

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NA CORTE SUPREMA BRASILEIRA: ESTUDO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI 4.277/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS UNIÕES HOMOAFETIVAS A LUZ DA CONCEPÇÃO DAS VIRTUDES PASSIVAS EM ALEXANDER M. BICKEL¹

Damião Alexandre Tavares Oliveira²

Sumário: Introdução; 1. Breves Considerações sobre o Ativismo Judicial na Corte Suprema Brasileira; 1.1. Conceito(s) de ativismo; 1.2. Figuras afins; 1.3. Algumas posições favoráveis e pontos positivos; 1.4. Algumas posições contrárias e pontos negativos; 1.5. Conclusões parciais; 2. As Virtudes Passivas em Alexander M. Bickel; 2.1 Sobre o autor, o contexto histórico e importância de sua obra; 2.2. Considerações sobre sua teoria e soluções; 3. Estudo da Decisão Proferida na ADI 4.277/DF pelo STF sobre as Uniões Homoafetivas a Luz da Concepção das Virtudes Passivas em Alexander M. Bickel; 3.1. O caso, a decisão e suas repercussões sociais; 3.2. Como o STF poderia ter se libertado desse *hard case*? De quais instrumentos poderia o Tribunal se valer? Aplicou ou não corretamente os instrumentos propostos por Alexander M. Bickel?;

¹ Adaptação do Relatório Científico apresentado ao Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito para a disciplina Justiça Constitucional I/II, sob orientação dos Professores Doutores LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. Turma: 1/2012.

² Juiz de Direito na 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova/MG. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FIC/Caratinga/MG. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Rede de Ensino LFG. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em convênio com a ESMape – Brasil. Ano 2011/2013.

Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO



Refletir sobre Justiça Constitucional do ponto de vista teórico é importante. Porém, quando se adicionam ingredientes práticos nas questões jurídicas debatidas, o direito se enriquece e o produto da pesquisa se torna mais robusto. Sem dúvida, ganham: a academia e a práxis. Não deve haver, então, para atingir a excelência, distinção entre o teórico e o prático³.

Conforme se extrai do estudo, “refletir sobre justiça constitucional significa refletir sobre democracia”⁴. Todavia, tal tarefa não é simples⁵.

A democracia se faz presente tanto no legado dos autores contemporâneos quanto dos antigos, como Aristóteles, Platão,

³ Cfr. Eduardo C. B. Bittar, em sua obra, *Curso de Filosofia Política*, p. XX: “(...) Se a política tem a ver com práxis, não há práxis sem tomada de posição, o que pressupõe conhecimento; é neste sentido que a *theoría* conduz à práxis, assim como a práxis tensiona e delimita os limites da *theoría*.”

⁴ Cfr. a interessante reflexão ‘do paradoxo da democracia ao paradoxo da revisão’ in BRITO, Miguel Nogueira de. 2000, p. 227-293. Esse paradoxo resulta do fato de cada geração se pretender livre para vincular as posteriores sem ser vinculada pelas anteriores, o que reflete sobre a constituição dos poderes constituinte e constituído de revisão. Veja-se a definição de democracia como sendo “a de um regime em que o governo é passível de ser destituído sem derramamento de sangue, isto é, em que as instituições políticas e sociais fornecem meios pelos quais os governados podem demitir seus governantes, sendo essas instituições protegidas da atuação dos dirigentes”.

⁵ Cfr. MORO, 2004, p. 14: “Existe, contudo, certa dificuldade para identificar a jurisdição constitucional como instituição própria de regimes democráticos”; “o grande desafio do debate constitucional consiste em demonstrar que a jurisdição constitucional constitui instituição compatível com o regime democrático”. Após, o autor dedica o Capítulo 2, p. 109-202, ao assunto *Democracia, Constituição e Jurisdição Constitucional*. Por fim, afirma às p. 313-317, que devido ao fato de a jurisdição constitucional “não ser imprescindível (a democracia) não a torna incompatível com a democracia”. Aliás, “a jurisdição constitucional pode ser compatível com a democracia, e será tanto mais legítima quanto mais contribuir para o seu aprimoramento”.

Maquiavel, Rousseau, Hobbes e Locke.

Nesse percurso, quando se trata de jurisdição constitucional e democracia, não se pode perder de vista a doutrina de autores como Alexander M. Bickel, Pablo Lucas Verdu, Jeremy Waldron, Griffin, Bruce Ackerman e Ronald Dworkin.

Com efeito, no presente trabalho, por sua natureza e delimitação, necessário efetuar um recorte. Para tanto, elege-se como objeto de pesquisa o autor contemporâneo Alexander M. Bickel que, em suas obras, especialmente *in The Least Dangerous Branch* (O Braço e o Poder Menos Perigoso – Judiciário), cuida das virtudes passivas do juiz.

Ao estudo teórico contrapõe-se o tema (prático e científico) do “Ativismo Judicial no STF”, o qual se aborda em linhas gerais para, ao final, proceder à análise de um caso concreto, a luz do pensamento doutrinário eleito.

Enfim, a pesquisa tende a ser reflexiva e imparcial sobre quanto o macroativismo brasileiro, a partir de um caso concreto, sob a ótica de Bickel, atrapalha (ou não) e pode vir a prejudicar (ou não) a República Democrática a curto, médio e longo prazo, provocando (ou não) um descrédito moral da Justiça Constitucional.

E mais, objetiva-se introduzir o autor e seus principais pensamentos no meio jurídico brasileiro, pois a maioria de suas obras sequer encontram-se traduzidas para o idioma oficial.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NA CORTE SUPREMA BRASILEIRA

Em nosso País, o Poder Judiciário (de maneira geral) tende a desempenhar um papel ativo na sociedade em todas as instâncias, com decisões sócio-políticas abrangentes que afetam diretamente as relações sociais⁶.

⁶ Cfr. distinção entre judicialização e ativismo em PAGANELLI; SIMÕES; JÚNIOR, 2011, p. 133-134. Alguns exemplos de ativismo judicial no Brasil são ex-

Cuida-se do ‘ativismo judicial’ praticado em todos os órgãos da justiça nacional, incluindo o Supremo Tribunal Federal, ou seja, a jurisdição constitucional redigida pelos intérpretes da constituição com cunho político-ideológico em suas decisões. Ressalte-se que a jurisdição, nessa ótica, provoca interferência no âmbito das fontes do direito constitucional uma vez que altera o seu modo de operar⁷.

No entanto, o recorte na pesquisa cinge-se à atuação da Corte Suprema (o denominado macroativismo).

1.1. CONCEITO(S) DE ATIVISMO

Uma primeira visão do fenômeno, sem se atrelar a um específico sistema jurídico, é formulada como sendo “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”⁸.

Para Dworkin, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”⁹. Alguma doutrina nacional costuma

pressos pelo autor, nos seguintes termos: “(...) referido poder passou de mero legislador passivo a um verdadeiro criador de normas. Essa postura de legislador ativo vem aparecendo de forma muito forte, como no julgamento sobre as uniões homoafetivas e a fidelidade partidária, além de a Corte ter invadido território claro do Poder Executivo ao demarcar terras no caso Raposa Serra do Sol. Vários outros julgamentos emblemáticos interferiram positivamente em nosso ordenamento, gerando normas até então não contempladas, como a questão da biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias, suspensão de direitos políticos, etc. (...)”.

⁷ Cfr. NOVELINO, Marcelo, 2012, p. 9: “Cada vez mais, a jurisdição tem assumido um lugar de destaque no âmbito das fontes, sobretudo em razão do papel desempenhado pelas cortes constitucionais na realização da Constituição. Apesar de não ser uma novidade no direito norte-americano, trata-se de um fenômeno relativamente recente na Europa, onde “as decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional” Na experiência judicial brasileira, o déficit de legitimidade e as omissões por parte do Legislativo têm contribuído para o ‘ativismo judicial’ praticado pelo Supremo Tribunal Federal”.

⁸ Cfr. RAMOS, Elival da Silva, 2010, p. 138.

⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 451-452. São Paulo, 2010. “Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as

ligar o ativismo a um dos elementos do neoconstitucionalismo no sentido de “expansão dos poderes do judiciário para conformação dos princípios constitucionais”¹⁰, em lugar da autonomia do legislador, em decorrência de um novo modelo de Estado, calcado “na primazia da Constituição; subordinação formal e material do legislador; fortalecimento da jurisdição constitucional”¹¹. Pode ser definido, também, como um comportamento judicial caracterizado pela “participação mais ampla e intensa na concretização de valores e finalidades constitucionais, com maior interferência nas atribuições dos demais Poderes”¹². Opõe-se à autocontenção judicial”¹³, que não se confunde com ‘conservadorismo judicial’.

Em síntese, costuma-se associar o instituto tanto ao modelo pós-positivista quanto ao neoconstitucionalismo e conceituá-lo como a atuação judicial que extrapola suas funções típicas para inovar no ordenamento jurídico, não apenas no campo legislativo, mas também no administrativo, em decorrência muitas vezes da omissão desses poderes e com o objetivo de efetivação de direitos constitucionais. Quando praticado pela Corte Suprema costuma ser denominado de macroativismo e nos demais casos (Tribunais e instâncias inferiores) de microa-

decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre a justiça que exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la”.

¹⁰ Cfr. VARGAS, Denise. *Manual de Direito Constitucional*, 2010, p.55.

¹¹ Cfr. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*, 2012, p. 217.

¹² Cfr. PAGANELLI; SIMÕES; JÚNIOR, 2011, p. 21. Este autor sumariza os objetivos e característica principal do ativismo no seguinte trecho: “O principal objetivo almejado é a concretização efetiva do Estado Democrático de Direito, determinado e imposto pelas Constituições. Sua característica principal é a efetiva participação da magistratura como um todo na proteção dos princípios constitucionais”.

¹³ Cfr. MORO, 2004, p. 204: “mesmo nos espaços sujeitos ao controle judicial afigura-se recomendável a postura de autocontenção. (...) Uma jurisdição constitucional excessivamente ativa não seria compatível com o regime democrático”.

tivismo.

1.2. FIGURAS AFINS

Ao lado do ativismo propriamente dito se costuma falar da ‘judicialização’ como instituto análogo, o que não é verdade, pois esse termo se refere à busca crescente do Judiciário para resolução de problemas diversos, incluindo sociais, como a questão do fornecimento de medicamentos e realização de cirurgias em pacientes graves, que poderiam ser solucionadas por outras vias, como a administrativa¹⁴, acaso o Estado estivesse mais estruturado.

Ademais, não se deve confundir um juiz ativista (no sentido de desempenhar de forma dinâmica e sábia suas funções, dentro dos limites do ordenamento) com ativismo (inovação positiva no ordenamento).

