

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E A SUPERAÇÃO DO *JUDICIAL
SELF-RESTRAINT* NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Jorge Alberto A. de Araújo¹

Walter José Celeste de Oliveira²

INTRODUÇÃO

Embora não se tenha como aferir diretamente a influência que a Suprema Corte dos Estados Unidos teve nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro, uma célebre tese do direito norte-americano foi incorporada em nossa tradição jurídica e pautou pronunciamentos judiciais por muitos anos. Trata-se do *judicial self-restraint*, a autocontenção judicial, máxima da *common law*, que ganhou força nos Estados Unidos como filosofia da correta atuação dos juízes. Isso é perceptível até hoje, já Oliver Wendell Holmes Jr., que defendeu o *self-restraint* em *The Path of the Law* (em 1897), é lembrado e citado em praticamente todas as sabatinas para o preenchimento de vagas na Suprema Corte dos Estados Unidos. E os

questionamentos que levam à menção a Holmes geralmente abordam, justamente, a visão que o candidato a uma vaga, no mais alto Tribunal do país, tem de sua missão, enquanto juiz, quando confrontado com a possibilidade de *interferir* nos demais ramos do governo. A aprovação no Senado americano é notoriamente complicada para um juízo percebido como “ativista”.

Esse debate em torno da *judicial review*, ou da competência do Judiciário de dar a “última palavra” em questões constitucionais, é bem intenso no direito norte-americano. No Brasil, por outro lado, a função do Supremo Tribunal Federal de “guardião” e “intérprete” da Constituição raramente foi questionada - até alguns anos atrás - quando determinado comportamento da Corte passou a ser criticado com mais veemência pela comunidade jurídica e por integrantes dos poderes Legislativo e Executivo. Isso porque tanto nos EUA quanto no Brasil, as duas Cortes experimentaram - em diferentes épocas - uma “explosão” nos casos de potencial intervenção no governo, e o *self-*

¹ Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade São Paulo. Mestre pela mesma instituição (2015). Especialização em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (2010). Juiz Federal desde 2009 e Professor de Direito Público da Universidade Federal do Maranhão desde 2016.

² Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre pela mesma

instituição (2013). Professor de Filosofia do Direito e Direito Constitucional em diversas faculdades privadas em São Paulo. Assistente do professor Juliano Maranhão na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

restraint foi posto à prova em diversas oportunidades.

Nas últimas duas décadas, especialmente a partir de 2007, vários pronunciamentos do STF representaram um progressivo afastamento do *self-restraint*, primeiro de forma discreta e semiconsciente, depois por meio de manifestações expressas de rejeição de uma visão “passiva” da atuação judicial. Até mesmo o dogma desenvolvido pelo próprio STF de que “não é dado ao julgador atuar como legislador positivo” - um corolário da doutrina de *self-restraint* e geralmente usado no Brasil com a intenção de dar o mesmo significado - foi superado em casos pontuais.

O ápice desse progressivo afastamento se deu no julgamento da ADPF 132, em 2011, ocasião em que não só o *judicial self-restraint* foi expressamente rejeitado, como a Corte superou, ainda, entendimentos consolidados que regiam sua atuação, contidos em decisões no controle concentrado, particularmente, de que o texto *originário* da Constituição não poderia ser objeto de controle de “constitucionalidade”. O embate, ali, era entre o STF, enquanto poder “constituído”, e o poder *constituente* originário, que claramente agiu mal, mas que, agindo mal, legislou *claramente*.

Buscando superar uma evidente injustiça social, que perdurava desde 1988, a Corte por unanimidade derrotou norma constitucional originária. Embora não tenha sido a primeira vez que o STF decidiu assim, a ADPF 132 foi o caso mais marcante e mais famoso, em particular, pelos debates durante o julgamento, em que até mesmo os anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 foram pesquisados, na tentativa de identificar a “intenção do legislador” ao redigir a norma atacada.

A análise dessa progressiva superação de uma postura judicial antiga e que sempre foi vista como quase “sinônimo” de correta postura de um julgador, e o exame dos argumentos utilizados, que tentaram transformar em “interpretação” o que foi, em verdade, a *derrota* de uma regra, nos fornece preciosos elementos para reflexão sobre o papel do Judiciário na modernidade, quando direitos humanos - e principalmente os direitos de minorias - precisam ser preservados, mas onde a tradição jurídica não fornece as ferramentas para que determinadas regras claras, mas claramente injustas, sejam superadas.

