissa Tassinari elenca a complexidade que envolve tal termo:

Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, (...) é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário; c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.<sup>41</sup>

Em meio a tantas abordagens, a autora ressalta que não é possível chegar a “posicionamentos puros”<sup>42</sup>, isto é, uma definição não exclui a outra, logo só é possível chegar a conclusão do que vem a ser ativismo judicial a partir da mescla de todas as posições até então existentes, por isso ressalta também que muitos autores posicionam o ativismo judicial como sendo a fusão de todas estas abordagens. Contudo, para uma reflexão um tanto mais aprofundada sobre o tema, cabe o mínimo de esforço na tentativa de se chegar a uma definição.

---

<sup>40</sup>Dicionário Michaelis. Disponível em: <  
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ativismo>. Acesso em 19 de fev. de 2015

<sup>41</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 34

<sup>42</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

Nesse sentido, a própria Clarissa Tassinari<sup>43</sup> põe fim à discussão, ao expor a definição que mais expressa a prática do que vem a ser ativismo judicial na atualidade:

Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.

Em outras palavras, o termo ativismo aqui empregado refere-se a uma ação do Judiciário que vai além do exercício do seu núcleo essencial, a saber, sua competência específica.

O professor Elival da Silva Ramos também conceitua o fenômeno do ativismo judicial:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).<sup>44</sup>

Ambos os autores reconhecem e enfatizam dois elementos caracterizadores do ativismo judicial, o advérbio 'além' como sinônimo de excesso, ressalta-se que não trata-se de excesso quantitativo, ou seja, não refere-se ao número de demandas judiciais e sim ao fato do Poder Judiciário exercer sua função para além do preceituado pela carta Magna, e nisso reside o segundo elemento caracterizador, a ocorrência de, no exercício de sua prática, o Judiciário discordar da ordem constitucional, uma vez que tem atuado para além de sua competência originária.

O professor Elival da Silva Ramos atribui a tal fenômeno um caráter prejudicial, pois salienta que “há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes.”<sup>45</sup> E salienta, todavia, que essa ocorrência recai sobre o Poder Legislativo: “Não se pode deixar de registrar

<sup>43</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 36

<sup>44</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 129.

<sup>45</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 129.

mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo (...)<sup>46</sup>

Tendo em vista, as colocações teóricas acima expostas, pode se concluir que ativismo judicial é a atuação do Judiciário para além de suas prerrogativas, desdobrando, desse modo, em consequências desfavoráveis na medida em que interfere no núcleo de atuação de outro Órgão, no caso em questão, do Legislativo.

## 2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo está presente em praticamente todos os debates que têm por objeto a Constituição, mas defini-lo ainda consiste em trilhar um caminho incerto. Pois mesmo os doutrinadores que o defendem apresentam uma gama de possibilidades de conceituá-lo. Assim, o professor Luís Roberto Barroso declara em seu artigo:

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.<sup>47</sup>

Como o próprio professor declarou o sufixo “neo” significa etimologicamente novo, no entanto ao ser aplicado ao vocábulo constitucionalismo, pode se entendido dessa forma? Uma vez que o novo pressupõe senão uma cisão com o velho, ao menos uma superação do que havia até então. Mas, historicamente é possível falar, na atualidade, em novo constitucionalismo?

O professor Dimitri Dimoulis analisa o neoconstitucionalismo, e a partir de um estudo sobre os acontecimentos históricos afirma que:

<sup>46</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 129.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

A nossa tese básica é que o neoconstitucionalismo não introduz uma ruptura no pensamento jurídico-constitucional, pois seus elementos são conhecidos pela doutrina e utilizados na prática judicial desde o começo do constitucionalismo e certamente desde finais do século XIX.<sup>48</sup>

A despeito de toda complexidade que envolve a nomenclatura neoconstitucionalismo, prevalece em ambos os autores a certeza da necessidade de examiná-lo sob a ótica dos fenômenos atuais.

O professor Dimitri Dimoulis acrescenta, ainda, que toda a análise sobre o neoconstitucionalismo deve ser feita criticamente:

Não se pode ignorar o tema do neoconstitucionalismo no Brasil, sendo correto afirmar que vivemos em tempos de neoconstitucionalismo. Em nossa opinião, essa afirmação tem duplo significado:

Primeiro, reconhece a importância do debate sobre o neoconstitucionalismo: descreve a atual fase do direito brasileiro como neoconstitucional, tendo como base as orientações que prevalecem na doutrina e na jurisprudência.

Segundo, o uso descritivo do termo não implica em aceitar o neoconstitucionalismo como orientação teórica (...).<sup>49</sup>

Dimitri Dimoulis elenca que vivemos em tempos de neoconstitucionalismo, haja vista o imenso número de doutrinas que versam a respeito do tema.

O professor Luís Roberto Barroso, por sua vez, embora reconhecendo que tudo que diz respeito ao neoconstitucionalismo ainda é incerto, identifica-o como “um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional (...).”<sup>50</sup> E propõe iniciar o estudo do neoconstitucionalismo a partir de três elementos: o marco histórico, marco filosófico e o marco teórico.

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o

<sup>48</sup> DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. p. 181. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>49</sup> DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. p. 180. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007, p. 11. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>51</sup>

Salienta o professor Luís Roberto Barroso que a Constituição ganhou caráter normativo apenas depois da segunda guerra mundial, e que antes disso sua primazia resumia-se ao elemento político, estritamente político, mas isso limitava sua realização no plano concreto, uma vez que:

(...) a Constituição era vista como um documento essencialmente político (...). A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.<sup>52</sup>

Ocorre que tal afirmação é, no mínimo, reveladora, pois não só demonstra a opinião do professor sobre o caráter político da Constituição como indica a posição ocupada pelo Judiciário, posição, diga-se, adjetivada como mínima. Segundo Luís Roberto Barroso, a esse período faltava uma maior participação do Judiciário no tocante à concretização da Constituição. Percebe-se, assim, uma posição favorável a uma maior atuação do Judiciário.

Contrapondo essa afirmação, Dimitri Dimoulis diz que:

As Constituições escritas-instrumentais proliferam na Europa e na América Latina desde o início do século XIX. (...) Essas Constituições (...) foram sempre vistas como *superiores* à legislação ordinária. Sem superioridade em relação à demais fontes do direito, a Constituição perde seu sentido: torna-se uma simples lei com majestoso nome ou uma promessa política.<sup>53</sup>

Os aspectos históricos apontados no capítulo 1.2 desse trabalho demonstram ser coerentes os apontamentos acima, pois os Estados liberais elegeram como máximo documento legal, a Constituição, justamente para limitar o poder estatal, na

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007, p. 11. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. p. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>53</sup> DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. p. 182. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

medida que propunham a descentralização do poder por três órgãos. Também estabeleceram que a Constituição seria o meio legal de assegurar os direitos individuais e coletivos. Apesar de toda fragilidade que envolve essa afirmação uma coisa é certa, não é possível sustentar que essas Constituições eram puramente instrumentos políticos.

Quanto ao papel do judiciário na realização do conteúdo constitucional, mencionado pelo professor Luís Roberto Barroso como mínimo no período que antecede a segunda guerra mundial, Dimitri Dimoulis esclarece que:

Certamente, o controle judicial da constitucionalidade conheceu expansão qualitativa e adquiriu popularidade após a Segunda Guerra Mundial. Mas essa mudança quantitativa não permite alegar que a força jurídico-normativa da Constituição só foi reconhecida a partir da Segunda Guerra Mundial.<sup>54</sup>

O novo panorama redesenhado no período pós-segunda guerra mundial exigiu maior atuação dos setores político e jurídico, países saíram fortalecidos enquanto outros necessitavam reconstruir-se. O novo contexto social abriu espaço para maior atuação do Judiciário no que diz respeito à Constituição, mas isso não invalida o caráter normativo que esta possuía desde a formação dos Estados liberais, quando foram exigidas como prerrogativa de manutenção da nova ordem recém instalada.

O Judiciário ganhou notoriedade quanto ao controle constitucional após a segunda guerra, contudo, já o fazia antes, conforme apontado pelo professor Dimitri Dimoulis.

Outro ponto suscitado pelo professor Luís Roberto Barroso como elemento do plano teórico do neoconstitucionalismo e que suscita debates é o anúncio de uma nova interpretação constitucional. Salienta o professor que a interpretação tradicional tem como “critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre lei anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).”<sup>55</sup>

<sup>54</sup> DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. p. 186. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. p. 8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e->

Contudo, tais critérios apresentam-se insuficientes para a propositura de soluções ante os conflitos emergentes na atualidade e acrescenta, ainda, o professor Luís Roberto Barroso:

Sucedem, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias **não** são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional.<sup>56</sup> (grifo nosso)

Segundo o autor no modelo tradicional cabe à norma, dentro do seu campo de abstração, propor soluções para o conflito e que o papel do juiz limita-se a aplicar a norma adequada para a solução da lide. Portanto, o novo direito constitucional, também chamado de neoconstitucionalismo requer uma interpretação também adjetivada de nova:

Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções.<sup>57</sup>

Ocorre que o referido autor tem razão em apontar uma transformação na aplicação do direito constitucional face ao novo quadro de conflitos que surge. No entanto, há que se agir com cautela ao incorporar no plano teórico do neoconstitucionalismo a co-participação do intérprete como aquele que completa a atividade do legislador, pois completar no entendimento apontado pelo professor: como valorizador de sentido é aceitável, viável e necessário dentro do sistema atual.

---

constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. p. 8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. p. 9. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

O que se deve observar é o quanto essa nova posição do intérprete interfere no trabalho do legislador, pois completar não é substituir.