1.3. ALGUMAS POSIÇÕES FAVORÁVEIS E PONTOS POSITIVOS

Efetivação imediata dos direitos e garantias fundamentais asseguradas na Constituição da República no momento da interpretação das normas é um argumento utilizado pelos defensores do ativismo judicial, ainda que de forma contramajoritária, assegurando o direito das minorias.

Outro é o da opção do legislador constituinte originário ou derivado (por meio de emendas) em atribuir ao Judiciário instrumentos constitucionais, seja no modelo concentrado, seja no difuso para interpretar e corrigir eventuais omissões dos demais poderes da República num Estado periférico e longe de

¹⁴ Cfr. a distinção entre judicialização e ativismo, em PAGANELLI; SIMÕES; JÚNIOR, 2011, p. 132. Veja-se: “(...) a diferença reside na origem da atuação judicial além dos limites da interpretação, ou seja, *na judicialização* o fenômeno deriva da vontade do legislador constituinte em macrocondições jurídicas, e, *no ativismo*, da vontade do intérprete proativo”.

concretizar as garantias constitucionais.

Uma terceira ótica favorável ao ativismo é que não haveria na atuação ‘ativa do Judiciário’ violação do princípio da separação de poderes, insculpido no art. 2º, da CR/88, porque o ‘Poder’ na verdade é uno e o que existe, de fato, é a separação de ‘funções’. Essa, não é - e nunca foi - idealizada de maneira absoluta diante do sistema de freios e contrapesos.

1.4. ALGUMAS POSIÇÕES CONTRÁRIAS E PONTOS NEGATIVOS

Frequentes críticas são apontadas ao ativismo judicial pelos juristas (tanto na prática quanto pela doutrina): 1- falta de legitimidade democrática do Judiciário, especificamente do STF, para afrontar atos administrativos ou legislativos proclamados pelos Poderes regularmente eleitos pela população. Enfim, sua atuação contramajoritária, muitas vezes imbuída de “boas intenções”, não raro, encontra-se permeada por pressões da mídia e da opinião pública. E é nesse ponto que o tema tem intercessão com o pensamento de Bickel; 2- intromissão nos demais Poderes da República, violando a separação e harmonia entre eles, o estado democrático de direito e a própria democracia; 3- falta de democracia interna na estrutura do nosso Judiciário, que contribui para “anular alguns juizes e afastá-los da compreensão de que, no exercício de sua atividade, eles são agentes políticos comprometidos não com a vontade da maioria, mas sim com os valores colocados democraticamente na Constituição”¹⁵; 4- atritos institucionais com os demais poderes da República¹⁶; 5- surgimento de um “superpoder que se colo-

¹⁵ Cfr. COUTINHO; FRAGALE; LOBÃO, 2011, p. 134.

¹⁶ Cfr. PAGANELLI; SIMÕES; JÚNIOR, 2011, p. 124. O autor se reporta a manifestação vinculada recentemente pela imprensa onde se percebe a insatisfação do Poder Legislativo brasileiro em face de práticas supostamente ativistas. A propósito, confira-se o trecho: “O presidente do Senado e do Congresso expressou o desconforto institucional do Poder Legislativo brasileiro diante de práticas adotadas pelos

ca acima dos demais, em detrimento do postulado dos *check and balances*”. Nesse sentido, quem controlará o Judiciário?¹⁷; 6- o Poder Judiciário se transformar em um poder reformador derivado ilegítimo, contrariando o art. 60, da CR/88, criando situações ativas não contempladas pela CR/88¹⁸.

1.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

A luz da CR/88, no âmbito da competência atribuída ao STF - Supremo Tribunal Federal -, instituíram-se diversos instrumentos de atuação da justiça, incluindo os casos de omissão, quais sejam: 1- a ação de inconstitucionalidade por omissão; 2- o mandado de injunção; 3- a ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; 4- a ação declaratória de constitucionalidade– ADECON e 5- a ação direta de constitucionalidade.

Essas alterações no âmbito da jurisdição constitucional do STF, a partir de 1988, provocaram fortes impactos e discus-

outros Poderes que lhe ameaçam a primazia no desempenho de uma de suas funções primordiais, a de legislar. (...) caberia ‘definir com precisão os limites da intromissão do Judiciário na seara parlamentar’ (...)” Destarte, o autor expõe seu entendimento que: “(...) a atuação harmônica dos Poderes, preconizada em termos principiológicos pelo Constituinte, depende, em boa medida, de um *sábio e prudente exercício das competências constitucionais que lhes foram assinaladas* (...)”, o que está na linha do pensamento de Bickel (Destaques postos).

¹⁷ Cfr. PAGANELLI; SIMÕES; JÚNIOR, 2011, p. 141. No sentido da criação de um superpoder prossegue o autor dizendo que “(...) o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem ‘queimar’ etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente (...)”.

¹⁸ Idem, p. 154-157. Observe-se os seguintes trechos: “(...) A reforma constitucional tem suas regras próprias, sendo defeso ao Judiciário se dar por legitimado. O poder reformador regula e afina o constituinte. (...) Seu órgão pode ser o Legislativo comum, subordinado, embora, a processos diversos da elaboração legislativa ordinária, ou um órgão especial. (...) O artigo 60 da atual Carta traz textualmente a forma e o conteúdo do poder de reforma, *sendo inadmissível a presença do legislador ativo por meio do Judiciário* (...)”. Destaque nosso.

sões sobre o papel da Corte Suprema no sistema político-constitucional.

Uma das competências do STF consiste em atribuir eficácia e aplicabilidade aos direitos, prerrogativas e normas constitucionais. Assim, devido à inércia dos demais poderes em realizar a vontade constitucional, a Corte Suprema passou paulatinamente a controlá-los em suas omissões.

Para alguns, a omissão inconstitucional dos demais poderes, no Brasil, vem provocando uma atuação mais ativa do Judiciário. Contudo, apenas desta inércia não há como aferir se há ou não um ‘ativismo’ instalado de forma generalizada, o que precisaria ser extraído da análise acurada de um conjunto significativo de julgados em casos concretos (e ultrapassa o objetivo da pesquisa).

A despeito disso, parece que o Brasil, nessa temática, por ser um país periférico, de proporções continentais, com inúmeros problemas sociais e históricos, vem procedendo de forma diferente de outros países que procuram se manter fiéis à tradição de uma separação efetiva dos poderes, atuando o Judiciário apenas no seu campo de ação, mesmo porque nesses países as instituições tendem a um funcionamento mais eficiente, diferente do que ocorre aqui, onde as ações às vezes contrariam o princípio da eficiência da Administração Pública contido no art. 37 da CR/88.

Destarte, devemos analisar de maneira imparcial e técnica esta ‘tendência nacional’, a fim de evitar problemas futuros para o Estado e a democracia.

Fato é que quanto mais discricionariiedade tiver um magistrado, principalmente no âmbito da Corte Suprema, mais político será o caráter do seu julgamento, o que não significa ser mais ou menos justo.

Outro problema é a investidura e, conseqüentemente, o perfil dos integrantes do órgão de cúpula. O assunto encontra-se em pauta no parlamento.

Certo é que a democracia ligada ao Estado de Direito Social não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo, mas sim através da realização de seus direitos fundamentais.

Entretanto, todo cuidado nessa área é insuficiente, sob pena de se desvirtuar o sentido da separação (relativa) de poderes e nos distanciarmos do princípio fundamental estipulado no art. 2º da CR/88.

E mais: conveniente trazer à reflexão o pensamento dos clássicos, como Rousseau. Sustentava sobre o governo em geral que:

(...) Se o soberano quiser governar ou se o magistrado quiser legislar ou se os súditos se recusarem a obedecer, a desordem sucede à regra, a força e a vontade não agem mais de acordo e o Estado dissolvido tomba no despotismo ou na anarquia¹⁹.

No Brasil, percebe-se que o Judiciário vem se utilizando de instrumentos processuais, no intuito de propor (certo ou não) medidas na área de políticas administrativas, no calor dos acontecimentos e de pressões da opinião pública, para dar eficácia a direitos fundamentais e sociais. Noutra via, em algumas ocasiões, observa-se que o Judiciário não deixa de lado a discricionariedade administrativa dos demais Poderes e uma gama de princípios, como o da reserva do possível.

Para Moraes, os diversos mecanismos postos à disposição do STF (interpretações conforme à Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, Súmulas Vinculantes etc.) acabaram, por vezes, ocasionando “a transformação da Corte Suprema em verdadeiro legislador positivo”. Essa situação jurídica tornou-se de extrema relevância, não só quanto à sua possibilidade, mas quanto aos seus limites, fazendo menção à doutrina do direito norte-americano ora “como uma prática,

¹⁹ Cfr. ROUSSEAU, 2006, p. 69.

que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição”, ora como um “método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes”.

Analisa a história do ativismo judicial norte-americano que mostra, “em face de seu alto grau de subjetivismo, momentos diversos na defesa dos Direitos Fundamentais. Há, claramente, decisões ativistas alinhadas com o pensamento progressista, enquanto outras, com o mais radical conservadorismo”. E leciona racionalmente que:

O bom-senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, *com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais*²⁰. Destacamos.

Em certa medida, Moraes se alinha a Bickel ao mencionar a intervenção minimalista, de forma excepcional e quando

²⁰ Cfr. MORAES, 2011, p. 44-46.

sugere a autocontenção judicial, o que afasta os perigos decorrentes da intervenção maximalista. Além disso, extrai-se de sua obra uma leitura em sintonia com Maquiavel, pois em última análise, tende a propor uma atuação contida do Judiciário, sem excesso de subjetivismo, no intuito de preservar a República no tempo.

Em que pesem os prós e contras, o tema está em evolução e necessita adequar-se a um relativo equilíbrio, como vem se discutindo na doutrina²¹, nos meios acadêmicos e na prática forense, o que poderá ser conseguido, quiçá, com o estabelecimento de parâmetros mínimos de atuação judicial, visando ao salutar desenvolvimento jurídico e político da nação.

Enfim, necessário um estudo acurado da teoria e da prática brasileira. Mais ainda é imprescindível a análise do direito comparado para obtenção de um resultado satisfatório na temática, fruto de um raciocínio complexo.

2. AS VIRTUDES PASSIVAS EM ALEXANDER M. BICKEL

2.1 SOBRE O AUTOR, O CONTEXTO HISTÓRICO E IMPORTÂNCIA DE SUA OBRA

Diante do desconhecimento acerca do doutrinador no Brasil, necessário se faz apresentá-lo ao meio jurídico nacional e dispor sobre o contexto em que escreveu para, então, dar-lhe a palavra.

²¹ Cfr., por exemplo, MORO, 2004, p. 315: “(...) sugere-se a adoção de postura ativa nos seguintes casos: a) para a proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especificamente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para a proteção judicial de direitos titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; c) para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha. Segundo a proposta formulada, o juiz constitucional, alternará, não arbitrariamente, a autocontenção com o ativismo judicial”.