1. *Judicial self-restraint*

No debate jurídico brasileiro atual, há muito pouca precisão acadêmica

no que se entende por “ativismo judicial”, de um lado, e *judicial self-restraint*, ou autocontenção judicial, de outro, e normalmente essa confusão terminológica é acentuada pelo fato de os críticos do ativismo utilizarem uma ou outra noção de *self-restraint* como contra-argumento normativo às decisões judiciais que criticam. Para tornar o debate ainda menos racional, as críticas ao ativismo costumam se acentuar quando decisões de grande relevância — e, por isso, necessariamente *polêmicas* — são proferidas, mas, por outro lado, o clamor por pronunciamentos judiciais mais efetivos aumenta em situações onde a inércia legislativa faz com que determinados direitos, amplamente percebidos como fundamentais e intrínsecos à dignidade humana, acabem tendo sua efetividade mitigada.

A falta de precisão terminológica, contudo, não é exclusiva da produção jurídica nacional. Richard Posner, um dos célebres juízes norte-americanos, recentemente aposentado e crítico do *self-*

restraint como “postura judicial ideal”, chegou a catalogar cinco acepções tradicionalmente utilizadas sob esta mesma denominação.³ Mais recentemente, ele reduziu a categorização para três compreensões principais dessa doutrina: (i) juízes aplicam a lei, não a criam, concepção identificada com o formalismo novecentista e de pouca aplicação atual; (ii) relutância em invalidar leis por fundamentos constitucionais; (iii) juízes prestam deferência, até determinado ponto, a decisões e interpretações de outros ramos de governo, o que Posner chama de “modéstia judicial”.⁴ Ele e outros autores norte-americanos se concentram muito ora na invalidação de leis com base em princípios constitucionais como uma forma de ativismo judicial,⁵ ora na influência do alinhamento ideológico dos *Justices* na tomada de decisões.⁶

Mas isso não parece refletir exatamente o que se compreende do debate entre ativismo e autocontenção no Brasil. O “ativismo” é mais do que somente invalidar

³“(1) A self-restrained, judge does not allow his own views of policy to influence his decisions. (2) He is cautious, circumspect, hesitant about intruding those views. (3) He is mindful of the practical political constraints on the exercise of judicial power. (4) His decisions are influenced by a concern lest promiscuous judicial creation of rights result in so swamping the courts in litigation that they cannot function effectively. (5) He wants to reduce the power of his court system relative to that of other branches of government” (POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, v. 59, n. 1, p. 1–24, 1983).

⁴ POSNER, Richard A. *Reflections on Judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 150.

⁵ POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, v. 100, n. 3, p. 519–556, 2012.

⁶ EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, n. 100, 2012, pp. 557-577. Em outro estudo estatístico se verificou que, em casos de ações afirmativas, os juízes democratas votaram a favor dos autores das ações em 74% dos casos, enquanto os republicanos o fazem em apenas 48% das ações (IRONS, Peter. *The Steps to the Supreme Court*. Hoboken: Wiley, 2012, pp. 11-12).

leis com base na interpretação judicial de princípios constitucionais, e parece incluir não apenas essa atuação jurisdicional *negativa*, mas decisões de caráter *positivo*, percebidas como uma *inovação* no mundo jurídico. Andrei Marmor percebeu essa tendência judicial e argumenta que decisões nesse sentido podem *surpreender* a comunidade jurídica, argumento que poderia justificar o *self-restraint* como a consciência de que um julgamento que represente uma ruptura com os entendimentos consolidados até então, deveria levar em conta as consequências práticas da decisão.⁷ Marmor até considera que juízes não deveriam ter esse tipo de poder, em um sistema “ideal”. Mas, se eles efetivamente têm esse poder, é natural que as decisões sejam tomadas levando em conta questões morais, algo que já era propugnado pelo realismo jurídico quando se demandava que os fundamentos das

decisões fossem mais claramente externados.⁸

Além dessa inovação, costuma ser percebido como “ativismo” a atribuição de significados ou efeitos não evidentes a termos ou expressões jurídicas. No famigerado caso *Lochner v. New York*, de 1905, Oliver Wendell Holmes expôs justamente isso em sua divergência, que ficou bastante famosa.⁹ Naquele caso havia um embate ideológico em torno da possibilidade de limitação da economia de mercado pelo poder público,¹⁰ e a Suprema Corte, em maioria estreita de cinco contra quatro, anulou a lei estadual, encontrando na décima quarta emenda à Constituição americana um princípio que protegia a “liberdade contratual”.¹¹ Holmes, contudo, viu por trás da retórica e identificou que o que estava em jogo era, em verdade, uma *ideologia*. A maioria invalidava uma lei que ofendia seus princípios da linha *laissez-faire*.¹² Ele argumentou que a Constituição