Dimitri Dimoulis reforça que:

A interpretação constitucional não é uma operação de natureza matemática, onde há o certo e o errado, a falta de objetividade nas respostas só pode ser enfrentada mediante uma distribuição equilibrada do poder decisório. Quando uma autoridade possui o poder da “última palavra” se sobrepõe aos demais e o equilíbrio constitucional se perde. Ao contrário, as contínuas possibilidades de rever decisões, segundo o esquema dos freios e contrapesos, favorece o debate público e possibilita a modificação de decisões questionadas.<sup>58</sup>

O professor Dimitri Dimoulis reconhece que há questões nas quais as normas em abstrato nem sempre correspondem ao fato concreto, porém esse impasse deve ser resolvido à luz de um sistema, no qual nenhum órgão ou autoridade detenha a supremacia para tal, mas que seja passível de questionamentos. E mais, indica o sistema de freios e contrapesos como o sistema que corresponde a expectativa de propor soluções sem, com isso, legitimar o predomínio de um órgão sobre o outro.

O neoconstitucionalismo é reconhecidamente um movimento presente no campo do direito, mesmo com toda complexidade que envolve essa terminologia. E é justamente na insistência de incorporar o sufixo ‘neo’ tal como algo novo, reside a crítica ao neoconstitucionalismo, conforme ilustra o professor Dimitri Dimoulis:

O problema fundamental das afirmações do neoconstitucionalismo não é seu caráter equivocado, mas o fato de se tratar de um fenômeno antigo. Por mais que se sustente o contrário, não há ruptura, mas continuidade na interpretação constitucional que opta a favor dos princípios e dos demais elementos normativos caracterizados pela vagueza.<sup>59</sup>

Em suma, o neoconstitucionalismo também aceito como novo direito constitucional ganhou dinamismo e adeptos após a segunda guerra mundial, por força das próprias circunstâncias. A Constituição renovou sua força normativa com o objetivo de instituir os princípios constitucionais ante a defesa dos direitos

<sup>58</sup> DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. p. 191. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>59</sup> DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. p. 192. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015

fundamentais. Nesse movimento, o Judiciário também adquiriu maior espaço, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.

É certo que os novos tempos exigem novas posturas do Poder Estatal e dos órgãos que o exercem, contudo cabem ressalvas no exercício das funções, há que se ter cautela, com o fim único de preservar o Estado Democrático de Direito.

### 2.3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

No capítulo anterior ao tratar do neoconstitucionalismo abordou-se a questão da força normativa da Constituição, por ser esse, segundo o professor Luís Roberto Barroso<sup>60</sup>, um dos elementos teóricos que embasam o neoconstitucionalismo.

O professor Dimitri Dimoulis<sup>61</sup>, por sua vez, elenca uma série de fatores que comprovam que, ainda na época do surgimento dos estados liberais, a Constituição já era dotada de força normativa, mesmo porque, segundo o referido professor Estado teve a pretensão de propor uma nova Constituição apenas para ficar no papel.

Pretende-se, então, nesse título abordar os motivos que levaram os teóricos a adotarem a expressão força normativa da constituição.

Humberto Ávila afirma ser inquestionável que um dos fundamentos do neoconstitucionalismo é o “normativo (“da regra ao princípio”)<sup>62</sup>.

Encontra respaldo em diversos autores a afirmação de que o direito constitucional pós-segunda guerra propõe, ou melhor, sobrepõe os princípios às regras, normatizando aqueles. Luís Roberto Barroso declara, inclusive, que: “o

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>61</sup> DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015

<sup>62</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)** Nº17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em 22 de mar. de 2015.

reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo.”<sup>63</sup>.

O renomado autor indica, ainda, que esse fenômeno normativo chegou ao Brasil, por meio da Constituição de 1988. Contudo, uma análise mais detalhada da Carta Magna brasileira demonstra que a mesma está permeada tanto de princípios como de regras, conforme elucida o professor Humberto Ávila:

(...) é preciso realçar que a Constituição Brasileira de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar desse modo, da primazia de uma norma sobre outra, mas tão só, de funções eficácias diferentes e complementares.<sup>64</sup>

As afirmações do professor Humberto Ávila são valiosas no sentido de estabelecer um equilíbrio harmônico entre princípios e regras na Constituição Brasileira, pois ao estabelecer o contrário o predomínio dos princípios abre-se margem para legitimar uma ampla margem de discricionariedade do operador de direito.

Apesar disso, o referido professor conclui esclarecendo que, na verdade a Constituição Brasileira tem sim, os princípios elencados principalmente no Título I, contudo os demais Títulos contêm regras, e salienta que:

Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988.

(...) A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade em justiça para a maior parte dos casos. Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte (...) decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa (...)<sup>65</sup>

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>64</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)** Nº17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em 22 de mar. de 2015.

<sup>65</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)** Nº17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em 22 de mar. de 2015.

É certo que ao legislador não foi, nem é possível prever todos os conflitos, para antecipar-se e estabelecer a regra, como esclarece muito bem o professor Luís Roberto Barroso:

A definição do conteúdo de cláusulas como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.<sup>66</sup>

Porém, a discricionariedade por parte do intérprete de direito não pode sempre ser proposta como solução, uma vez que consagraria a interferência direta do Poder Judiciário no Poder Legislativo. Interferência essa que, sendo recorrente, leva ao ativismo judicial. Por isso, cabe questionar e analisar criticamente as afirmações que rotulam a Constituição Brasileira de 1988 como predominantemente principiológica.

Para concluir, faz-se importante destacar que corrobora, ainda, com o exposto acima as alegações do professor Dimitri Dimoulis ao assegurar que:

(...) as regras devem ter preferência em relação aos princípios, sendo equivocado flexibilizar a interpretação jurídica mediante a principioligização ou desrespeitar a regra democrática que reconhece amplo poder ao legislador em razão de sua ampla e direta legitimação popular.<sup>67</sup>

Ao expor as consequências da primazia dos princípios, sem a devida reflexão, as alegações do professor Dimoulis traz à tona a advertência da maioria dos críticos do neoconstitucionalismo, o risco de legitimar e consolidar-se, sem a devida reflexão e debates necessários, o fenômeno da interferência do Judiciário em questões que demandariam a ação do Legislativo.

Logo, constata-se que, embora a força normativa da Constituição seja algo presente desde meados do século XVIII, o fato desse fenômeno se estender aos

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

<sup>67</sup> DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. p. 192. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015

princípios é algo que vem ganhando expressividade após a segunda guerra mundial e alterando significativamente a maneira dos Poderes, principalmente o Judiciário e o Legislativo, inter-relacionarem-se.

## 2.4 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO

Uma crescente confusão entre ativismo judicial e judicialização tem corrido dentro e fora do mundo jurídico, contudo não é possível compreender plenamente o ativismo sem diferenciá-lo da judicialização.

Sobre essa temática, escreve Clarissa Tassinari:

Com efeito, é preciso diferenciar para compreender. Para além disso, em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.<sup>68</sup>

É notório, portanto, esclarecer do que se trata um e outro conceito, para não incorrer em um reducionismo das atribuições do Direito. A autora refere-se ao fenômeno da judicialização como aumento quantitativo das demandas judiciais e, por consequência levou a um aumento qualitativo das decisões.

Cabe, agora, analisar o que impulsionou esse aumento de conflitos levados ao Judiciário.

Como já demonstrado e abordado no capítulo anterior deste trabalho, a partir da segunda guerra mundial surgiram novas contendas, as relações entre os países mudaram.

Visando a necessidade de firmar formas de proteção ao ser humano surgiram novos documentos, a Constituições, entre elas a brasileira, trouxeram em seu cerne a iminente proteção aos direitos fundamentais. E todo esse contexto, no qual os países viram se obrigados a criar leis e ampliar direitos, objetivando coibir posturas políticas totalitárias e arbitrárias, fomentou o crescente acesso ao judiciário, exigindo desse uma atuação mais efetiva. Nos dizeres de Clarissa Tassinari:

(...) as novas Constituições, a remodelagem do Estado, bem como a existência de novos direitos (como os difusos) acabaram criando

---

<sup>68</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 27

uma nova relação entre os Poderes, em que o Judiciário deixa de ser um poder inerte alheio às transformações sociais.<sup>69</sup>

Contudo, estagnar a leitura da obra da ilustre autora nesse ponto, seria colher elementos insuficientes para a compreensão do fenômeno em questão. Pois, para além dessas palavras afirmações que aproximam a judicialização do ativismo judicial, mas para além Clarissa Tassinari ressalta que “a judicialização apresenta-se como uma *questão social* (grifo da autora)”<sup>70</sup>. Isto quer dizer, que tal fenômeno decorre justamente da necessidade da nova ordem implementada e manifestada na sociedade contemporânea e que exige do Poder Estatal uma intervenção mais coerente, mais efetiva, entretanto não encontrando – a recorre-se ao Judiciário, conforme afirma Clarissa Tassinari:

Diante desse ambiente de certa fragilização da esfera estatal, que, em regra, é resultado da interferência das forças da economia, em um movimento contrário, a sociedade se apresenta imersa em uma *ampla litigiosidade* como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Assim, os cidadãos assumem uma *postura* direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. (grifo da autora)<sup>71</sup>

Como bem apontado pela autora, vários foram os elementos que motivaram o processo de judicialização, pois se em um primeiro momento tal processo deu-se tendo em vista o aumento significativo de demandas, decorrentes da proteção aos direitos fundamentais, no outro temos a ineficiência do Estado em suprir as necessidades resultantes da nova dinâmica social-política-econômica.

Contudo, Clarissa Tassinari aponta, ainda, um terceiro elemento contribuinte do fenômeno da judicialização: a ampliação do acesso à justiça.

“Todas essas transformações – a complexidade, o caráter de litigiosidade e a massificação da sociedade - deságuam na judicialização também porque foram impulsionadas por uma redefinição do acesso à Justiça.”<sup>72</sup>

Nessa esteira, José Afonso da Silva, ao discorrer sobre a Defensoria Pública, reconhece que outrora, o acesso à justiça já foi mais precário e que isso não só

<sup>69</sup>TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32

<sup>70</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32

<sup>71</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 46

<sup>72</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 47

distanciava o judiciário das classes mais carentes economicamente, como também, promovia imensas injustiças, tendo em vista que:

Os Poderes Públicos não tinham conseguido até agora estruturar um serviço de *assistência judiciária aos necessitados* que cumprisse efetivamente esse direito prometido entre os direitos individuais. Ai é que se tem manifestado a dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa assegurados na Constituição.<sup>73</sup>

Não pretende-se aqui, discorrer sobre as prerrogativas da Defensoria Pública tem se a intenção de confirmar, por meio das palavras do professor José Afonso da Silva, que houve um tempo em que o acesso à justiça não atingia os mais pobres, por consequência muitos conflitos deixaram de ser lavados à esfera judicial.