Alexander Mordecai Bickel, de acordo com informações extraídas de seu livro *A Ética do Consentimento*²², nasceu em Bucareste, na Romênia, mas transferiu-se com sua família para os Estados Unidos aos 14 anos. Durante a Segunda Guerra Mundial serviu na Europa.

Nos Estados Unidos formou-se em Direito pela Universidade de Harvard em 1949. Trabalhou durante vários anos para o Departamento de Estado e foi o representante americano na Comunidade de Defesa da Europa.

Foi à sua época uma das mais respeitadas e influentes autoridades em Direito Constitucional nos Estados Unidos. Lecionou na Universidade de *Yale* a partir de 1956. É citado frequentemente em questões jurídicas e políticas naquele país. Faleceu aos 49 anos de idade, em 7/11/1974.

Naquele período, escreveu diversos livros, entre os quais se destaca *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court and Idea of Progress* (1963), baseado em conferências realizadas na Faculdade de *Havard*, sem tradução em Português.

Ademais, foi autor de inúmeras produções científicas, a maioria sem traduções, segundo se depreende da obra encontrada em Português, denominada *A Ética do Consentimento* (Agir, 1978), que também nos serviu de base para a abordagem do tema, pois retrata a evolução das virtudes passivas, em diversos segmentos.

A despeito de não se constituir no ponto crucial da obra, porque baseada numa série de conferências pronunciadas na Universidade de *Yale*, em 1973, abarca a essência de sua filosofia política, jurídica e os elementos que para ele devem perdurar nas relações entre governo e governados na sociedade americana. Explora, minuciosamente, o conceito doutrinário de cidadania, implícito em Locke, com sua intolerância da deso-

²² Cfr. BICKEL, Alexander M. *A Ética do Consentimento*. Tradução de Waltensir Dutra. Agir, 1978. 1ª e 2ª orelhas.

bediência civil, em comparação com o conceito Burkiano²³ dos direitos individuais, que implicam intolerância e desobediência.

Relativamente a *The Least Dangerous Branch* “O Braço Menos Perigoso”, Bickel o escreveu no final dos anos 50 e começo dos anos 60 quando a Jurisdição estava preocupada no mínimo tanto consigo mesmo quanto com a Suprema Corte dos Estados Unidos, num contexto onde a sociedade americana vivenciava decisões de desagregação que forçavam os estudantes do Tribunal ao retorno das questões fundamentais do Direito Constitucional: a justificativa e o âmbito de revisão judicial.

No prefácio da obra, em tradução livre, aborda o reconhecimento que a Corte é um Tribunal de Lei e defende a tese de que quando este alcança os méritos de um caso deve decidir de acordo com princípios neutros. E enfatiza-se, o texto de Bickel apresenta uma ótica distinta do Direito Constitucional recomendando aos operadores desse ramo que para evitar riscos ou erros: não se deve trabalhar nesse campo, sem se dar conta dessa visão.

Ademais, prefacialmente, já se constata uma das preocupações centrais dele, a saber: que a revisão judicial é uma prática contramajoritária (de natureza não-democrática) e se afirma que o livro de 1962 permanece no centro do debate que ocupava (e ocupa) o coração do Direito Constitucional. Afirma-se, ainda, que o que separa as decisões constitucionais de outras decisões governamentais importantes pode não ser que

²³ Sobre a biografia e principais pensamentos de Edmund Burke, considerado ‘o fundador do conservadorismo moderno’, confira-se KINZO, 2012, p. 14-45. Destaca, entre outras, como “sua mais importante obra: *Reflexões sobre a revolução em França*, publicada em 1790”, onde Burke discute naquele contexto “as idéias radicais que impulsionaram a Revolução (...) as idéias fundamentais que animaram o movimento, tais como a questão da igualdade, dos direitos do homem e da soberania popular; alerta contra os perigos da democracia em abstrato e da mera regra do número; e questiona o caráter racionalista e idealista do movimento”. Ademais, exalta “as virtudes da Constituição inglesa, repositório do espírito de continuidade, da sabedoria tradicional, da prescrição, da aceitação de uma hierarquia social e da propriedade, e da consagração religiosa da autoridade secular”.

elas sejam tomadas por juízes eleitoralmente irresponsáveis, mas que elas pareçam ser definitivas, considerando que, às vezes, decisões constitucionais não podem ser alteradas por outros setores do governo, apenas por meio do processo de emenda constitucional intencionalmente mais dificultoso (emperrado).

No livro se destaca que muitos poucos advogados constitucionais (nos EUA) exploravam os aspectos da visão de Bickel da teoria constitucional. O que se dirá, então, do Brasil que (além da inexistência de tradução da obra) apenas em alguns poucos trabalhos acadêmicos faz uma superficial menção ao fato de o autor ser o ‘criador’ da terminologia ‘dificuldade contramajoritária’.

É nesse cenário de inacessibilidade do conteúdo desses pensamentos pela maior parte dos juristas brasileiros que o trabalho ganha importância, sendo mesmo necessária a tradução de suas obras para que os operadores possam (ao menos) refletir sobre a teoria proposta pelo autor, a atualidade do tema e sua possível aplicação nos casos difíceis colocados à cargo da jurisdição constitucional, especialmente no que se refere aos grandes temas nacionais analisados pela nossa Corte Suprema.

2.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA TEORIA E SOLUÇÕES

A propósito, conferindo a palavra ao autor, observa-se que escreveu, dentre vários temas, especialmente sobre as virtudes passivas do magistrado, as técnicas para não decidir, quando uma decisão seria imprudente para a nação.

Indo adiante, identificou a dificuldade contramajoritária da Justiça Constitucional.

Para ele, quando um Tribunal decide sobre a inconstitucionalidade de uma lei, está a ir contra a maioria, os represen-

tantes do povo, eleitos por metade mais um dos eleitores²⁴. A maioria se traduz para ele, então, no sentido estatístico.

Logo, a fiscalização judicial convive mal com a democracia e seria uma instituição desviada, pois vai de encontro a três principais questões: 1- lógica da democracia - governo da maioria – metade mais um; 2- qualidade da democracia – A fiscalização irresponsabiliza a maioria pelos seus erros na sua própria formação e essa situação tem um efeito perverso na qualidade da democracia, pois eleitos e eleitores são irresponsabilizados. Cientes que o Judiciário fiscaliza os eleitos, os eleitores se sentem menos obrigados politicamente, exercendo a cidadania de forma descomprometida; 3- limitada força institucional dos magistrados, pois estariam afrontando em sua atuação uma lei aprovada pelo parlamento. Muitas vezes a lei é aprovada por pressão da maioria (opinião pública) e, dessa maneira, o Judiciário ficaria em uma situação difícil, ou seja, “com a criança nos braços”²⁵.

Cuida Bickel, em sua obra, dentre outros, do caso *Brown v. Board of Education* – no qual o Tribunal Americano, em 1954, invalidou leis segregadoras às escolas (leis separatistas) - contra a pressão popular. Ao comentar sobre esse caso menciona que o Tribunal supõe ‘com frequência e facilidade’ que um princípio de Direito Constitucional por ele proferido se torna imediatamente lei do país porque, do contrário, o “resultado seria o fracasso do sistema, um fracasso da capacidade de impor a lei, um fracasso de energia”²⁶.

²⁴ Cfr. Bickel, Alexander M. A ética do Consentimento. Agir, 1978, p. 101. “A lei é a vontade da maioria, ou uma norma obrigatória, expressa de maneira coercitiva, e que só pode tolerar estreita margem de discordância e de isenção”.

²⁵ Expressão empregada em sala de aula pelo Professor Doutor Luís P. Pereira Coutinho, para explicar a situação difícil em que fica o Judiciário, quando não adota, em seu modo de agir, a teoria de Bickel.

²⁶ Idem, p. 115-116. Prossegue na análise do caso de *Little Rock* em 1957, o primeiro de integração depois do processo *Brow*, e afirma que: “(...) o Tribunal afirmou que um princípio constitucional, uma vez fixado pelo Supremo Tribunal, cria um dever entre todas as pessoas interessadas (...). O tribunal não disse que os cidadãos

Então, verbera que nessas situações haveria o risco das decisões serem desobedecidas e, portanto, ocasionar a destruição da Justiça Constitucional.

Prossegue no sentido de que sem garantia interna a Constituição estaria a prazo.

Para Bickel, as soluções estão no socorro a instrumentos que preservem o papel da Justiça Constitucional (que não afrontem diretamente a política). São as denominadas virtudes passivas.

Consistem na busca de doutrinas que inibam a própria atuação da Justiça Constitucional, ou seja, que encontrem uma questão que não entre no mérito da lide, pois o Tribunal não deve arrogar-se jurisdição quando está em causa uma questão política.

As virtudes passivas, em linhas gerais, são mecanismos²⁷ que podem permitir ao juiz não decidir em casos difíceis como,

em geral têm obrigação de obedecer às suas determinações, mas esse ponto estava claramente implícito. Quando as decisões do Tribunal atingem interesses limitados e seu prestígio é suficiente para impor a aquiescência geral à sua vontade, o processo se desenrola normalmente. *Mas não quando os julgamentos do Tribunal afetam pontos de tensão séria na sociedade.* Isso porque a base de toda lei – jurídica, legislativa ou administrativa – é consensual. Estamos dispostos, ou devemos estar, a pagar apenas um preço limitado na coação das minorias. *Sempre que uma minoria é bastante grande ou decidida ou, como no caso Brown, estrategicamente situada, não chegamos a ter a lei.* Devemos, então, criar maior proporção de consentimento, ou reconsiderar a posição da minoria. *Devemos, nessas circunstâncias, recorrer a outros métodos que não a lei coercitiva.* Métodos de persuasão e estímulo, apelo à razão e valores comuns, apelo ao interesse, não apenas material, mas também interesse político. *Agimos com a compreensão de que a lei deve firmar-se antes de ser efetivamente imposta e que, num sentido bastante real, ela ainda é provisória (...)*. Destaques nossos.

²⁷ Cfr. alguns desses mecanismos em MORO, 2004, p. 206-207: “adoção de estratégias de interpretação tradicionais, ou mais apegadas ao texto”, “aplicação de técnica minimalista de decisão, buscando resultado apenas para o caso que se apresenta e evitando-se a formulação judicial de princípios ou regras amplas” e “talvez mais relevante que essas duas técnicas de decisão seja a própria arte de não decidir”. E conclui, citando Bickel: “a não-resolução judicial de controvérsia constitucional é melhor do que a má resolução (...) Resolvendo-a mal, ele desestimula a continuação do debate pela sociedade civil ou pelos demais órgãos políticos (...) Daí a valia da postura de autocontenção (...)”.

por exemplo, o do orçamento do Estado de Portugal pelo Tribunal Constitucional que, se invalidado poderia acarretar graves consequências financeiras para aquele País, a exemplo da crise que já vinha assolando o restante da Europa.