⁷ “Introducing legal changes is always better left to the legislature (...) since the latter can do so prospectively with due warning” (MARMOR, Andrei. *Law in the Age of Pluralism*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 25). Ele lembra que a doutrina americana de *product liability*, que no nosso Código de Defesa do Consumidor atual corresponderia à responsabilidade do fabricante pelo produto defeituoso que acaba por causar dano a quem o adquire, foi “iniciada” por Benjamin Cardozo (outro célebre juiz norte-americano) na decisão de *MacPherson v. Buick Motor Co* (New York Court of Appeals, *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)).

⁸ LEITER, Brian. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Org.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of*

Law and Legal Theory. Malden: Blackwell, 2004, pp. 50-66, p. 58.

⁹ Cf. LERNER, Max. *The Mind and Faith of Justice Holmes*. Boston: Little Brown, 1943, p. 147.

¹⁰ *Ibidem*, p. 255.

¹¹ Supreme Court of the United States. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). A conclusão foi nos seguintes termos: “(...) the freedom of master and employe to contract with each other in relation to their employment, and in defining the same, cannot be prohibited or interfered with, without violating the Federal Constitution”

¹² IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*. New York: Penguin, 2006, p. 256. Segundo William Rehnquist, “Peckham’s statement in the *Lochner* majority opinion that minimum wage laws for men are ‘mere meddlesome interference’ with

não “subscrevia” nenhuma ideologia política ou econômica, de modo que não se poderia dela extrair as razões para derrubar uma lei que se mostrava uma opção legítima e razoável do legislador diante de um princípio da vaga formulação.¹³

Naquela divergência, Holmes, como um “arqueólogo indo ao subsolo para revelar o que estava enterrado”¹⁴ sob a linguagem legal, sustentou a impossibilidade de o julgador superar, daquela forma, as considerações de ordem política feitas pelo legislador. Logo, para Holmes, não era possível utilizar uma previsão constitucional de significado amplo, como a “liberdade contratual”, para decidir com base em uma ideologia que não fora expressamente referendada no texto constitucional. Assim, a postura de *self-restraint* holmesiana pode ser definida como uma reticência em utilizar suas concepções pessoais, suas preferências ideológicas particulares, como fundamento na tomada de decisão — ainda que essa decisão tenha necessariamente de ser

proferida com base em considerações morais e políticas.

A divergência de Holmes mostra, ainda, que é um erro identificar ativismo com o avanço de pautas progressistas e *self-restraint*, como uma atitude reveladora de conservadorismo político ou moral. Nas décadas iniciais do século XX, que ficou conhecida como a “era *Lochner*” da Suprema Corte Americana, houve considerável ativismo na tentativa de avançar judicialmente uma ideologia bastante conservadora. “A natureza do objetivo moral não determina a natureza da estratégia de interpretação constitucional necessária para alcançá-lo”.¹⁵ A dicotomia que nos interessa entre ativismo e *self-restraint* começa, assim, a ficar mais nítida.

Uma distinção feita por Dworkin, no texto que talvez seja a origem de todo esse debate — por iniciar de forma sistemática a discussão em torno da utilização de princípios de vaga formulação textual, como *standards*, considerados

individual rights sound strange to us today, but it was a good deal less strange to many in the United States in 1906 who had been substantially influenced by Social Darwinist doctrine”, que seria uma aplicação do raciocínio darwiniano da sobrevivência do mais apto às relações sociais. Segundo ele (e Irons), Holmes seria, também ele, um “darwinista social” (REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage (Random House), 2007)

¹³ “Este caso está sendo decidido com base em uma teoria econômica com a qual uma grande parte deste país não concorda. Se fosse uma questão de definir se eu concordo com aquela teoria, eu desejaria

estudá-la com mais profundidade antes de dar minha opinião. Mas não acredito que é esse o meu dever, porque eu creio de forma veemente que a minha concordância ou discordância não tem relação alguma com o direito da maioria de inserir suas opiniões na lei” (SCOTUS, *Lochner v. New York* (cit.), da opinião divergente de Oliver Wendell Holmes Jr., tradução nossa).

¹⁴ A comparação é de Max Lerner, *The Mind and Faith of Justice Holmes* (cit.), p. 146.