Com a instauração do processo de redemocratização do país, essa questão veio à tona e a Constituição Federal de 1988 tratou de aproximar as portas da justiça dos mais pobres, assegurando no artigo 5º, LXXIV que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”<sup>74</sup> Tal fator acabou por também favorecer o fenômeno da judicialização no país.

Ao demonstrar os fatores que incitaram a judicialização restaram explícitas as diferenças entre esta e o ativismo judicial, uma vez que a judicialização resulta de um aumento quantitativo de demandas judiciais, devido a fatores sociais, ao passo que o ativismo não reside em uma questão numérica e, sim, no fato do Poder Judiciário agir para além da sua competência prevista na Constituição Federal.

Ressalta-se por último, que pouco se explanou sobre o ativismo judicial, pois este já foi tratado em um capítulo a parte, dadas suas complexidade e abrangência.

---

<sup>73</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 607.

<sup>74</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

### 3 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Pretende-se neste capítulo, discorrer sobre a origem do CNJ – Conselho Nacional de Justiça e efetivamente o papel que desempenha junto ao Judiciário brasileiro. Bem como, trazer a tona alguns julgados do STF tido pela maioria dos doutrinadores como ocorrência de ativismo judicial.

#### 3.1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O SEU PAPEL JUNTO AO JUDICIÁRIO

O Conselho Nacional de Justiça surgiu por força da Emenda Constitucional número 45 de 2004<sup>75</sup>. Porém, muito se tem debatido sobre seu papel junto ao Judiciário Brasileiro.

Rubem de Lima Paula Filho<sup>76</sup> esclarece que o CNJ - Conselho Nacional de Justiça adveio do Conselho Nacional da Magistratura, que tinha por competência instaurar processos disciplinares, podendo inclusive disponibilizar o juiz de primeira instância ou impor-lhe a aposentadoria, ressalta-se que este receberia vencimentos auferidos proporcionalmente ao tempo de serviço prestado. Constata-se de pronto, que tratava-se de um órgão especificamente disciplinar, assumindo o papel de corregedor.

Tal órgão constava da Constituição Federal de 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 7<sup>77</sup>. Como bem sabido, historicamente era esse o período em que o Brasil vivia sob o jugo da ditadura. Por isso, como era de se esperar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 urgia romper com práticas que

---

<sup>75</sup> BRASIL. Congresso. Senado. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 08 de maio de 2015.

<sup>76</sup> PAULA FILHO. Rubem Lima de. Conselho Nacional de Justiça: justificativa da criação e conformação constitucional. **IBRAJUS – INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO**. Disponível em: < <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=69>> Acesso em: 10 de maio de 2015.

<sup>77</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Emenda Constitucional nº 07 de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecio1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecio1988/emc07-77.htm)> Acesso em 24 de maio de 2015

aspirassem ao autoritarismo, conforme explicita o professor Rubem Lima de Paula Filho:

Pois bem, não se pode desconsiderar a atmosfera presente na década de 80, do século passado. Toda uma conjuntura de superação da Ordem então instituída passa a ser experimentada, mesmo no seio do Poder Judiciário, pregando-se a partir de então, a necessidade de se instituir um verdadeiro e efetivo autogoverno dos juízes, o que já não mais se coadunava, ao todo, com a inicial proposta, lançada quando da criação do Conselho Nacional da Magistratura.<sup>78</sup>

Todavia, o referido autor destaca que o constituinte de 1988 não incluiu na Carta Magna atual o referido órgão, mas “ao revés, concedeu aos tribunais todas as garantias necessárias, aptas a sustentar a independência do Poder Judiciário.”<sup>79</sup>

Porém, tal independência, segundo o professor Rubem Lima de Paula Filho, foi permeada por:

Desmandos, práticas de nepotismo, improbidades e a premente necessidade de tornar-se mais responsável administrativo-financeira tiveram o codão de fazer emergir uma nova temática (...) a necessidade de se instituírem mecanismos/ órgão de controle da atividade jurisdicional.<sup>80</sup>

Segundo o professor, o novo contexto de independência levou o Judiciário a cometer excessos. E mesmo com toda a polêmica envolta da discussão sobre a necessidade de um órgão que o controlasse, foi incluído na Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional número 45 de 2004, o artigo 103-B, instituindo o Conselho Nacional de Justiça, cuja competência elencada no parágrafo 4º e seus incisos predizem que:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

<sup>78</sup> PAULA FILHO. Rubem Lima de. Conselho Nacional de Justiça: justificativa da criação e conformação constitucional. **IBRAJUS – INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO**. Disponível em: < <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=69>> Acesso em: 10 de maio de 2015.

<sup>79</sup> PAULA FILHO. Rubem Lima de. Conselho Nacional de Justiça: justificativa da criação e conformação constitucional. **IBRAJUS – INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO**. Disponível em: < <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=69>> Acesso em: 10 de maio de 2015.

<sup>74</sup> PAULA FILHO. Rubem Lima de. Conselho Nacional de Justiça: justificativa da criação e conformação constitucional. **IBRAJUS – INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO**. Disponível em: < <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=69>> Acesso em: 10 de maio de 2015.

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;<sup>81</sup>

Os incisos estendem-se até o número VII, mas os três acima citados servem para ilustrar a função do CNJ, os incisos I e II abrangem a legalidade e a dimensão disciplinar, conforme declara o professor Rubem Lima Paula Filho:

Com efeito, sem dúvida, as atribuições elencadas, e suas posteriores regulamentações, traduzem, da melhor forma possível, o desiderato do constituinte derivado quanto aos objetivos a serem permanentemente almejados pelo Conselho Nacional de Justiça, expressos no tripé: controle administrativo, controle financeiro e observância do cumprimento do dever funcional dos juízes.<sup>82</sup>

No entanto, a mestra em Direito Constitucional Dayse Braga Martins e Lorena de Vasconcelos Colares escreveram um artigo em que ressaltam a generalidade do inciso I:

Dentre as diversas competências incumbidas ao CNJ a mais abstrata e peculiar ao presente estudo é elencada no inciso I, uma vez que concede àquele órgão poder para expedir atos regulamentares, ressalvando que no âmbito de sua competência. Todavia, a restrição apontada é imprecisa e genérica, o que contribui para que o CNJ, algumas vezes, extrapole suas competências, adentrando na competência de outros poderes, mais notadamente do Legislativo, tornando-se por assim dizer, uma espécie de justiceiro, ao legislar para aqueles que a primeira vista não estão tendo seus direitos devidamente tutelados.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>82</sup> PAULA FILHO. Rubem Lima de. Conselho Nacional de Justiça: justificativa da criação e conformação constitucional. **IBRAJUS – INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=69>> Acesso em: 10 de maio de 2015.

<sup>83</sup> MARTINS, Dayse Braga; COLARES, Lorena de Vasconcelos. **A politização da justiça e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ face à teoria da separação dos poderes**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa12ab68091d7471>> Acesso em: 17 de maio de 2015.

Não se pode negar que realmente o inciso I ao tratar das competências do CNJ, não é específico, legitimando o CNJ a editar normatizações e publicar Resoluções sobre questões que deveriam estar na pauta da Assembleia Legislativa.

No entanto, o objetivo deste capítulo é tão somente discorrer sobre o papel do CNJ junto ao Judiciário e não analisar suas ações sob o cunho do ativismo.

Sua composição, descrita no artigo 103-B<sup>84</sup> envolve o Presidente do Supremo Tribunal Federal, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, um desembargador de Tribunal de Justiça, um juiz estadual, um juiz de Tribunal Regional Federal, um juiz federal, um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, um juiz do trabalho, um membro do Ministério Público da União, um membro do Ministério Público estadual, dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Tal composição demonstra um caráter matizado, abrangendo desde membros do Judiciário da mais alta corte até cidadãos que não fazem parte do quadro judicial. Sobre essa composição, foi ajuizada a ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, sob a alegação de violar o princípio da separação dos três poderes, sobre a qual declarou o Ministro Cezar Peluso, relator do processo:

Entre os membros laicos, cuja previsão dá caráter heterogêneo à composição do Conselho Nacional de Justiça, constam dois representantes do Ministério Público e dois advogados, todos indicados pelos pares (art. 103-B, incs. e XII). Por mais que forcejasse, não encontrei nenhuma razão de índole constitucional que lhes pudera vetar a participação no Conselho.

Pressuposto agora que a instituição do Conselho, não apenas simboliza, mas também opera ligeira abertura das portas do Judiciário para que representantes da sociedade tomem parte no controle administrativo-financeiro e ético-disciplinar da atuação do Poder.<sup>85</sup>

Resumindo, conclui-se que a despeito de toda polêmica envolta da criação do CNJ, este é legitimado constitucionalmente e ratificado pelo Superior Tribunal

<sup>84</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.367 DF) nº 14738814. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Ministro Cezar Peluso. Brasília, 22 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738814/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df>> Acesso em: 17 de maio de 2015.

Federal a exercer o controle administrativo-financeiro, fiscalizador e disciplinar do Judiciário.

### 3.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EXERCENDO FUNÇÕES LEGISLATIVAS

A competência do STF – Supremo Tribunal Federal está disposta nos artigo 102 da Constituição Federal<sup>86</sup>, contudo o doutrinador José Afonso da Silva ressalta que pode ser classificada em três grupos, a saber:

(1) as que lhe cabe processar e julgar originalmente, ou seja, como Juízo único e definitivo, e são as questões relacionadas no inc. I; (2) as que lhe incumbe julgar, em recurso ordinário, e são as indicadas no inc. II; (3) e, finalmente, as que lhe toca julgar, em recurso extraordinário, e são as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida envolve uma das questões constitucionais referidas na alíneas do inc. III.<sup>87</sup>

Porém, hoje, muito tem se debatido sobre a questão do STF vir agindo para além dessa competência e incidindo, assim, no ativismo judicial.