Há uma série de mecanismos ou doutrinas de que o Tribunal se utiliza para evitar decidir o mérito da causa. Algumas são enumeradas pela doutrina: *political question doctrine* (doutrina das questões políticas), *mootness*, *ripeness*, *standing* e *certiorari*²⁸. “São instrumentos técnicos típicos do processo americano, que eventualmente encontram equivalentes em outros sistemas”²⁹.

Cláudio Ari Mello formula três concepções básicas para a auto-restrição judicial, quais sejam: concepção interpretativa ou normativa-estrutural, concepção prudencial (onde se insere a obra de Bickel como grande marco doutrinário dessa visão) e concepção garantista³⁰.

²⁸ Cfr. MELLO, 2004, p. 219: “*Writ of Certiorari* do sistema norte-americano onde a corte aprecia discricionariamente quais casos serão decididos no mérito, sem fundamentação; *Standing doctrine* igualmente requer que o litigante tenha sofrido um prejuízo de um tipo que os tribunais estejam dispostos a reconhecer como sendo um prejuízo causado por uma ação inconstitucional adotada pelo órgão governamental réu da ação, e provável de ser eliminado ou pelo menos aliviado por algum remédio que os tribunais estão em condições de garantir; *Doctrine of ripeness* em que se proíbe o exame de casos que padeçam de imaturidade processual e que sejam frutos de especulação ou expectativas contingenciais; *Doctrine of mootness* aplicada a casos cujo mérito não seja atual e tenha ficado prejudicado pela superveniência de circunstâncias de fato e de direito que tornem desnecessário o pronunciamento judicial; *Stare decisis* como respeito aos precedentes objetivando o seguimento pela Corte das decisões adotadas, a não ser que tenha bons motivos para superá-los”.

²⁹ Cfr. a tese apresentada por Conrado Hübner Mendes, intitulada *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, em 2008, ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política, p. 104. Orientador: Prof. Álvaro de Vita.

³⁰ Cfr. MELLO, 2001, p. 266-286. *Concepção interpretativa ou normativa-estrutural* (onde a definição das restrições jurisdicionais é um problema unicamente de hermenêutica constitucional, bastando ao juiz interpretar adequadamente as normas constitucionais para descobri-las); *Concepção prudencial* (o modo mais adequado para a definição dos limites entre jurisdição, legislação e administração é o recurso à prudência judicial, vale dizer, ao exercício de uma razão prática judicial

Baseado nessas premissas (especialmente na prudencial) o Tribunal necessita ter “sensibilidade para o exercício dessa tarefa mais *sutil* de não decidir, de saber *se, quando e quanto decidir*, perguntas inadmissíveis para concepções rígidas da revisão judicial”³¹.

Segue-se que a atividade da Justiça Constitucional é política e, logo, quando não exercida assim, deixa de ser benéfica para a preservação da República.

Pois bem. Como tratar dos problemas dos direitos sociais no Brasil onde os Tribunais se inclinam a entrar em papéis que não são ontologicamente seus, e quais efeitos serão sentidos posteriormente? A resposta foge à esfera unicamente teórica, porque envolve a análise do caso concreto. Contudo, revela a importância do conhecimento mais acurado da tese de Bickel pelos juristas brasileiros.

Indo adiante, a Justiça Constitucional deve avaliar o tempo (século), e não prejudicar a República, evitando-se a comoção do povo. Nesse espectro, a Justiça Constitucional fala pela vontade geral, mas deve agir com cuidado (cautelosamente), e com bastante critério tendo como base essa ótica.

A garantia última da República é a interna (vontade geral – ‘terra debaixo dos pés’ segundo Bickel) e não a externa (Jus-

especializada em deliberar bem em face das contingências específicas dos casos constitucionais, sem pautas normativas abstratas como guias hermenêuticos imperativos) e *Concepção garantista* (quando estiver em jogo a garantia de direitos e princípios fundamentais das constituições o juiz constitucional não deve recorrer a qualquer método de autocontenção; ao contrário, é seu dever conferir máxima efetividade à ordem constitucional). Essa última pode ser subdividida em três abordagens diferentes: (i) *garantismo holístico ou orgânico* (concepção maximalista de constituição e jurisdição constitucional – não tendo assento a doutrina da auto-restrição judicial); (ii) *garantismo liberal* (exclui a autolimitação judicial unicamente para os direitos e garantias liberais) e (iii) *garantismo social* (estende a blindagem a todos os direitos fundamentais, incluindo os sociais).

³¹ Conrado Hüber Mendes, 2008, p. 104. E acrescenta o doutorando à p. 105 que: “(...) ao evitar decidir, a corte estimula um colóquio (colloquy) com os outros poderes e a sociedade. (...) modera extremos e previne que a sociedade se divida. (...) A corte deve ter sabedoria para deixar o colóquio decantar novos valores, e decidir somente quando a solução pareça uma decorrência natural desse processo (...)”.

tiça Constitucional). O poder está nas mãos do educador. É isso que sustenta a ordem. E não a justiça constitucional. A falta de educação contribui apenas para o surgimento de demagogos, exploradores dos sentimentos, com sérios reflexos para a República.

Recomenda Bickel a conciliação da Justiça Constitucional de forma a ser exercida sabiamente para que não haja a falência do Estado.

Em suma, Bickel se alinha (em certo sentido) aos pensamentos de Maquiavel. Esses se encontram presentes na obra de Bickel, o que encontra ressonância na doutrina Portuguesa capitaneada por Luís P. Pereira Coutinho³². Em Maquiavel, afirma-se que a República estava orientada a uma finalidade política, no século (tempo). Porém, uma nova concepção de política está colocada, não como algo mal, mas sim com a finalidade de preservação da República no tempo.

Tanto é assim que a obra *O Príncipe* (guardadas as devidas proporções históricas e interpretativas) continua a servir de norte para diversos governantes em suas relações políticas internas e externas. Dentre diversas passagens, o aconselhamento do príncipe baseado no “proceder por forma equilibrada, com

³² Cfr. COUTINHO, 2012, p. 5. In: *O FACTO DO PLURALISMO E A FISCALIZAÇÃO JUDICIAL DA CONSTITUCIONALIDADE*: “Com efeito, muito interessantemente, Bickel aconselha a jurisdição constitucional no exacto mesmo espírito em que Maquiavel outrora aconselhou o príncipe. Exorta a jurisdição constitucional a agir por vezes, não como um “leão”, mas como uma “raposa”. Tal em ordem a manter a sua autoridade não desafiada e a inerente estabilidade da república em contextos políticos difíceis – contextos nos quais “ir demasiado longe” poderia culminar num desafio à sua autoridade e numa inerente confusão quanto a questões nucleares de obrigação e obediência política. Em tais contextos, a jurisdição constitucional virtuosa seria aquela que se abstinisse de concretizar ou implementar normas constitucionais, isto é, *que resistisse a agir de acordo com critérios normativos*. Pedia-se pois à mesma jurisdição que se guiasse não pela norma mas pelo “instinto”, assim na expressão distintamente maquiavélica de Bickel. Deste modo, Bickel preconiza uma necessária *autonomia* da acção da jurisdição constitucional relativamente a critérios constitucionais no exacto mesmo espírito em que Maquiavel preconizou uma autonomia da acção do príncipe relativamente a critérios de natureza normativa, religiosos ou morais”.

prudência e humanidade³³” demonstra a similitude com que Bickel aconselhou a Corte Constitucional.

Vislumbra-se, também, uma conexão (ainda que não intencional) entre algumas ideias de Bickel (considerando os diferentes contextos históricos) e dos ensinamentos de *Sun Tzu*, sobre o pensamento estratégico, dirigido ao exército e seus generais, caso se faça uma leitura apropriada de alguns trechos, com apoio numa metáfora entre a guerra e o processo. Observem-se os ensinamentos:

“O verdadeiro objetivo da guerra é a paz”.
“Um bom general avança sem desejar glória, e se retira sem temer os castigos. Seu desejo é, apenas, o de proteger o povo e cuidar do soberano. Um general assim é um bem precioso para o Estado”.
“Aja somente dentro dos interesses do Estado; se não pode vencer, não lute; se estiver em perigo, não lute. Um soberano não pode lutar apenas por vingança. Uma pessoa com raiva pode recuperar a serenidade, e o ressentido pode ser apaziguado, mas um Estado arruinado não se recupera, e os mortos não podem voltar à vida. Por essas razões, o governante sábio é prudente, e o bom general é ponderado. Assim o Estado fica seguro, e o exército ficará firme”³⁴.

Ora, numa leitura contemporânea, considerando a ‘guerra’ como a lide, o Tribunal Supremo o ‘general’ do Estado e defensor da Constituição, o ‘avanço’ e a ‘retirada’ como as virtudes da prudência nas decisões, essas soluções estratégicas (sentenças e acórdãos) estariam de acordo com as virtudes passivas de Bickel, objetivando a preservação da República no tempo.

³³ Cfr. MAQUIAVEL, 2009, p. 146.

³⁴ Cfr. os seguintes trechos em *A Arte da Guerra: os treze capítulos originais*, p. 101, 2012.

A jurisdição, permeada por esses raciocínios, trata-se de uma atividade dominada pelo instinto e pelo intelecto.

Entretanto, ao contrário de Jeremy Waldron, Bickel não pretende acabar com a Justiça Constitucional e nisso fica aquém daquele.

Bickel faz um diagnóstico da instituição judiciária e suas dificuldades sendo, de fato, uma obra indicada como leitura reflexiva e obrigatória para os magistrados.

Na obra *A Ética do Consentimento*, apesar de se empenhar em outras temáticas, deixa transparecer que continua firme na forma de atuação da Jurisdição Constitucional proposta inicialmente.

No capítulo 1, que trata do *Constitucionalismo e do Processo Político*, ao cuidar sobre o fim da guerra do Vietnã em um contexto de imposição dos contratualistas liberais para declaração de inconstitucionalidade da ‘própria guerra’, o autor afirma que a tentativa falhou ‘não porque a guerra não fosse inconstitucional’, pois em sua opinião, o Presidente Johnson excedeu em sua autoridade constitucional ao estender a guerra, “mas porque, como questão prática, o recurso ao setor político de governo, e não ao judiciário, parecia ser o melhor remédio”³⁵.

Nesse capítulo, no subtópico *O Supremo Tribunal e a Evolução dos Princípios*, estabelece que (a luz da Constituição Americana) poucos são os princípios claramente inscritos na Constituição reconhecendo, entretanto, que são necessários, “evoluíram e devem continuar a evoluir à luz da História e das novas circunstâncias”, mas a elaboração das diretrizes “resulta principalmente do processo político”.

Citando o voto vencido do Juiz Holmes, em 1905, afirma que a Constituição “é feita para pessoas de opiniões fundamentalmente diferentes”, acrescentando que poucas soluções definidas e amplas em assuntos de política econômica e social po-

³⁵ Cfr. BICKEL, 1978, p. 18.

dem ser deduzidas dela”.

Com efeito, os juízes abstraídos das instituições políticas e delas afastados por várias ordens de magnitude, não devem jamais “impor uma resposta à sociedade simplesmente porque lhes parece prudente e sábia, pessoalmente, ou porque acreditam que uma solução – sempre provisória – a que chegam as instituições políticas é tola”.

Sustenta, nesse subtópico, que a obrigação final do Tribunal é “agir cautelosamente, esforçando-se por atingir decisões de pequeno alcance, mais hesitante em negar princípios sustentados por segmentos da sociedade do que pronto a afirmar princípios gerais para todos, preocupado com o papel dominante das instituições políticas e sempre ansioso por chegar a concessões e acomodações, antes de declarar princípios firmes e sem ambigüidade.”

Por sua vez, Bickel espera que:

(...) o Tribunal nos formule princípios, cujos limites possam ser sentidos mas não definidos, e expressos mais como advertências do que como regras. Confinada a uma profissão, a explicação de princípios é disciplinada, impondo padrões de sinceridade, rigor e clareza analíticos. O Tribunal deve argumentar, não sentir, explicar e justificar os princípios que formula de maneira mais racional e exaustiva possível. Ele não pode, em si mesmo, criar valores, mas deve buscar relacioná-los – pelo menos analogicamente – com os julgamentos da História e da filosofia moral. Pensamos, em geral, no Tribunal como um órgão de decisões, mas ele, com mais freqüência, ratifica ou, o que é ainda menos, não desaprova, ou menos ainda, decide não decidir. E mesmo quando se avoca um pronunciamento de valor, fá-lo tendo em vista as lições do passado e as possibilidades do futuro, muito mais

do que o presente”.

Descreve que, em 1905, “os juízes estavam produzindo soluções anuais para questões sociais e econômicas, à base de convicções pessoais sobre o que era aconselhável” e defende a impossibilidade dessa posição, o que voltou a acontecer na década de 1960 quando a “maioria dos juízes, sob a presidência de Earl Warren, voltou a ditar soluções a problemas sociais e por vezes econômicos”, com base nas modernas noções de progresso da época e não à Estática Social do primeiro período.

Ainda nesse subtópico da obra, suscita uma questão relevante: a do aborto. Narra que, em 22/01/1973, o Tribunal Americano procurou solucionar a questão. Assim, no lugar das várias leis estaduais sobre o problema, controversas, o Supremo Tribunal “prescreveu uma lei praticamente uniforme, dele mesmo”. E descreve como foi a solução:

Decidiu que durante os três primeiros meses de gravidez uma mulher e seu médico podem decidir sobre o aborto, livres de qualquer interferência do Estado, exceto pelo fato de exigir que o médico seja devidamente licenciado. Nos três meses seguintes, o Estado pode impor regulamentações de saúde, mas não proibir o aborto; nos últimos três meses, o Estado pode, se assim o desejar, tanto proibir como regulamentar o aborto.

No entanto, tece diversas críticas e indagações à decisão: 1- por que o Tribunal impediu a regulamentação, pelos Estados, dos locais onde o aborto deve ser feito?; 2- se as decisões modelares do Tribunal são em geral inteligentes, qual a justificação para a sua imposição?; 3- por que determinada lei, e não outra sobre as razões justas para o divórcio ou sobre a adoção de crianças?

Em suas palavras:

As provas médicas, diz-nos agora o Tribunal, mostram não haver grande risco nos abortos nos

três primeiros meses da gravidez. Muito bem. Também é claro que o feto não é um ser existente, nas primeiras fases da gravidez, não tendo por isso direito à proteção constitucional, e a Constituição não pode ser interpretada como uma proibição ao aborto. Ainda aqui, muito bem. Mas o feto não é uma vida em potencial, e o Tribunal reconhece que a sociedade tem interesse legítimo nela. Também o têm o indivíduo – a mãe, e seria de supor que também o pai; esse interesse poderia ser caracterizado como uma exigência de vida privada, que em certos contextos a Constituição assegura. O interesse do indivíduo, no caso, sobrepõe-se ao interesse da sociedade, nos três primeiros meses, e sofre limitações apenas pelas considerações de saúde, nos três meses seguintes. No terceiro trimestre, porém, predomina a sociedade.

Sobre o assunto continua a indagar: 1- não deveria o problema ter sido deixado ao processo político, que nos diferentes Estados pode chegar a uma, mas a muitas acomodações, que seriam ajustadas de tempos em tempos às modificações de atitudes?; 2- A decisão do Tribunal foi um ‘exercício extravagante’ de poder judiciário segundo o voto vencido do Juiz White; 3- foi uma decisão mais legislativa do que jurídica, segundo sugerido pelo Juiz Rehnquist?

Conclui, então, que a legislação ordinária, aprovada pelos legisladores ‘e não pelos juízes’, é felizmente menos rígida e menos presunçosa de universalidade e permanência, ilusórias, pois o contínuo processo político que se segue à declaração da lei é outra disciplina a que o Tribunal está sujeito³⁶.

Essa decisão, ao que tudo indica, repercutiu de forma ‘negativa’ nos Estados Unidos por um longo período.

³⁶ Todas as citações dos últimos doze parágrafos se encontram em BICKEL, *A Ética do Consentimento*, 1978, p. 34-39.

É que mais de 20 anos depois, Dworkin, em sua obra *Domínio da Vida*, sustenta que a “guerra do aborto” parece mais acirrada e violenta nos Estados Unidos do que em qualquer outro lugar, pois, segundo diversos analistas, a “principal causa” da natureza beligerante sobre o debate da questão naquele país está assentada no modo como se criou o direito norte-americano sobre o aborto pois a “legislação não foi imposta não depois de lutas e acordos políticos, mas sim por decreto do Supremo Tribunal”. E, como naquele país, após a manifestação do Tribunal, “nenhuma outra instância governamental pode contrapor-se à sua decisão por maior que seja a desaprovação popular a ela”, a não ser por emenda constitucional, o que é extremamente difícil na prática daquele país, aquela mesma decisão mencionada por Bickel no famoso caso *Roe contra Wade* (adotada por nove juízes que sequer haviam sido eleitos para seus cargos mas nomeados e de forma não unânime) continua a prevalecer até hoje, mudando radicalmente as leis anteriores de quase todos os cinquenta Estados norte-americanos, provocando o início da “guerra do aborto” que desde então “só fez aumentar de intensidade”³⁷.

E continua Dworkin. Segundo alguns analistas, se a decisão em pauta vier a ser “revogada algum dia, o povo norte-americano terá a oportunidade de refletir e chegar a um acordo conjunto, estado por estado, pelas vias normais da política, que produza soluções conciliatórias com as quais todos possam conviver. Até o momento, porém, há poucos indícios de que assim seja”³⁸.

Com efeito, a exposição mostra como esse tipo de decisão pode provocar efeitos concretos, beligerantes e duradouros para o Estado. O que nos leva, uma vez mais, à reflexão sobre o tendente ativismo judicial da Corte Suprema em nosso País.

Nesse diapasão, dentre as intituladas decisões ativistas

³⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. 2009, p. 5-9.

³⁸ *Idem*, p. 10.

proferidas no Brasil, elegemos para análise concreta, sob a ótica da visão de Bickel, aquela proferida pelo STF na ADI n. 4.277/DF.

3. ESTUDO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI 4.277/DF PELO STF SOBRE AS UNIÕES HOMOAFETIVAS A LUZ DA CONCEPÇÃO DAS VIRTUDES PASSIVAS EM ALEXANDER M. BICKEL

3.1. O CASO, A DECISÃO E SUAS REPERCUSSÕES SOCIAIS

Em 05/05/2011, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu a ADI n. 4.277/DF³⁹, cujo objeto consistia na submissão do art. 1.723, do CC/02 à “interpretação conforme a Constituição”, para conferir idêntico tratamento das uniões homoafetivas às heteroafetivas.

A decisão foi proferida em conjunto com a ADPF 132/RJ, na qual houve perda parcial do objeto e recebimento, na parte remanescente, como ADI, considerando que objetivava (a ADPF) a declaração da validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, com a supressão dos processos judiciais cujas decisões tomaram rumos opostos. No mérito, a ADPF 132/RJ, visava à aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas e, subsidiariamente, o seu recebimento como ADI.

Acabaram os Ministros, então, a relatar e julgar conjuntamente a ADI n. 4.277/DF e a ADPF 132/RJ, reconhecendo nelas os mesmos fundamentos e pedidos. Em suma, a decisão⁴⁰

³⁹ Cfr. ADI n. 4277/DF - Distrito Federal, tendo como relator o Ministro Ayres Britto, publicada em 14/10/2011 no Diário do Judiciário (DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011).

⁴⁰ ADI 4.277/DF. EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONS-

julgou procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para, ante a possibilidade de interpretação discriminatória do art. 1723, do CC/02, não resolúvel a luz dele próprio, aplicar a técnica da “interpretação conforme à Constituição”, excluindo do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, seguindo

TITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. (...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRA-TERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCCIONISTA. (...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...) 5. *DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO*. *Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.* 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (...). (Destaque nosso).

as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Dentre outros, os principais fundamentos dos Ministros cingiram-se à aplicação dos princípios da igualdade de tratamento, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica (incerteza quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas) e proporcionalidade.

Importante ressaltar (para compreensão da decisão) o que dizem os artigos 226, § 3º, da CR/88 c/c 1723 do CC/02⁴¹, ou seja, que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre homem e mulher* como entidade familiar, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Da leitura do voto condutor, percebe-se que, em suma, utilizou-se como fundamentação os arts. 3º, IV (vedação de tratamento discriminatório em razão do sexo como um dos objetivos da República), art. 5º, II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei – tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido – silêncio normativo ao instinto humano na sua preferência ou orientação sexual), art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), todos da Constituição da República de 1988.

O relator fundamenta sua posição acerca da sexualidade como direito fundamental e bem da personalidade, de acordo

⁴¹ Cfr. VADE MECUM, 2012, p. 88-89 e 291. Art. 226, CR/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O Casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre homem e mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (...). Art. 1723, CC/02. É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (Destaques postos).

com o art. 1º, III, da CR/88. Afirma que no século XXI deve preponderar a afetividade sobre a biologicidade. Cita a recomendação da União Européia aos Estados-Membros para modificar a ‘legislação’ pelo ‘Poder Legislativo’.