Clarissa Tassinari<sup>88</sup> realizou uma pesquisa a fim de encontrar os vocábulos ativismo, ativista, ativismo judicial e autocontenção junto aos julgados das Cortes Superiores. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram encontradas nove menções aos termos ativista e ativismo, no Superior Tribunal de Justiça foram localizados seis registros em que ocorriam a menção a um dos vocábulos acima descritos e no Supremo Tribunal Federal encontrou-se duas referências aos termos ativismo e uma à expressão autocontenção.

Esclarece a autora que: “evidentemente, a pesquisa jurisprudencial por estes critérios não esgota os casos de ativismo judicial, afinal, nem todo membro do Judiciário com uma postura ativista assim se denomina.”<sup>89</sup>

Ocorre que o termo aparece poucas vezes nas decisões, mas é amplamente conhecido e polêmico, principalmente no que se refere ao STF. Na atualidade, os casos mais controversos decorrem do julgamento da ADPF – Arguição de

<sup>86</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 559.

<sup>88</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>89</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 127.

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que tinha por fim votar a inconstitucionalidade dos artigos penais referentes ao aborto de anencéfalo, em seu voto o relator, o Ministro Marco Aurélio declarou que:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República. Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.<sup>90</sup>

Por ocasião desse acórdão, levantou-se grande debate acerca da legitimidade do STF em proferir decisão sobre tal matéria, o professor Ives Gandra da Silva Martins declarou que:

Tenho me preocupado, ultimamente – nada obstante o respeito que tenho pelos ministros da Suprema Corte, com certo ativismo judicial que leva a permitir que um tribunal eleito por uma só pessoa substitua o Congresso Nacional, (...), sob a alegação de que, além de Poder Judiciário, é também Poder Legislativo sempre que considerar que o Legislativo deixou de cumprir as suas funções. Veja-se o caso da ADPF 54, em que o tribunal maior do país criou uma terceira hipótese de impunidade ao aborto – o aborto eugênico, não constante do Código Penal (art. 128), que só cuida do aborto terapêutico ou aborto sentimental (estupro). Reza o parágrafo 2.º do artigo 103 da Constituição Federal que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em 17 de maio de 2015.

<sup>91</sup> SILVA, Ives Gandra da. A ADPF 54 e o ativismo judicial do STF. **Gazeta do Povo**, 19 de abr.. de 2012. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/a-adpf-54-e-o-ativismo-judicial-do-stf-34ilf7qids0jlkbwxiuh2z2>>. Acesso em: 17 de maio de 2015.

O doutrinador Ives Gandra da Silva Martins atenta para a necessidade do Poder Judiciário traçar medidas a fim de compelir o órgão que se omitiu, a exercer a sua função, conforme preceitos legais.

Outro fato que também questionado sobre a ótica do ativismo foi o julgamento da ADPF nº 132<sup>92</sup> e ADPF 178<sup>93</sup>, esta última o STF solicitou que fosse transformada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, essas duas ADPF's preceituam sobre o casamento homoafetivo.

Clarissa Tassinari, sobre essa questão, afirma que:

Está certo que a controvérsia sobre o reconhecimento dos direitos homossexuais não pode ficar sem o devido amparo jurídico, contudo, isso deve ocorrer através de uma esfera ampla de representação social, pois vivemos em uma sociedade democrática, que, por seus pressupostos, exige a participação de todos segmentos na tomada de suas decisões fundamentais. Evidentemente, a relação homoafetiva faz parte da realidade social, e, portanto, seu reconhecimento merece alcançar status jurídico, mas, ainda que a causa seja justa, não cabe a um tribunal, através de um ao investido de autoridade (e vontade), decidir de modo a contrariar o arcabouço jurídico existente nesse país.<sup>94</sup>

Com relação ao casamento homoafetivo, que é objeto desse trabalho, está claro que houve, assim como nos outros casos citados neste capítulo, um exercício do Supremo Tribunal Federal para além de suas prerrogativas constitucionais. O que se pretende, a partir, deste ponto é fazer uma incursão pelo caminho traçado pelos casais homoafetivos na busca pelo reconhecimento formal de suas uniões.

E, sobretudo, pretende-se demonstrar no próximo capítulo a postura adotada pelo Poder Legislativo, com relação a essa questão, sob a luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132 RJ) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>> Acesso em 02 de maio de 2015.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 178 DF) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes, 08 de julho de 2009. Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>> Acesso em 17 de maio de 2015.

<sup>94</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 133.

## 4 O CASAMENTO HOMOAFETIVO – EXEMPLO PRÁTICO DO ATIVISMO JUDICIAL

Neste capítulo chega-se ao cerne do presente trabalho, o casamento homoafetivo foi institucionalizado, ou melhor, legalizado por meio de uma ação do Poder Judiciário.

No entanto, como se constatará nos próximos títulos, claro também é que foram várias os encaminhamentos junto ao Legislativo para que este apreciasse a questão, e estabelecesse lei que amparasse tal demanda.

### 4.1 DEFININDO HOMOAFETIVIDADE

Em primeiro lugar é preciso esclarecer que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo recebia o nome de homossexualismo, no entanto, devido à carga pejorativa embutida no sufixo *ismo* no geral e, no plano específico, tal sufixo ser associado à designação de doença foi trocado pelo sufixo 'dade', conforme ilustra Maria Berenice Dias: “o sufixo **ismo** que designa doença, foi substituído pelo sufixo **dade**, que designa modo de ser.”<sup>95</sup> (grifo da autora)

O termo homoafetividade é relativamente novo, foi cunhado pela jurista Maria Berenice Dias, no intuito de lembrar a todos que debruçar-se sobre as relações homoafetivas é, antes de qualquer coisa, debruçar-se sobre relações carregadas de afeto, são relações tecidas pelo mesmo sentimento que tece as relações heterossexuais:

A conotação depreciativa de todas as expressões que identificam as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo é que me levou, no ano de 2000, quando da primeira edição desta obra, a criar o neologismo homoafetividade, buscando evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.65.

<sup>96</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.59.

Ao nominar assim as relações homossexuais, a referida autora conclama que a elas sejam conferidos os mesmos direitos atribuídos às relações heterossexuais. E muito mais, “quem sabe mudando conceitos se eliminam preconceitos.”<sup>97</sup>

Infelizmente, derrubar os muros do preconceito quando trata se dessa questão é muito mais complexo do que se imagina. Tanto que inúmeras são as tentativas de explicar a homossexualidade, tal necessidade provém, na verdade, da não aceitação, da forte rejeição social pelo que passam os homossexuais.

A despeito das muitas teses científicas e pesquisas sobre a origem, a homossexualidade não é uma escolha, conforme declara Maria Berenice Dias:

“A atração por pessoas do mesmo sexo não nasce de um ato de vontade, nada justifica o desrespeito às expressões minoritárias da sexualidade, revelando-se de todo desarrazoada a total discriminação diante da diferença.”<sup>98</sup>

É sobre essa diferença que recai o preconceito, pois aceitar o diferente, quando o assunto é a sexualidade é impensável para grande maioria das pessoas. O novo milênio chegou com um enorme aparato tecnológico, inclusive, ressignificando as relações, na medida em que alterou as formas de comunicação entre as pessoas. Hoje tem – se acesso ao fato quase que no momento de sua ocorrência, independente da parte do mudo em que aconteceu.

É certo que os aparelhos evoluíram, mas resta evoluir também a mentalidade das pessoas no tocante a diversas questões humanas, entre elas, a diversidade sexual.

Conclui sublimemente Maria Berenice Dias:

O fato é que a homossexualidade acompanha a história do homem. Sabe-se da sua existência desde os primórdios dos tempos gregos. Não é **crime** nem **pecado**; não é uma **doença** nem um **vício**. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal.<sup>99</sup> (grifo da autora)

Corroborava com o exposto pela renomada jurista, o professor Luís Roberto Barroso ao declarar, com relação às discussões sobre a origem da

<sup>97</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.60.

<sup>98</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.72.

<sup>99</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

homossexualidade, ser desnecessário optar por alguma vertente, o essencial é garantir-lhes os direitos:

Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não violar qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.<sup>100</sup>

O operador de direito tem, nesse âmbito, papel fundamental, uma vez que o direito não pode esquivar-se de responder aos que batem a sua porta, a apreciação legal das uniões homoafetivas não pode, de forma alguma, ser analisada sob o ponto de vista particular, conforme preconiza o professor Luís Roberto Barroso ao ditar a visão de mundo que direciona seu artigo:

- a) a homossexualidade é um fato da vida;
- b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;
- c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;
- d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Conclui-se ressaltando o disposto por Maria Berenice Dias,<sup>101</sup> de que a homossexualidade não é opção sexual, assim como não o é a heterossexualidade, apenas esta última é mais aceita socialmente, por corresponder aos padrões pré-estabelecidos por uma sociedade que se recusa a abrir-se para o diferente. O que é de fato opção da pessoa é assumir a sua sexualidade, como parte integrante de sua identidade, como forma de viver plenamente sua dignidade.

No atual contexto, sem receio de pieguices, pode – se afirmar que assumir a homossexualidade é um ato personalíssimo de muita coragem, uma travessia que precisa ser feita a fim de fortalecer a luta pelos direitos da população homoafetiva.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. Nº 16, p. 06, maio/jun. 2007. Disponível em: < [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/diferentes\\_iguais\\_Irbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_Irbarroso.pdf)> Acesso em: 25 de abr. de 2015

<sup>101</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

## 4.2 DIFERENÇAS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

Antes de adentrar a seara das diferenças entre a união estável e o casamento, faz-se mister desvincular a constituição do casamento como único fim para a constituição de família. Outrora era assim que se pensava e a lei legitimava, ou seja, para constituir família era necessário casar-se.

No entanto, com a evolução do conceito de família, admitindo a lei, inclusive, famílias monoparentais, aquelas formadas por um dos pais e os filhos, e as advindas da união estável o casamento perdeu, então, seu posto de pré-requisito para a constituição familiar.<sup>102</sup>

Expressar-se-á neste título as principais diferenças entre o casamento, seu ato celebrativo, os vínculos gerados, seus efeitos, e a união estável também, aqui, analisada sob o prisma de seus efeitos e vínculos gerados.