Por sua vez, interpreta o instituto da família nos termos do art. 226, da CR/88 e seu capítulo de forma não-reducionista.

Entretanto, da leitura do Acórdão, verificam-se divergências quanto à fundamentação e a preocupação dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandoski sobre a utilização do instituto da ‘interpretação conforme’ (na hipótese discutida) diante do teor dos dispositivos questionados. Ainda assim, registrando suas preocupações, acabaram acompanhando o relator (reconhecendo a união como uma ‘nova forma de entidade familiar não prevista no ordenamento’), o que, somado aos votos dos demais Ministros, não influenciou no resultado do julgamento (dispositivo), que acabou se tornando unânime.

A decisão em pauta causou, imediatamente, enorme comoção social e nos meios jurídicos. Daí advieram posicionamentos antagônicos a respeito do tema.

Favoravelmente à decisão, se manifestou a OAB que no artigo *Decisão do STF sobre união homossexual é reconhecimento da igualdade e dignidade*, publicado em 6/5/2011, por ter reconhecido na prática a aplicação dos princípios da igualdade e dignidade humanas⁴².

Em sentido oposto, opinou a CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil) em matéria publicada em 11/5/2011, com a rubrica *CNBB critica decisão do STF sobre*

⁴² Brasília - A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) comemorou a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de reconhecer a união estável de homossexuais. Para a entidade, a decisão é o reconhecimento dos princípios da igualdade e da dignidade do ser humano previstos na Constituição. "Trata-se de um fato presente na vida da sociedade brasileira e que merecia reconhecimento pelo Judiciário no sentido de garantir os direitos decorrentes de uma situação semelhante à da união estável", disse o presidente da OAB, Ophir Cavalcante, por meio de nota. O STF decidiu nessa quinta que casais homossexuais podem ser incluídos no regime jurídico de união estável e se beneficiar de todas as consequências desse fato.

união homoafetiva, sob o argumento que o exame da matéria caberia ao legislativo e não ao Judiciário⁴³.

Em ótica semelhante, se pronunciaram os evangélicos, em 20/6/2011, no artigo *Evangélicos tentam anular decisão do STF sobre união homoafetiva aduzindo que o Judiciário vem praticando um ativismo judicial perigoso pois não teria legitimidade democrática para alterar nenhuma norma*. E faz a seguinte proposição: “É como se o Parlamento, em nome da demora do poder Judiciário, avocasse processos aqui para que nós pudéssemos dizer a sentença”⁴⁴.

No meio jurídico, diversos doutrinadores nacionais já se posicionavam favoravelmente (e foram mencionados no próprio acórdão⁴⁵) sob os mais variados argumentos, dentre os

⁴³ A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) aprovou hoje, durante sua 49ª Assembleia Geral, reunida em Aparecida (SP), uma nota na qual estranha que o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha se pronunciado sobre a união homoafetiva, porque, em sua avaliação, o exame da matéria caberia ao Legislativo. "Preocupa-nos ver os poderes constituídos ultrapassarem os limites de sua competência, como aconteceu com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal", afirma o documento.

⁴⁴ Confirma-se o trecho: Achamos que o remédio para isso é o Parlamento aprovar um projeto de decreto legislativo, com fundamento na Constituição Federal, que diz caber ao Parlamento zelar pela sua competência. O remédio que tem é sustar, através do decreto legislativo, os efeitos dessa decisão (do Supremo)", disse o presidente da FPE, deputado João Campos (PSDB-GO). "Agora, se a Casa terá esse mesmo entendimento e irá aprovar, evidentemente, depende de um debate a partir da apresentação desse projeto. Esta é a nossa disposição. Na avaliação de João Campos, o Supremo vem praticando um "ativismo judicial perigoso", invadindo e atropelando a competência do Legislativo. "Isso é muito ruim para o Estado Democrático de Direito, pois ofende o princípio da separação de poderes, fere o princípio do equilíbrio entre os poderes. O Judiciário não tem legitimidade democrática para alterar nenhuma norma", afirma Campos. "Ele pode interpretar. Em alguns casos, como o da união homoafetiva, como o da fixação do quantitativo das câmaras de vereadores, como o da fixação das regras para o uso de algemas, o Judiciário não interpretou lei nenhuma, mas legislou. Isso é um absurdo.

⁴⁵ ADI 4.277/DF. Cfr. os doutrinadores mencionados que se posicionam favoravelmente e foram citados pelos Ministros nos votos: Suzana Borges Viegas de Lima (p. 715-716), Paulo Luiz Netto Lobo (p. 716), Professor Álvaro Vilhça Azevedo (p. 717), Daniel Sarmento (p. 725), Maria Berenice Dias (p. 838-839) e Paulo Roberto Iotti Vechiatti (p. 863-864).

quais: que os tipos de entidades familiares previstos nos parágrafos do art. 226 da CR/88 são meramente exemplificativos; que o não reconhecimento simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito; que a evolução social elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana nas relações familiares.

Contudo, alguns juristas se manifestaram contrariamente, a exemplo de Lenio Luiz Streck que (além de ter sido citado como referência no voto do Min. Gilmar Mendes, p. 761-765) criticou imediatamente a decisão (devido à postura ativista do Tribunal e violação da cláusula de separação de poderes), chegando mesmo a propor quais medidas deveriam ser adotadas, ou seja, a improcedência do pedido afirmando que a questão seria da alçada do legislador⁴⁶.

A propósito, interessante posicionamento sobre o caso colhe-se de que o STF valeu-se da chamada *construction*, própria do sistema *norte-americano* “em que o Judiciário cria leis”

⁴⁶ *A decisão do STF gerou polêmica porque os magistrados estariam legislando. O que o senhor acha disso?* O STF teve uma postura ativista e se colocou no lugar do legislador, violando a cláusula da separação de poderes. Não está em pauta, na minha discussão, ser contra ou a favor das uniões homoafetivas. Particularmente, acho a causa justa. Mas a Constituição Federal teria de ser modificada ou criada uma nova legislação, porque o texto legal fala em homem e mulher. *O principal argumento dos defensores é que os ministros foram consultados e deveriam se pronunciar. É correto?* Eles têm de se pronunciar, mas poderiam julgar a ação improcedente e dizer que isso é matéria para o legislador. Isso deveria ocorrer através do Legislativo, como na Espanha e em Portugal. Por que no Brasil o Judiciário tem de decidir? *O STF já decidiu outras questões importantes, como as pesquisas com células-tronco. O ativismo ocorre há algum tempo?* Sim, mas há dois tipos de ativismo. Uma situação é o tribunal ser ativista em questões onde há espaço na Constituição para isso, mas há aquele que extrapola a Constituição. *Alguns argumentam que este tipo de decisão não ocorreria no Congresso. Qual a alternativa?* É o risco. É o ônus da democracia. Nem tudo que as pessoas querem o parlamento aprova. A democracia nem sempre atende tudo. Faz parte. A Europa convive muito bem com isso. O Brasil parece que prefere cortar caminhos. É mais fácil convencer 11 do que 513. *Decisão do STF sobre união homoafetiva: Lenio Streck e Juiz de SP divergem.* Disponível em: <<http://blogdotarso.com/2011/05/08/decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva-lenio-streck-e-juiz-de-sp-divergem/>>. Acesso em: 29 fev.2012.

decorrentes da aplicação do sistema do *Common Law* do direito anglo-saxão, embora não seja essa nossa realidade, mas sim o da *civil law*⁴⁷.

E a discussão não termina. Recentemente, o *Jornal Diário de Pernambuco*⁴⁸ noticiou que a bancada religiosa articula fortalecer proposta que permite ao Congresso anular decisões do Judiciário, quando os temas a serem aprovados forem polêmicos. Essa situação não é inverídica, pois tramita no Congresso uma PEC aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 25/4/2012, por unanimidade, que permite ao Congresso sustar decisões do Poder Judiciário, como reflexo da decisão analisada e daquela proferida na ADPF 54, relativa aos fetos anencéfalos⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. PAGANELLI; SIMÕES; JÚNIOR, 2011, p. 140: “(...) É clara a presença do construction, v.g., no julgamento das uniões homoafetivas. Isso revela de forma muito límpida o poder normativo do Judiciário, típico dos países anglo-saxões (...) pautando suas decisões nos padrões do common Law, embora não seja esse o padrão brasileiro (...)”.

⁴⁸ Cfr. *Diário de Pernambuco*, de 20/05/2012, nº 141, p. A15.

⁴⁹ Cfr matéria intitulada *Bancada religiosa arma golpe contra o Judiciário, publicada em 29/04/2012*. <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3183&catid=40>. Acesso em 21.05.2012. “(...) O objetivo da PEC do deputado, integrante da bancada católica, é permitir que o Congresso possa alterar decisões do Judiciário se considerar que elas exorbitaram o "poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa". Veja a seguir as opiniões do jornal O Estado de S. Paulo, em editorial, e os comentários da colunista Dora Kramer, que cita argumentos do ministro Luiz Fuz, do Supremo Tribunal Federal, sobre as chances de a proposta prosperar. (...) No particular - e muito mais importante -, o que se quer é mudar decisões do STF coerentes com o caráter laico do Estado brasileiro. Em maio do ano passado, julgando ações impetradas pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, a Corte reconheceu a união estável de casais do mesmo sexo. Há duas semanas, diante de ação movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, autorizou o aborto de fetos anencéfalos. À época da primeira decisão, as bancadas religiosas da Câmara, notadamente a Frente Parlamentar Evangélica, presidida pelo deputado João Campos, do PSDB goiano, não conseguiram incluir na pauta da CCJ o projeto de Nazareno. Agora, a pressão funcionou. Em tempo recorde, a proposta entrou na agenda, foi votada e aprovada. Tem um longo caminho pela frente: precisa passar por uma comissão especial e por dois turnos de votação na Câmara e no Senado, dependendo, a cada vez, do apoio de 3/5 dos parlamentares.(...)”.

A propósito das reações (favoráveis ou contrárias) imediatas e mediatas acerca da decisão, o que nós propomos é, sem qualquer juízo de valor, dar a palavra ao autor para que, sob o prisma de seu entendimento e doutrina, possamos proceder a uma análise técnica - e eminentemente jurídica - sobre a atuação da Corte Suprema Brasileira nessa situação concreta.

3.2. COMO O STF PODERIA TER SE LIBERTADO DESSE *HARD CASE*? DE QUAIS INSTRUMENTOS PODERIA O TRIBUNAL SE VALER? APLICOU OU NÃO CORRETAMENTE OS INSTRUMENTOS PROPOSTOS POR ALEXANDER M. BICKEL?

Considerando o que foi exposto sobre o pensamento de Bickel, o Tribunal não se utilizou dos instrumentos processuais e políticos sugeridos pelo doutrinador. Por quê?