A primeira diferença entre essas duas uniões reside no próprio ato celebrativo. O casamento é um ato solene que exige certas formalidades previstas em lei. Quando realizado por ato civil, pode ser celebrado no Cartório de Registro Civil ou em outro local, conforme preceitua o artigo 1534 do Código Civil:

A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular.<sup>103</sup>

Ou quando realizado por ato religioso com efeitos civis produz os mesmos efeitos, desde que obedecendo aos critérios previstos em lei: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.”<sup>104</sup>

Maria Berenice Dias ressalta, no entanto, que “a validade do casamento civil está condicionada à habilitação – que pode ser feita antes ou depois do ato de celebração – e à inscrição no Registro Civil das Pessoas Naturais.”<sup>105</sup>

<sup>102</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>103</sup> BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>104</sup> BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>105</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 159.

A união estável dispensa essas formalidades, uma vez que não necessita de manifestação de vontade dos noivos de conviverem, pois já constitui uma vivência, ou seja, antes da formalização, já havia convivência, conforme preceitua o professor Paulo Lôbo:

Por ser ato-fato jurídico, a união estável não necessita de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica.<sup>106</sup>

Com relação ao nome, o Código Civil<sup>107</sup> estabelece que tanto a mulher quanto o homem podem adquirir o nome um do outro. No entanto, com relação à união estável o citado código é omissivo, mas, prevalecendo a Lei dos Registros Públicos<sup>108</sup> que autoriza a mulher a adotar o nome do companheiro, estende-se para a união estável a possibilidade de averbação do nome do companheiro ou da companheira, conforme preceitua Maria Berenice Dias:

Também na união estável, qualquer dos companheiros pode adotar o nome do outro. Não só a companheira pode adotar o nome do varão, mas este pode adotar o nome dela. (...) Como tal possibilidade vem sendo admitida no casamento, é de aceitá-la na união estável, tanto heterossexual como homoafetiva.<sup>109</sup>

O estado civil é outra questão, pertencente a seara do direito de personalidade, é alterado quando a pessoa casa-se, uma vez que está passa de solteira, ou viúva ou divorciada para o estado de casada. Tal alteração traz consigo questões essenciais quando se trata de patrimônio, como explicita a jurista Maria Berenice Dias:

A condição de solteira, separada, divorciada ou viúva identifica a pessoa sozinha, que é proprietária de seu patrimônio, com exclusividade. Já a casada – a depender do regime de bens do casamento – não tem a disponibilidade de seus bens. Assim, quem pretende fazer qualquer negócio com outrem sempre precisa saber qual é o seu estado civil. Aos casados a lei impede a prática de determinados atos, havendo a necessidade da concordância do outro cônjuge. Não só quando da alienação de bens imóveis, mas também

<sup>106</sup> LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. **Evocati Revista**. Disponível em: <  
[http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp\\_page=interna&tmp\\_codigo=385&tmp\\_secao=15&tmp\\_topico=direitoproccivil&wi.redirect=7MQVH2K6885AUQ784RL7](http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=385&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=7MQVH2K6885AUQ784RL7) > Acesso em: 26 de abr. de 2015

<sup>107</sup> BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.565 § 1º In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>108</sup> BRASIL. **Lei de Registros Públicos**. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>109</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 183.

para a concessão de **aval** ou **fiança** é necessário outorga marital ou uxória.<sup>110</sup> (grifo da autora)

Ressalta a citada jurista a necessidade imposta pela lei de assinatura do cônjuge em certas transações. Contudo, a união estável não define estado civil o que pode gerar danos a terceiros:

Basta lembrar que os bens adquiridos durante o período de convívio passam a pertencer ao par, por presunção legal. Assim, imperioso reconhecer que, a partir do momento em que uma estrutura familiar gera consequências jurídicas, se está diante de um novo estado civil. A falta de identificação dessa nova situação traz insegurança aos parceiros e pode causar **prejuízos a terceiros** que eventualmente desconheçam a condição da vida daquele com quem realizam algum negócio.<sup>111</sup> (grifo da autora)

É certo que, independente da indefinição do estado civil de quem constitui união estável, estando sob a égide do regime de bens da comunhão parcial, a não ser que outro tenha sido pactuado por meio de um contrato de convivência, os bens adquiridos em sua constância pertencem a ambos, e de acordo com a autora Maria Berenice Dias, é imprescindível a autorização do companheiro para a comercialização do patrimônio, mas novamente a lei é omissa quanto à necessidade de outorga uxória, porém de maneira esclarecedora declara Maria Berenice Dias que:

Em face da omissão do legislador, em princípio, não se poderia exigir o consentimento do companheiro para alienação do patrimônio imobiliário, a concessão de **fiança** ou **aval** e a realização de **doações**. Todavia, como a limitação é imposta pela lei a toda e qualquer regime de bens (exceto ao regime da separação absoluta), não há como afastar a mesma exigência em sede da união estável em que vigora o regime da comunhão parcial. Reconhecida a união estável como entidade familiar, é necessário estender-lhes as mesmas limitações, para salvaguardar o patrimônio do casal e proteger terceiros de boa-fé.<sup>112</sup> (grifo da autora)

Com relação aos impedimentos impostos ao casamento, o professor Paulo Lôbo prediz que são igualmente aplicáveis à união estável:

Aplicam-se à união estável os mesmos impedimentos legais para o casamento. Não podem ser companheiros, pelas mesmas razões, os ascendentes com descendentes, os sogros e sogras com noras e genros, o adotante com o cônjuge ou companheiro do adotado, o

<sup>110</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 171.

<sup>111</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 182.

<sup>112</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 189.

adotado com o cônjuge do adotante ou com o filho do adotante, os irmãos, o tio ou a tia com a sobrinha ou o sobrinho, o cônjuge ou companheiro sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte ou companheiro. A lei abriu exceção, porém, para as pessoas casadas, que estão impedidas para casar, mas não para constituir união estável, desde que estejam comprovadamente separadas de fato ou judicialmente de seus cônjuges. Nesta hipótese, podem ser companheiros dois casados separados ou um separado e outro solteiro, divorciado, ou viúvo.<sup>113</sup>

Contudo, Maria Berenice Dias alerta para o fato do Estado não ter como punir tais relações:

Parece que o legislador se olvida de que o **casamento** depende da chancela do Estado. Assim quando a lei diz não podem casar, há como tornar obrigatório tal comando: simplesmente deixar de celebrar o casamento. Mas, desatendida a proibição legal o casamento é **nulo** e pode, a qualquer tempo, ser desconstituído por iniciativa dos interessados ou do Ministério Público.

(...) Com referência à união estável, contudo, não há como fazê-la sumir. (...) Ou seja, nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento, é proibida a união estável. No entanto, em que pese a proibição legal, se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe. O Estado não tem meios, por exemplo, de vetar o estabelecimento de **uniões incestuosas** entre pai e filha ou entre dois irmãos, por mais repulsivas que sejam essas hipóteses.<sup>114</sup> (grifo da autora).

Pode-se auferir que, a tais relações, é possível negar juridicidade, isto é, o reconhecimento de qualquer vínculo jurídico, uma vez que o Direito não só não reconhece como não admite esses tipos de relações. Porém, Maria Berenice Dias invoca o mesmo tratamento dado a essas relações que resultaram em casamento:

O casamento, embora nulo, mas realizado de **boa-fé**, produz todos os efeitos jurídicos até que seja desconstituído. (...) No mínimo, em se tratando de uniões estáveis que afronta aos impedimentos legais, há que se invocar o mesmo princípio e reconhecer a existência de uma **união estável putativa**. Estando um ou ambos os conviventes de boa-fé, indispensável atribuir efeitos a união, tal como ocorre no **casamento putativo**.<sup>115</sup> (grifo da autora)

O professor Paulo Lôbo, por sua vez, dispõe contrariamente a citada autora:

Desde a Constituição de 1988 abriu-se controvérsia acerca da possibilidade jurídica de uniões estáveis paralelas, tendo em vista a inexistência de regra expressa a respeito na legislação, inclusive no

<sup>113</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174.

<sup>114</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9<sup>a</sup> ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 184.

<sup>115</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9<sup>a</sup> ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

Código Civil de 2002. Entendemos não ser possível, porque a união estável é relação jurídica *more uxorio*, derivada de convivência geradora de estado de casado, o qual, conseqüentemente, tem como referência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico.<sup>116</sup>

E acrescenta que, sendo postulado o reconhecimento dos direitos em relação a uma união simultânea com outra, deve se tão somente declarar a inexistência da união estável e “se não houver filhos comuns, o segundo parceiro terá pretensão contra o primeiro no campo das relações patrimoniais, segundo o modelo do direito das obrigações, quanto à partilha dos bens adquiridos com esforço comum ou à indenização dos serviços prestados.”<sup>117</sup>

Sabe-se que a questão é controversa e sobre ela paira grande polêmica. Isso demonstra que equipar a união estável ao casamento requer ainda discussões aprofundadas.

No campo das sucessões prevalece, também, um abismo entre os direitos concedidos ao cônjuge e ao companheiro ou convivente, a saber:

O cônjuge é herdeiro necessário e figura no terceiro lugar na **ordem de vocação hereditária**. O companheiro é somente **herdeiro legítimo** e herda depois dos parentes colaterais de quarto grau. (...) Com relação aos colaterais até o quarto grau, o direito concorrente é calculado sobre a totalidade da herança, mas o companheiro faz jus a somente um terço da herança. É subtraída ao parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, **quota mínima** assegurada ao cônjuge sobrevivente.<sup>118</sup>(grifo da autora)

Maria Berenice Dias expõe de forma prática o que vem positivado nos artigos 1.790 e 1.832 do Código Civil<sup>119</sup>. Artigos que revelam a grande disparidade de tratamento entre cônjuge e companheiros.

Importante aclarar, todavia, que a lei oferece a possibilidade conversão da união estável em casamento, inclusive, com previsão constitucional:

Art. 226, § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175.

<sup>117</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174.

<sup>118</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 190-191.

<sup>119</sup> BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>120</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

Sobre esse artigo constitucional o professor Paulo Lôbo, declara que os conservadores insistem e lê-lo como uma norma desmerecedora da união estável, colocando-a como inferior a casamento, mas esclarece o ilustre professor:

Os que defendem a primazia do casamento ou a hierarquização das entidades familiares enxergam nesse enunciado a demonstração de que a Constituição pôs a união estável em plano inferior ou a considerou como rito de passagem. (...) não é esse o significado que melhor contempla os princípios constitucionais aplicáveis à família, notadamente o da igualdade das entidades e o da liberdade conferidas às pessoas para constituição de suas famílias e para a realização de suas dignidades. Facilitar a conversão de uma entidade em outra é especificação do princípio da liberdade de constituição de família; não é rito de passagem.”<sup>121</sup>

Evidente é que, para converter em casamento, os parceiros não podem estar impedidos, por exemplo, não será possível a conversão se um deles estiver separado de fato, deve-se estar divorciado. No entanto, o Código Civil, ao dispor sobre a conversão em seu artigo 1.726, criou outra necessidade: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.<sup>122</sup>

Ora, impor que o pedido seja dirigido ao juiz não é facilitar o processo de conversão, conforme ilustra Maria Berenice Dias:

“Exigir a **interferência judicial** não é facilitar, é burocratizar, é onerar. (...) Esse procedimento, às claras, em nada facilita a conversão. Ao contrário, dificulta. Tanto é assim que a doutrina vem considerando **inconstitucional** esse dispositivo.”<sup>123</sup>(grifo da autora).

O reconhecimento da união estável como entidade familiar foi um avanço de enormes proporções à garantia dos direitos de quem, seja qual for o motivo, não desejou ou não pode casar-se. Contudo, muito ainda há que se avançar. O Código Civil traz poucos artigos dedicados à união estável. Muitas das conquistas judiciais nesse campo, deve-se as leis infraconstitucionais 8.971/94 que regula o direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão<sup>124</sup> e a lei 9.278/96 que se dispôs a

<sup>121</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 182.

<sup>122</sup> BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>123</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 197.

<sup>124</sup> BRASIL. Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. . In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

regulamentar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal<sup>125</sup>, composta por apenas onze artigos, avançou ao extinguir o prazo de convivência, antes de cinco anos, para o reconhecimento da união estável e determinou que sua competência seja da vara de família.

#### 4.3 DA INFORMALIDADE AO RECONHECIMENTO LEGAL DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: O CAMINHO PERCORRIDO

Como disposto no título anterior a união estável foi estendida às relações homoafetivas e mais tarde estendeu-se também o casamento. No entanto, como poderá se constatar adiante o caminho percorrido pelos casais homoafetivos, foi bem mais penoso do que o caminho feito por casais heterossexuais.

Como bem frisa Maria Berenice Dias<sup>126</sup>, historicamente, o conceito de família sempre esteve em volto a uma áurea de sacralidade, intocável e inquestionável, logo, parecia certo que, durante anos, imperasse a regra de que a única forma de proteger e guardar a família fosse protegendo e elegendo o casamento como viés único para sua constituição.

Casais que se uniram e viviam sob os desígnios do amor, da ternura, do carinho e do querer estar juntos não recebiam proteção legal do Estado, principalmente no tocante às consequências jurídicas que decorriam dessas uniões: questões patrimoniais, partilha de bens quando da dissolução da união e direitos sucessórios:

Quando relacionamentos consolidados há muitos anos – mesmo sem lei – batiam às portas do Judiciário, colocavam os juízes diante de um verdadeiro dilema entre afrontar tabus e preconceitos ou cancelar enormes injustiças. A saída encontrada, em um primeiro momento, foi reconhecer a presença de simples sociedade de fato.<sup>127</sup>

O Superior Tribunal Federal sumulou as decisões dos juízes monocráticos com relação à partilha de bens dos casais ditos informais: “Comprovada a existência

<sup>125</sup> BRASIL. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>126</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>127</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 185-186.

de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”<sup>128</sup>

Renegadas ao rótulo de concubinato e equiparadas a uma sociedade de fato, essas demandas tramitavam na Vara Cível sob a égide do Direito das Obrigações, empregando assim a essas uniões um caráter frio, puramente contratual, nos dizeres de Maria Berenice Dias: “Analogia que, além de equivocada, era para lá de discriminatória. Não se emprestava qualquer relevo ou significado à **natureza afetiva** do relacionamento das partes.”<sup>129</sup> (grifo da autora)

A Constituição Federal de 1988, denominada cidadã, dada a proteção aos direitos fundamentais que traz em seu bojo, avançou com relação às uniões estáveis, conforme declara o professor Paulo Lôbo:

Essas orientações constituíram notável avanço em face do direito existente antes da Constituição de 1988; depois desta, perderam sua função prestante, pois a união estável adquiriu o status *familiae*, convertendo-se de fato social em fato jurídico, como espécie de entidade familiar, em tudo e por tudo regida pelo direito de família.<sup>130</sup>

Tendo reconhecida a união estável como entidade familiar, os casais homoafetivos requereram o mesmo tratamento, contudo, por carregarem descabida rejeição social, encontraram os mais diversos obstáculos, conforme preconiza Maria Berenice Dias:

Reconhecida em sede constitucional a união estável como entidade familiar, tanto a legislação que regulou o instituto como o Código Civil admitem a possibilidade de os conviventes decidirem sobre questões patrimoniais por meio de **contrato escrito**. Está foi a saída encontrada pelos casais homoafetivos para obterem alguma segurança: firmar **contrato de convivência**.

(...) Em um primeiro momento foi enorme a insegurança dos tabeliões de lavrarem **escrituras públicas de união homoafetiva**. A negativa de lavratura de ato registral tinha dois fundamentos: a vedação de avenças contrárias à **moral** e aos **bons costumes** e a ausência de lei reconhecendo a **validade** do objeto do contrato. A justificativa, às claras, encobria postura preconceituosa, já que não há ilicitude ou ilegalidade nas uniões homoafetivas.<sup>131</sup> (grifo da autora)

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)> Acesso em 01 de maio de 2015.

<sup>129</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 186.

<sup>130</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170.

<sup>131</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 191.

Abominável o preconceito estampado na negativa dos tabeliões, e revestido sob o argumento de ausência de lei, acerca dessa polêmica, o professor Paulo Lôbo declara:

As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família. A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de casal (homem e mulher). A Constituição não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência (...) <sup>132</sup>

Ficando claro que o impedimento à formalização das uniões homoafetivas nada mais é que a presença de preconceito e não ausência de lei, diversas instituições, movimentos de diversidade sexual e casais homoafetivos bateram insistentemente à porta dos cartórios a fim de conquistarem o direito de formalizar a união estável. Nesta seara, o Rio Grande do Sul, por meio de sua Corregedoria Geral de Justiça acrescentou um parágrafo ao artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral:

Art. 215 – No Registro de Títulos e Documentos proceder-se-á ao registro: (...) Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, **independente da identidade ou oposição de sexo**, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito. <sup>133</sup>(grifo nosso).

Ainda, restava o impasse, pois cada Estado preceituava de uma forma sobre a união estável homoafetiva. O então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, ajuizou em 2008 a ADPF nº 132 <sup>134</sup>. Tal Arguição tinha por objetivo o reconhecimento das uniões homoafetivas junto ao regime jurídico dos servidores públicos estaduais.

<sup>132</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

<sup>133</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Consolidação Normativa Notarial e Registral**: Corregedoria-Geral da Justiça. Rev. atual. até Provimento nº 10/04. Maio de 2015. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/anexos/consolidacao.pdf>> Acesso em: 02 de maio de 2015.

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132 RJ) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>> Acesso em 02 de maio de 2015.

O Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição, reconhecendo a união estável homoafetiva, selando, assim, uma das maiores conquistas da população homossexual desse país, a ementa do julgado finaliza predizendo que:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (...)

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.<sup>135</sup>

Duas expressões chamam, especialmente, a atenção na decisão do julgamento: *erga omnes*, ou seja, como disposto tal decisão nasceu sob a força do efeito vinculante, estendendo seu resultado à todas as demandas que incidirem sobre a mesma questão. Outro aspecto é o fato da decisão ser fruto de uma votação unânime. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

No entanto, pode-se dizer a homoafetividade saiu mesmo do armário quando o Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, reconheceu a união homoafetiva como **entidade familiar**. A decisão se transformou em um marco histórico na garantia dos direitos humanos. (...)

O supremo Tribunal Federal provou que o Poder Judiciário é o guardião dos princípios constitucionais. Mesmo quando a lei é omissa a Justiça não deve deixar de exercer seu papel de fazer justiça.<sup>136</sup> (grifo da autora)

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132 RJ) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>> Acesso em 02 de maio de 2015.

<sup>136</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 316.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, os casais homoafetivos não só o direito do formalizar a relação como união estável, mas o direito de celebrar esse momento, festejar o respeito a sua dignidade:

A prática de formalizar as uniões homoafetivas se popularizou, e o momento da assinatura do pacto ou do ato notarial passou a ser alvo de grandes celebrações em eventos festivos cercados de formalismos. A ritualização é salutar, pois marca a aceitação social da união, bela forma de se debelar o preconceito.<sup>137</sup>

Ocorre que essa decisão estava, mesmo assim, longe de pacificar a questão, muitos casais ainda necessitavam ingressar na Justiça para obter o direito de formalizar a união estável, a grande diferença é que a partir deste momento, havia uma acórdão, cuja decisão era *erga omnes* que não só reconhecia a união estável homoafetiva, como estendia a ela os mesmos direitos e consequências da união estável heterossexual.