Primeiro porque o legislador constituinte originário em seu art. 226, § 3º, CR/88, textualmente, reconheceu a união estável apenas entre *homem e mulher*.

Com base nesse dispositivo é que o legislador infraconstitucional engendrou a redação do art. 1.723, do CC/02, até mesmo como ‘decalque’ ou ‘cola’ do dispositivo Constitucional. Por esse motivo, e pela própria vontade do legislador constituinte, como mencionado nos votos (fundamentações) divergentes dos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes⁵⁰, restaria complicado proceder à ‘interpretação conforme’ do texto Constitucional relativamente ao dispositivo do Código Civil.

Ora, como leciona Coutinho, “a normatividade de direitos fundamentais ainda não concretizada – normatividade *constitucional* de direitos fundamentais – com que o juiz se confronta, quando chamado a decidir um caso, é integrada por re-

⁵⁰ Cfr. a divergência desses Ministros (no que tange à fundamentação – p. 705-706, 710-713 e 753-768).

gras e princípios (...)", participando o juiz "no processo constitutivo do *corpus iuris*, isto é, da normatividade concretizadora da norma constitucional"⁵¹. No caso vertente, tudo indica que estar-se-ia diante da aplicação de regras e não de princípios⁵².

O sistema brasileiro de constitucionalidade, especialmente após a CR/88, adota os modelos judiciais difuso-concreto e abstrato-concentrado, além das formas políticas de competência do Poder Legislativo e do Executivo.

Nessa esteira, dentre as espécies de decisão no controle de constitucionalidade, segundo Denise Vargas, encontra-se a interpretação conforme:

Quando uma lei possuir redação ambígua, obscura, de forma a permitir variadas interpretações, algumas contrárias à Constituição, outras não, o Tribunal, para preservar a norma, prestigiar o trabalho do legislador, por economia jurídica, dentro de um juízo de razoabilidade que não importe em subversão do espírito do legislador, pode proferir decisão para o fim de afastar as interpretações que culminariam em inconstitucionalidade, aplicando-se apenas aquelas que estejam em conformidade com a Constituição⁵³.

No caso *sub exame* essa foi a espécie de técnica adotada na decisão proferida pelo STF, mas nos textos confrontados não existe redação ambígua, obscura e as interpretações 'dis-

⁵¹ Cfr. COUTINHO, 2009, p. 626.

⁵² Para se colher uma precisa lição sobre o Juiz e a concretização da Constituição, bem como a distinção entre regras e princípios veja-se COUTINHO, p. 626-632. Em linhas gerais as regras nessa ótica decorrem da associação "a uma norma uma exigência de aplicação incondicionada a quaisquer circunstâncias" enquanto os princípios são normas "suscetíveis de 'preenchimento em graus diversos'", não equivalendo "a dizer que, à mesma norma, corresponda uma 'exigência de otimização', detendo a respectiva previsão uma 'vocaçao de expansividade máxima' (o facto de uma grandeza normativa o ser não significa que seja a máxima grandeza normativa pensável)".

⁵³ Cfr. VARGAS, 2011, p. 274.

criminatórias’ estavam de acordo com o espírito do legislador, diante da literalidade da norma prevista no art. 1.723, do CC/02 em total sintonia com a clareza do art. 226, § 3º, da CR/88.

O Ministro Gilmar Mendes, no bojo de seu voto⁵⁴, leciona que “Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional”. E ensina que de acordo com a jurisprudência do STF, a *interpretação conforme conhece limites*, embora muitas vezes esses não se apresentem claros e são difíceis de definir. Quanto aos limites, ressalta que:

Resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.⁵⁵

Pois bem, no caso analisado, de plano se percebe, que tanto a literalidade do texto, quanto a vontade do legislador (pesquisada e transcrita no bojo do Acórdão), não autoriza que se fale em ‘interpretação conforme’, posto que tanto um quanto outro aspecto são claros e incontroversos no sentido de que a regra (nos termos definidos por Coutinho) descrita no art. 1.723, do CC de 2002 está em perfeita sintonia com a do art. 226, § 3º, da CR/88, não se buscando em nenhum momento criar um novo tipo de entidade familiar, nem estender seus efeitos à união homoafetiva.

Ao revés, a interpretação adotada se constituiu em violência tanto contra a expressão literal do texto quanto à alteração de seu significado normativo (pois cria uma ‘nova forma de entidade familiar’ não querida pelo povo, por meio de seus

⁵⁴ Cfr. ADI 4.277/DF. Voto do Minitro Gilmar Mendes, p. 753-768.

⁵⁵ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1426 e 1430.

representantes), com mudança radical da própria concepção original do legislador⁵⁶, que era conferir direitos apenas ao homem e a mulher (se cumprissem os requisitos incondicionais do art. 226, § 3º e art. 1.723, do CC/02).

Portanto, no primeiro momento (e de pronto), o Tribunal já poderia ter contornado o *hard case* julgando o processo sem análise do mérito, de conformidade com o artigo 4º da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF, levando-se em conta a inépcia da inicial, como questão processual, posto que a petição inicial, na hipótese, pelos motivos já declinados é *manifestamente improcedente (incongruente com o pedido de interpretação confor-*

⁵⁶ ADI 4.277/DF. Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 711-712: “(...) Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, *concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto*. Confira-se abaixo: “O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 226 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ *Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showístico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §3º: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’*. Claro que nunca foi outro o desiderato desta assembléia, mas para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa., que me permitam aprovar pelo menos uma emenda. O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator. O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem e mulher há muito tempo. O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): Sr. Presidente, estou de acordo. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).*” Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209. Os Constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável (...). Destaques nossos.

me, podendo ser liminarmente indeferida pelo relator)⁵⁷. Assim estar-se-ia utilizando de um mecanismo processual Bickeliano para ‘não decidir’.

Com essa ‘atitude’ pronta e eficaz de neutralidade valer-se-ia o Judiciário, *desde o início*, de uma das virtudes passivas propostas por Bickel, qual seja, a de ‘não decidir’, pois remetaria *imediatamente* a questão para seu leito de discussão natural, qual seja, o Poder Legislativo, sem imiscuir-se na seara política majoritária e convolar-se em verdadeiro legislador positivo, correndo riscos desnecessários quanto aos efeitos danosos e imprevisíveis (como se alega nos votos com fundamentação divergente lateral dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, ou seja, violação do art. 60, § 4º, III, da CR/88 que erige a ‘separação de poderes’ à dignidade de cláusula pétreia, que sequer pode ser alterado por meio de emenda; temor de que a equiparação pura e simples de relações ‘com diversidades’ possa preparar surpresas as mais diversas⁵⁸) que uma decisão de tal magnitude possa vir a acarretar.

Todavia, já que se adentrou no mérito, a Corte poderia ter se esquivado de possíveis e imprevistas consequências danosas (atuando com redobrada cautela de acordo com Bickel), acaso se utilizasse de uma argumentação no sentido de conduzir à improcedência do pedido. Nesse sentido, além da reprodução dos argumentos utilizados para o indeferimento liminar, outros tantos não faltariam: 1- violação da separação e harmonia entre os poderes (art. 2º, da CR/88); 2- Infringência do regime democrático (art. 1º, da CR/88) ao criar uma nova espécie de entidade familiar não discutida e votada pelo legislador, seja por meio de lei, seja por emenda constitucional (o que, como citado no Acórdão, já vinha sendo feito pelo legislador, em que pese a ‘demora’ – e talvez não seja mais levado à cabo, ou o seja de

⁵⁷ A propósito, confira-se o teor do artigo mencionado: Art. 4º. A petição inicial inepta, não fundamentada e manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. (destaque posto).

⁵⁸ ADI 4.277/DF, p. 712 e 745.

modo precipitado); 3- integral simetria da norma infraconstitucional com a Constituição (art. 226, § 3º e 1723, do CC/02), essa última, inclusive, norma de reprodução obrigatória diante da supremacia da Constituição; 4- argumento parcial lateral contido no voto do Ministro Gilmar Mendes, qual seja, “(...) responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, a ser editada pelo Congresso (...)”⁵⁹. Essa última faria com que o povo escolhesse melhor seus representantes, responsabilizando-os, todos, nos termos da teoria de Bickel.

Perdida mais essa oportunidade de se valer dos princípios de neutralidade propostos por Bickel (adotando-se um posicionamento passivo ao invés de ser ‘progressista’), certo é que *concomitantemente* o Tribunal cometeu dois “equívocos”: 1- agiu em erro de direito (quando do conhecimento do mérito), desrespeitando a letra da Constituição e violando-a frontalmente ao desconsiderar a intenção do legislador – equívoco que poderia ter sido evitado se utilizasse o princípio da neutralidade para contornar o caso difícil, de plano, com a rejeição da inicial; 2- inovou indevidamente no ordenamento jurídico (criando um novo tipo de entidade familiar não desejada pelo poder majoritário, em franca atitude ativista (apesar de ser um Poder contramajoritário – não eleito democraticamente na linha do pensamento do autor eleito).

Diante disso, em conformidade com Bickel, relevante as transcrições do Acórdão, que condizem (expressa ou implicitamente) com seus pensamentos ou revelam a atitude confessadamente ‘ativista’ da decisão, apesar do resultado ter sido contrário aos seus ensinamentos. A propósito confirmam-se alguns trechos dos votos: 1- Ministro Gilmar Mendes – “(...) a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas conseqüências (sic) em diversos sistemas normativos jurídicos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente con-

⁵⁹ Idem, p. 747.

sideradas pelo Tribunal”. E prossegue: “(...) desde o início deste julgamento, eu fiquei preocupado com essa questão e cheguei até a comentar com o Ministro Relator Ayres Brito, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto do Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que isso era um tipo de construto meramente intelectual-processual (...)”⁶⁰. Essas e outras passagens demonstram que o voto do aludido Ministro chegou mesmo a ser contraditório, pois inicia de forma prudente (tendendo a seguir a orientação de Bickel e acaba se curvando ao voto do Relator nos efeitos e resultados). Basta verificar a conclusão para se perceber o temor e cautela empreendidos⁶¹; 2- Ministro Luiz Fux – “Independente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa, e são, em boa parte *imprevisíveis* as suas conseqüências”⁶², correspondente aos riscos mencionados por Bickel; 3- Ministro Ricardo Lewandowski – discorre sobre os três tipos de família contempladas na Constituição, quais sejam, aquela constituída pelo casamento, a família monoparental e a constituída pela união estável lembrando que esta última decorre de expressa disposição constitucional prevista no art. 226, § 3º ‘estabelecida a partir da relação entre um *homem e uma mulher*’⁶³. Em seu voto, porém, acaba por ‘criar’ um quarto gênero de família, não previsto no art. 226 da CR/88 (em face do vácuo legislativo – substituindo a vontade do legislador provisoriamente até que o Parlamento dê o tratamento adequado à questão⁶⁴), deduzido de uma leitura sistemática da Constituição no sentido de dar concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, preservação da intimidade e não discriminação, lançando mão da integração analógi-

⁶⁰ ADI 4.277, p. 765.