E Poder Legislativo diante dessa decisão? Infelizmente, enquanto a sociedade fomentava o debate acerca dos direitos da população homoafetiva, o Poder Judiciário respondendo as demandas que insurgiam, o Poder Legislativo permanecia indiferente, e essa indiferença é inconstitucional, conforme anuncia o professor Luís Roberto Barroso:

Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional (...).<sup>138</sup>

Entende-se aqui como manifestação da indiferença do Estado, o Poder Legislativo, uma vez que o Judiciário se pronunciou. No entanto, cabe lembrar que o Poder Judiciário tem por finalidade a pacificação dos conflitos na sociedade, e ainda que sua competência resida na função de garantir direitos, não é ele quem deve suprir as lacunas na lei. Por isso, ressalta-se que o Poder Legislativo deve, ainda, à sociedade brasileira a apreciação de projetos de leis a respeito das uniões homoafetivas, como forma de garantir-lhe plenamente a dignidade.

<sup>137</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192.

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. Nº 16, p. 07, maio/jun. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/diferentes\\_iguais\\_lrbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf)> Acesso em: 03 de maio. de 2015

#### 4.4 DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA AO CASAMENTO HOMOAFETIVO: O CAMINHO PERCORRIDO

A luta para sair da informalidade não foi fácil, conforme abordado no título anterior, contudo não era nem é a última, restava ainda ampliar essa conquista a todos os demais direitos que a legislação constitucional concedeu às uniões heterossexuais.

A Constituição Federal, no artigo 226 § 3º<sup>139</sup> permite que a união estável seja convertida em casamento. Tendo as uniões homoafetivas conquistado o direito de alçar à união estável, conquistaram também o direito de convertê-la em casamento, de acordo com a jurista Maria Berenice Dias:

Ora, se decisão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* reconhece que a união homossexual é uma união estável, e a Constituição recomenda que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, não há como negar aos homossexuais o direito de terem acesso à conversão de suas uniões em casamento. Sob esse fundamento começaram a pipocar decisões em todo o país admitindo a conversão.<sup>140</sup>

Essa foi a alternativa utilizada pelos casais homoafetivos para chegarem ao casamento, optar pela conversão da união estável, o que resultou em certa morosidade, tendo em vista que cada Estado entendia de um jeito o comando da Lei Maior que mandava facilitar essa conversão, nas palavras da jurista Maria Berenice Dias:

Em face disso, alguns Estados baixaram normatizações visando a desburocratizar o processo transformatório. Conclusão: cada Estado adota procedimentos distintos perante juízos diversos. (...) Nos Estados em que nada foi regulamentado, é indispensável o ingresso de ação judicial perante a Vara de Família, muitas vezes até com a realização de audiência e ouvida de testemunhas.<sup>141</sup>

E porque os homoafetivos não procuraram a via do casamento direito? Porque havia, ainda, a objeção dos tradicionalistas, daqueles que insistiam em manter o status de sacralização do casamento, para quem... todo e qualquer avanço

<sup>139</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>140</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 194.

<sup>141</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 194.

representava a macular o matrimônio. Ocorre que, em um país laico, o casamento não é sagrado, uma vez que a própria conceituação de sagrado é por demais subjetiva.

O casamento é o desdobramento do exercício de direitos fundamentais, segundo Maria Berenice Dias:

“O casamento condiz com um punhado de direitos fundamentais derivados da dignidade da pessoa humana: o direito à liberdade, à igualdade, à intimidade, assim como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade”<sup>142</sup>

Logo, não existia nenhum impedimento legal que vedasse o acesso direito dos homoafetivos ao casamento, como bem aclarado pela referida autora:

Como os homossexuais passaram a casar via conversão da união estável, não havia como negar-lhes o acesso ao casamento direto. Isto porque, para escritura pública da união estável nada é exigido. Nem prazo de duração, nem prova de sua existência. Assim, nada impedia que o casal em um dia formalize o contrato e no dia seguinte pedisse sua conversão em casamento. Em face do elementar princípio de **garantia de acessibilidade à justiça**, era de todo descabido a duplicidade de procedimentos.<sup>143</sup>

E, visando minar, ou melhor, extinguir a postura dos que se prendiam a menção à diversidade de sexo como condição para o casamento, o STJ, manifestou-se a respeito, de forma brilhante o Relator Ministro Luis Felipe Salomão proferiu em um trecho da ementa:

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea comum ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir

<sup>142</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 197.

<sup>143</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 196.

família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.<sup>144</sup>

Tendo em vista que a transcrição de todo o conteúdo da ementa é extenso, optou-se por transcrever apenas esse trecho, dada a medida exata da ideia que ele expressa.

Corroborando com a decisão do Supremo Tribunal Federal ao acatar a ADPF nº 132 e a ADIN nº 4.227<sup>145</sup> e com o citado acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o CNJ, por meio da Resolução 175, publicada no dia 14 de maio de 2013, pôs fim ao longo calvário trilhado pelos casais homoafetivos, preceituando “sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo”<sup>146</sup>.

E, ainda mais, o CNJ veda, nessa mesma Resolução, a possibilidade das autoridades competentes se recusarem a proceder ao casamento homoafetivo, e caso haja negação, que o fato seja denunciado à corregedoria responsável.

#### 4.5 A OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO FRENTE À UNIÃO HOMOAFETIVA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Antes de discorrer sobre a postura adotada pelo Poder Legislativo no tocante à união homoafetiva e seu embate frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso debruçar-se sobre este princípio.

Sobre o papel do vocábulo ‘princípio’ no campo jurídico, já foi feita menção no capítulo dois do presente trabalho. No entanto, faz-se necessário abordá-lo, agora, sob o prisma da dignidade humana.

<sup>144</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T4 - Quarta Turma). Recurso Especial (REsp 1183378 RS 2010/0036663-8). Recorrente: KRO, LP Recorrido: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Rio Grande do Sul, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132 RJ) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>> Acesso em 03 de maio de 2015.

<sup>146</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em:<[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf)>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

Os princípios, tidos como o eixo do nosso ordenamento jurídico, é na expressão de do professor Luís Roberto Barroso:

Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.<sup>147</sup>

Bem colocado pelo professor Luis Roberto Barroso, o princípio deve permear toda análise interpretativa e, por consequência, a prática do Direito.

O professor Rizzatto Nunes acrescenta, ainda, que “o princípio impõe-se sem alternativa de variação, (...) como algo que não comporta qualquer espécie de relativização”.<sup>148</sup>

Ao esclarecer sobre a relativização, o professor Rizzatto Nunes reconhece a força que emana dos princípios que, entre outras coisas, apresentam – se como garantidores dos direitos fundamentais. E acrescenta que “nenhuma interpretação será bem feita se for desprezada um princípio.”<sup>149</sup>

É nesse contexto que se insere o princípio da dignidade da pessoa humana, não aceita ser relativizado, no momento em que engloba a dignidade, nos dizeres da jurista Maria Berenice Dias<sup>150</sup>, a dignidade é um bem tão maior que dela descende vários outros princípios fundamentais como a igualdade e a liberdade.

Corrobora com essa afirmação, o professor Luiz Antonio Rizzatto Nunes, ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E, por isso não pode o Princípio da :Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.<sup>151</sup>

A doutrina define a dignidade como algo intrínseco ao ser humano, tal ideia , foi bem expressa nas palavras do professor Ives Gandra da Silva Martins:

<sup>147</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. Nº 16, p. 11, maio/jun. 2007. Disponível em: < [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/diferentes\\_iguais\\_lrbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf)> Acesso em: 25 de abr. de 2015

<sup>148</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

<sup>149</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

<sup>150</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>151</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de ‘ser’ humano, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer por suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais. Deve-se, nesse último caso, distinguir entre o crime e a pessoa do criminoso.<sup>152</sup>

Pois bem, tamanha importância e abrangência do princípio da dignidade que justifica sua inserção no rol dos fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>153</sup>, na Carta Magna brasileira.

A dignidade da pessoa humana vem, por assim dizer, prescrita na Constituição Federal como uma das colunas de sustentação do Estado Democrático de Direito, logo ferir tal princípio é aceitar que os mais fortes, os mais poderosos sobressaiam com relação às minorias, utilizando-se da força.

Tornar possível o acesso dos casais homoafetivos ao casamento é, com toda certeza, respeitar-lhes a dignidade. Como mencionado nos capítulos anteriores, tais casais lograram grande martírio na luta por seus direitos e pelo reconhecimento legal de suas uniões afetivas.

Contudo, como também já explicitado, a formalização das uniões homoafetivas chegou pelas mãos do Poder Judiciário, o acesso ao casamento direto ou por meio da conversão da união estável foi regulamentado por meio de uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça<sup>154</sup>, mediante requerimento do IBDFAM – Instituto de Direito das Famílias e a Comissão da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.<sup>155</sup>

O Poder Judiciário se omitiu frente ao clamor da população homoafetiva. A jurista Maria Berenice Dias declara que por trás dessa omissão esconde-se, na verdade, uma postura discriminatória:

<sup>152</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (org.) **Tratado de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 448.

<sup>153</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>154</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf)>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

<sup>155</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 328.

A única forma da população LGBTI assegurar as garantias e prerrogativas consagradas na Constituição Federal foi buscar o Poder Judiciário. O legislador se acovarda na hora de assegurar direitos a minoria alvo de tanta discriminação. (...) mas ninguém pode ficar a mercê de um Poder Legislativo inerte e preconceituoso que se nega a exercer o seu dever: editar leis que deem efetividade aos comandos constitucionais.<sup>156</sup>

Diante desse contexto, e tendo em consideração que Constituição Federal traz como pressuposto que todos são iguais perante a lei<sup>157</sup>, o Legislativo, que há muito tem recebido projetos de leis que verse sobre a diversidade sexual, haja vista que no ano de 1995 já havia sido encaminhado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.151<sup>158</sup> disciplinando a união civil entre pessoas do mesmo sexo, ao se negar a legislar sobre a temática em voga, está deixando de exercer o seu poder competência:

Qualquer violação de direito merece ser trazida a juízo, ainda que não disponha de respaldo em norma legal positivada. E, quando a jurisprudência se consolida, o legislador deveria sentir-se premido a transformá-las em normas legais. No entanto, não o faz e acaba perdendo uma fatia de poder.<sup>159</sup>

Nas palavras da autora Maria Berenice Dias, o Legislativo tem deixado, com relação a essa questão, o dever de exercer sua função. E tal postura constitui falta grave, tão grave que consiste em uma agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

As conquistas obtidas pelos casais homoafetivos no tocante ao casamento exigem, no mínimo, que o ativismo judicial seja abordado pela ótica da omissão de um órgão no exercício do Poder Estatal, no caso em voga este órgão é o Legislativo.

E é, justamente, nesse ponto que reside um desafio pensar o ativismo judicial: vê-lo e analisá-lo, não somente sob a ótica do Judiciário que age para além da competência que lhe é outorgada pela Constituição Federal, mas se faz urgente examiná-lo a partir da inércia do Poder Legislativo em fazer o que lhe é atribuído

<sup>156</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 308.

<sup>157</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>158</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 1151 de 27 de outubro de 1995. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>> Acesso em: 19 de maio de 2015.

<sup>159</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 308.

constitucionalmente, ou seja, em agir de acordo com a competência que a Carta Magna lhe confere.

## CONCLUSÃO

Ao término desse trabalho, chega-se a conclusão que a divisão do exercício do poder estatal em três órgãos decorreu de um momento histórico, no qual se fazia urgente estabelecer limites ao autoritarismo. E não só estabelecer limites legais, como garantir direitos individuais, era preciso coibir legalmente o totalitarismo imposto por governos absolutistas. Sendo assim, o Estado Liberal emergiu, sob o prisma da extrema legalidade, ou seja, a força da lei garantia a mínima intervenção do Estado, contudo isso não conteve as injustiças sociais, por isso fez-se mister evoluir para o Estado de Direito, ou seja, um Estado em que as pessoas tivessem seus direitos amparados por lei e ao Estado cabia garanti-los.

Mais tarde chegou-se a concepção de Estado Democrático de Direito, trazendo em sua essência o amparo legal, herança do Estado Liberal, porém com a preocupação sobre as questões sociais, visando minimizar as desigualdades sociais, e assegurar a representatividade política do povo.

Porém, é vital entender que a humanidade passou por grandes transformações, entre elas, a revolução tecnológica que alterou significativamente a relação entre as pessoas, tais relações tornaram-se mais dinâmicas. Esse novo contexto exigiu e vem exigindo uma redefinição por parte do Estado quanto a garantia dos direitos.

Neste ponto, torna-se significativo as críticas apontadas por Dalmo Dallari quando se refere à necessidade de rever a relação entre os Órgãos que exercem o poder estatal, em face, mesmo, dessa atual conjuntura social. Tendo em vista, que a relação de morosidade entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário leva à ineficiência do Estado em garantir direitos e, também pode cooperar para estremecer a harmonia existente no exercício de suas competências.

Fato é, que nesse novo cenário, o Judiciário tem visto multiplicar o número de ações propostas, culminando no fenômeno da Judicialização da política. uma realidade que deve ser enfrentada, uma vez que vem sobrecarregando o Poder Judiciário.

Outra questão correlacionada a judicialização é o ativismo judicial, embora motivados por fatores semelhantes, não são sinônimos, o ativismo judicial é um fenômeno em que o Judiciário age exercendo funções além do que lhe são atribuídas constitucionalmente.

Porém, o presente trabalho ocupou-se de analisar o ativismo judicial especificamente no processo de legalização do casamento homoafetivo. Ao discorrer sobre tal questão pode-se constatar que a forma como se deu o reconhecimento legal da união entre pessoas do mesmo sexo divide opiniões. Muitos doutrinadores afirmam que as decisões do Judiciário a esse respeito incidem em ativismo judicial. Outros juristas, como Maria Berenice Dias, sustentam que não, pois não pode ser taxado de ativismo a postura do Judiciário em garantir direitos.

Não tem-se aqui a pretensão de pacificar essas opiniões, o ativismo judicial é uma realidade que precisa ser analisada e sobre a qual há questões, conflitos e serem solucionados.

A proposta é que se pense o ativismo judicial, quando se fala do casamento homoafetivo, não com o foco no Poder Judiciário, mas com os holofotes voltados para o Poder que deveria ter apreciado essa questão e não o fez, no caso o Legislativo.

Segundo se pôde averiguar, inúmeras foram as tentativas de fomentar junto ao Poder Legislativo o debate de toda temática que envolve a diversidade sexual, entre elas, duas propostas de emendas constitucionais. Entretanto, os casais homoafetivos permanecem sem uma resposta do Legislativo.

O legislador, refugiado em crenças e convicções religiosas particulares, estritamente pessoais, esquiva-se de fazer o que lhe foi imputado pela Constituição Federal, legislar sobre uma demanda atual e urgente, que afeta vidas humanas, refletindo diretamente no projeto de vida de muitas pessoas.

Conforme disposto ao longo do trabalho, data de 1995 um projeto de lei postulando a regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, faz vinte anos que a população homoafetiva aguarda para que seja reconhecida e amparada por lei sua união afetiva. E em 2013, dezoito anos depois do projeto de lei em questão, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução dispondo sobre o casamento homoafetivo, quer dizer, a regulamentação veio quando a espera completou a maioria.

Quantos anos mais a população homossexual teria que esperar para obter o reconhecimento de um direito que lhe é legítimo? Esperar o tempo de uma vida que poderia ter sido vivida na plenitude de sua dignidade, somente para evitar o ativismo judicial?

Reconstruir parte do caminho percorrido pelos homoafetivos até o reconhecimento do casamento revelou que não era possível mais esperar. Dizer que o Judiciário incorreu no ativismo, no caso do casamento homoafetivo, e que o correto seria aguardar que este fosse regulado pelo Legislativo é, com certeza, ferir no cerne a dignidade da população homoafetiva.

Não se trata, pois, de uma postura maquiavélica, como muitos afirmam, de que o fim justificam os meios. Trata, isto sim, de garantir direitos, primar pelo princípio constitucional da dignidade humana.

O Poder legislativo ainda deve a toda sociedade brasileira, e não somente aos homoafetivos, uma resposta, pois quando as leis avançam na garantia e no amparo a qualquer direito legitimamente humano, como é este, toda a coletividade ganha, tornando-se, de fato, mais humana. A omissão do Legislativo constitui, portanto, uma grande contribuição ao fortalecimento do preconceito.

Logo, salienta-se, que se faz urgente analisar o ativismo judicial não com enfoque somente no órgão do Poder Estatal que agiu além das prerrogativas que lhe foram conferidas constitucionalmente, mas, sobretudo, analisar o órgão que está agindo aquém do que lhe é outorgado pela Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

25 anos de redemocratização: estabilidade política garantida pela Constituição Federal de 1988. **Notícias STF. Espaço do servidor.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118798> Acesso em 24 de maio de 2015.

ARISTÓTELES. **A Política.** São Paulo: Martins Fontes, 2001

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)** Nº17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em 22 de mar. de 2015.

BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tania; RIVEIRO, Patrícia. **Conhecimento e imaginação: sociologia para o ensino médio.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico.** Nº 16, p. 06, maio/jun. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/diferentes\\_iguais\\_lrbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf)> Acesso em: 25 de abr. de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 09, mar/abr/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

BRASIL. Congresso. Senado. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 08 de maio de 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em:<

[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf)>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil:** outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 23 de fev. de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Emenda Constitucional nº 07 de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc07-77.htm)> Acesso em 24 de maio de 2015

BRASIL. Projeto de Lei nº 1151 de 27 de outubro de 1995. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>> Acesso em: 19 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T4 - Quarta Turma). Recurso Especial (REsp 1183378 RS 2010/0036663-8). Recorrente: KRO, LP Recorrido: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Rio Grande do Sul, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)> Acesso em 01 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132 RJ) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>> Acesso em 02 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em 17 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 178 DF) nº 02607-01 PP-00001. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes, 08 de julho de 2009. Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>> Acesso em 17 de maio de 2015.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. In: Vade Mecum Saraiva. 15ª ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.367 DF) nº 14738814. Requerente: Associação dos Magistrados do Brasil – AMB. Ministro Cezar Peluso. Brasília, 22 de setembro de 2009. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738814/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df>> Acesso em: 17 de maio de 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9ª ed. rer. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

**Dicionário Michaelis**. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ativismo>. Acesso em 19 de fev. de 2015.

DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº22, 21 de jan. de 2012. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/doc/124357254/DIMOULIS-Neoconstitucionalismo-UFBA>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. **Evocati Revista**. Disponível em: < [http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp\\_page=interna&tmp\\_codigo=385&tmp\\_secao=15&tmp\\_topico=direitoproccivil&wi.redirect=7MQVH2K6885AUQ784RL7](http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=385&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=7MQVH2K6885AUQ784RL7)> Acesso em: 26 de abr. de 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Dayse Braga; COLARES, Lorena de Vasconcelos. **A politização da justiça e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ face à teoria da separação dos poderes**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa12ab68091d7471>> Acesso em: 17 de maio de 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (org.) **Tratado de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: [http://www.escolapresidentevargas.com.br/base/www/escolapresidentevargas.com.br/media/attachments/331/331/539ef6ac8641be2d6b331d74d2ecf96bc0ab67efa1c59\\_montesquieu.-o-espírito-das-leis.pdf](http://www.escolapresidentevargas.com.br/base/www/escolapresidentevargas.com.br/media/attachments/331/331/539ef6ac8641be2d6b331d74d2ecf96bc0ab67efa1c59_montesquieu.-o-espírito-das-leis.pdf)> Acesso em: 23 de fev. de 2015

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAULA FILHO. Rubem Lima de. Conselho Nacional de Justiça: justificativa da criação e conformação constitucional. **IBRAJUS – INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO**. Disponível em: < <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=69>> Acesso em: 10 de maio de 2015.

PENA, Rodolfo Alves. **Terceira Revolução Industrial**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/geografia/terceira-revolucao-industrial.htm>>. Acesso em: 19 de fev. de 2015.

**Priberam Dicionário**. Disponível em: < <http://www.priberam.pt/dlpo/democracia>> Acesso em: 24 de maio de 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. Saraiva: São Paulo, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34<sup>a</sup> ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUSA, Rainer. **Independência do Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiab/independencia-brasil.htm>> Acesso em: 24 de maio de 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.