⁶¹ Idem, p. 801-806.

⁶² Ibidem, p. 668.

⁶³ Ibidem, p. 709; 713-719.

⁶⁴ ADI 4.277/DF, p. 719.

ca (analogia) com o fim de colmatar as lacunas existentes no ordenamento e aplicando, *no que couber* (o que é extremamente perigoso e imprevisível), a disciplina mais próxima à espécie que lhe coube examinar – diante do rol exemplificativo do art. 226, da CR/88.

Esses trechos correspondem ao ativismo judicial confesadamente perpetrado pelo STF na decisão, apesar do aspecto contramajoritário do Judiciário.

A propósito, em análise última, considerando o teor do pedido da ADI (interpretação conforme do art. 1.723, do CC/02) poder-se-ia até cogitar que a decisão final (apesar de algumas divergências na fundamentação) acabou por ser contraditória e *extra petita* (contrariando o art. 460 do CPC – que dispõe que é defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa da pedida – diante da ausência de dispositivo especial em contrário na Lei 9.868/99 que trata da ADI e da ADC).

Acaso tivesse optado por alguma das formas mencionadas, poderia ter se construído o Acórdão conforme os ensinamentos de Bickel.

Então, não foram utilizadas as virtudes passivas tendo em vista que, segundo essa ótica doutrinária, o Judiciário teria agido com muito mais cautela se encontrasse uma maneira de não julgar de plano ou julgar improcedente o pedido (uma delas, com a qual concordamos, foi sugerida por Lenio Luiz Streck), que conduziria a improcedência do pedido.

Esse autor e seu posicionamento contrário a interferência do Judiciário no Legislativo (incluindo os riscos desta atitude), foram mencionados em longo trecho no voto do Ministro Gilmar Mendes. Todavia, não prevaleceu no resultado do julgado, e a argumentação lateral dos votos de dois dos Ministros (Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski), que em si mesmos, acabaram se tornando contraditórios e inconsistentes com a teoria de Bickel.

Tivesse utilizado os mecanismos processuais para ‘não decidir’ (que não seriam difíceis – posto que existente uma manifesta incongruência entre o pedido de “interpretação conforme” (mencionada no acórdão – porém indevidamente contornada) e a objetividade das normas *sub judice* – art. 226, § 3º da CR/88 e art. 1723, do CC/2002, ambas a considerar que a união estável se constitui apenas entre *homem e mulher*), a atitude do STF correria menos riscos de provocar uma ‘guerra dos sexos’ a exemplo da ‘guerra do aborto’ surgida nos EUA, por motivos semelhantes aos já mencionados acima por Bickel e Dworkin.

Com efeito, levando-se em conta o papel contramajoritário da justiça constitucional, nos termos da doutrina de Bickel, melhor teria sido se deixasse que a discussão e debate sobre o tema tivessem ocorrido em sua sede natural, qual seja, o legislativo, e não ‘ficado o Judiciário com a criança nos braços’, ainda que houvesse ‘demora na resolução’, apesar das políticas públicas existentes contra o tratamento discriminatório dos homoafetivos, dos projetos de leis e propostas de emenda à Constituição apresentados sobre o assunto (alguns em trâmite) nos últimos 15 anos (sejam no âmbito federal, sejam nos Estaduais) e mencionados no voto do Ministro Gilmar Mendes⁶⁵.

Conforme mencionado no voto desse Ministro, o Poder Legislativo não entra em consenso ‘mas continua a enfrentar o tema’, a despeito da angústia e sentimento de desproteção gerados. Sustenta que “talvez uma decisão daqui emanada (pelo Tribunal) possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfica ao amadurecimento do debate na sociedade”.

Logo, desses argumentos extrai-se que a decisão não seguiu “a interpretação conforme à constituição”, nem muito menos a teoria de Bickel. O STF não decidiu com o devido ‘faro político’, não observou a doutrina das questões políticas e desestimulou o colóquio, privando o tema de amadurecer no seio

⁶⁵ Cfr. ADI 4277, p. 782-788.

da sociedade e do legislativo, tudo a seu devido tempo, sem provocar a comoção e o racha da comunidade. Enfim, não utilizou o intelecto para saber *se* (não era o caso), *quando* (momento inoportuno, sem o devido amadurecimento quando havia projetos em andamento) e *quanto* (extrapolou os limites do pedido e inovou no ordenamento) decidir. Ao revés, atuou de forma francamente ativista.

Esse posicionamento vem sendo comentado até mesmo pela doutrina alienígena, especialmente por Luís P. Pereira Coutinho, que assevera (com apoio na visão de Bickel) os riscos de desobediência da decisão estudada, in *O facto do Pluralismo e a Fiscalização Judicial da Constitucionalidade*⁶⁶.

CONCLUSÃO

O fenômeno do ativismo judicial no Brasil, especialmente na Corte Suprema, necessita ser mais estudado, refletido e aperfeiçoado, tanto pela ciência quanto pelos operadores do direito, incluindo-se nesta perspectiva as visões de outros doutrinadores nacionais e estrangeiros (antigos e contemporâneos – pois não podemos relegar a história), a exemplo de Alexander M. Bickel, com escopo de evitar males futuros para os processos jurídico, democrático e político da nação.

Portanto, imprescindíveis traduções fiéis para o idioma oficial das obras de todos esses pensadores cujas doutrinas encontram-se indisponíveis, o que propiciará instrumentos científicos eficazes para o conhecimento e eventual utilização na resolução de *hard cases*.

⁶⁶ Cfr. COUTINHO, 2012, p. 5: “Episódios de desobediência directa a uma jurisdição constitucional têm hoje lugar novamente no Brasil. Depois da controversa decisão do Supremo Tribunal brasileiro de Maio de 2011 respeitante à união homossexual, não apenas as legislaturas como os tribunais inferiores têm-se rebelado contra a mesma. Na perspectiva de Bickel, é seguro dizer que a jurisdição constitucional não terá exercido neste caso, com consequências penosas, a maior das suas virtudes. Ou seja, não terá exercido *auto-restrição*”.

Nessa linha, devem-se estabelecer limites e parâmetros mínimos para o ativismo, e um deles (não o único) pode ser pinçado na teoria das virtudes passivas. Outros foram sugeridos ao longo do texto, principalmente no tópico 1.5.

No que se refere ao caso analisado, não foram utilizados os instrumentos propostos por Bickel: faltou o devido instinto - ‘faro político’ de não decidir quando lhe era possível - e deixou-se de observar *se*, *quando* e *quanto* decidir. Brecou-se, com a decisão, o estímulo ao colóquio e, apenas o tempo nos dirá, segundo consta do Acórdão, quais serão os desdobramentos da ADI 4277/DF, especialmente quanto à separação de Poderes, os riscos à democracia e à sobrevivência do Estado (após a abertura desse precedente).



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BICKEL, Alexander M. *A Ética do Consentimento*. Tradução de Waltensir Dutra. Ed. Agir: Rio de Janeiro, 1978.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition*. Yale University Press, New Haven and London.
- BITTAR, Eduardo C.B. Bittar. *Curso de filosofia política*. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, maio de 2000.
- BUENO, André da Silva. *A arte da guerra: os treze capítulos originais / Sun Tzu*; adaptação e tradução de André da Silva Bueno. São Paulo: Jardim dos Livros, 2012.
- COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (organizadores). *Constituição e ativismo judici-*

- al: limites e possibilidades da norma constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A Autoridade Moral da Constituição: Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, setembro de 2009.
- _____. *O Facto do Pluralismo e a Fiscalização Judicial da Constitucionalidade*. Material de apoio disponibilizado pelo Professor Doutor na disciplina Justiça Constitucional I/II aos alunos de mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2012.
- CNBB critica decisão do STF sobre união homoafetiva*. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2011/05/11/interna_politica,226907/cnbb-critica-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva.shtml. Acesso em: 27 fev. 2011.
- Decisão do STF sobre união homossexual é reconhecimento da igualdade e dignidade*. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2011/05/06/interna_politica,225934/oab-decisao-do-stf-sobre-uniao-homossexual-e-reconhecimento-da-igualdade-e-dignidade.shtml>. Acesso em: 27 fev. 2012.
- Decisão do STF sobre união homoafetiva: Lenio Streck e Juiz de SP divergem*. Disponível em: <<http://blogdotarso.com/2011/05/08/decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva-lenio-streck-e-juiz-de-sp-divergem/>>. Acesso em: 29 fev. 2012.
- Diário de Pernambuco, de 20/05/2012, nº 141, p. A15. *Aborto e união gay na mira*. Gladyston Rodrigues/EM/D.A PRESS – 22/3/2012.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*; tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

- _____. *O império do direito*; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- Evangélicos tentam anular decisão do STF sobre união homoafetiva*. Disponível em: <<http://presbiterianoscalvinistas.blogspot.com/2011/05/evangelicos-tentam-anular-decisao-do.html>>. Acesso em: 28 fev. 2012.
- KINZO, Maria D'Alva Gil. *Burke: a continuidade contra a ruptura*. In: Os Clássicos da política, vol. 2. Francisco C. Weffort, organizador. 11. ed. 8ª impressão. São Paulo: Ática, 2012.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução e notas de Henrique Amat Rêgo Monteiro. São Paulo: Clio Editora, 2009.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. Tese *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, apresentada em 2008, ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Orientador: Professor Álvaro de Vita.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional*. 8. ed. atual. – São Paulo, Atlas, 2011.
- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev., atual.

- e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- PAGANELLI, Celso Jeffeson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; JÚNIOR, José Antônio Gomes Ignácio. *Ativismo Judicial: paradigmas atuais*. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social ou Princípios do direito político*. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2006. – (Série Filosofar)
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%2ENUME%2E+OU+ADI+4277%2EACMS%2E%29+%28%28AYRES+BRITTO%29%2ENORL%2E+OU+%28AYRES+BRITTO%29%2ENORV%2E+OU+%28AYRES+BRITTO%29%2ENORA%2E+OU+%28AYRES+BRITTO%29%2EACMS%2E%29+OU+%28CARLOS+BRITTO%29%2ENORL%2E+OU+%28CARLOS+BRITTO%29%2ENORV%2E+OU+%28CARLOS+BRITTO%29%2ENORA%2E+OU+%28CARLOS+BRITTO%29%2EACMS%2E%29%29%2840JULG+%3E%3D+20110501%29%2840JULG+%3C%3D+20110630%29%28PLENO%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 fev. 2012.
- VADE MECUM RT / [Equipe RT]. 7. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (RT Códigos).
- VARGAS, Denise. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.