¹⁵ MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2005, p. 166, tradução nossa.

vinculantes pelos juízes na tomada de decisões — talvez seja a que, por sua simplicidade, melhor forneça elementos para compreender o que se entende por “ativismo” ou “autocontenção” judicial. Conforme o autor, o “programa” do ativismo propugnava que os Tribunais utilizassem as chamadas “provisões constitucionais de vaga formulação”, desvendando (e definindo) princípios como legalidade, igualdade etc., inclusive “revisando esses princípios de tempos em tempos, à luz do que a Corte considerasse novos e modernos *insights* morais, e julgando as leis de acordo com essa postura”.¹⁶ Ativismo seria, nesse sentido, a atuação positiva *modificando* a lei (ou os entendimentos consolidados), “refinando” o ordenamento.

O “programa” do *judicial self-restraint*, por outro lado, propugnava que as Cortes deveriam valorizar as decisões dos outros ramos de governo nessas mesmas questões, “mesmo quando elas ofenderem o entendimento particular do juiz quanto aos princípios aplicáveis ao caso”, exceto quando a ofensa à “moralidade política” fosse de tal dimensão que demandasse uma

atuação efetiva do julgador.¹⁷ Ele diferencia ainda *duas* formas de *self-restraint*: uma que questiona a objetividade pressuposta pelo ativismo quanto aos princípios, especialmente os que consagram direitos fundamentais, argumentando que os indivíduos não possuiriam direitos *morais* contra o Estado, apenas direitos *legais*, reconhecidos como tais pela legislação; e uma que é, na verdade, uma teoria da *deferência* judicial, uma forma de atuar, uma postura do juiz diante de casos controversos.

A primeira forma de autocontenção, se algum dia foi utilizada - conscientemente ou não - pelas Cortes, está abandonada há bastante tempo. A Suprema Corte Americana, desde o início do século passado, tem diversas decisões reconhecendo a força normativa de direitos não positivados, e no Supremo Tribunal Federal não tem sido diferente. Por exemplo, no auge do regime militar, a Corte proclamou o princípio da “presunção de inocência” (que não era até então previsto na Constituição) como “imaneente ao sistema constitucional”, e o aplicou para reconduzir ao cargo um professor

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 137, tradução nossa.

¹⁷ *Ibidem*. Exemplificando, Dworkin considera que as decisões da Suprema Corte Americana nos casos que questionavam as leis de segregação racial foram um exercício de ativismo judicial: “The Supreme

Court followed the policy of activism rather than restraint in cases like the segregation cases because the words of the equal protection clause left it open whether the various educational practices of the states concerned should be taken to violate the Constitution, no clear precedent held that they did, and reasonable men might differ on the moral issues involved” (p. 137-138).

universitário, afastado do emprego com base na infame “Lei de Segurança Nacional”,¹⁸ por ter praticado um “ato subversivo”.¹⁹ Do voto do relator, Min. Themistocles Cavalcanti, se extrai: “Não é preciso que esteja expressa a garantia, basta que ela decorra do sistema político e do conjunto dos princípios expressos”.²⁰ Durante os debates, o Min. Gonçalves de Oliveira deu nome à garantia: “o processo não há de importar em pena. O indivíduo se presume inocente até ser condenado”.²¹

Portanto, o que é relevante do *judicial self-restraint* para o presente estudo é a segunda forma proposta por Dworkin, uma compreensão do papel do Judiciário em que há uma necessária autocontenção, uma deferência ao legislador em questões complexas, em que o dever legal não está claro no texto da Constituição. Ao reconhecer que a natureza do alcance desses direitos fundamentais expressos em princípios constitucionais não é definida, e sim sujeita a debate, as instituições políticas — como as casas

legislativas — é que seriam responsáveis, primariamente, por decidir que direitos devem ser reconhecidos e em qual dimensão.

Por esta perspectiva, o ativismo consistiria em decidir - não apenas anulando leis ou decretos dos poderes Legislativo e Executivo, e não apenas garantindo prestações de caráter positivo com o reconhecimento de princípios, às vezes não positivados – mas, sim, e este seria o ativismo frequentemente criticado, na decisão judicial que se imiscui, com base em concepções morais, políticas e ideológicas, ou em uma interpretação de princípios de vaga formulação linguística no texto constitucional, em questões que *primariamente* deveriam ser decididas na arena política, pelos outros ramos de governo. A ruptura com a doutrina de *self-restraint* estaria caracterizada com essa *substituição* da conclusão legislativa pelo juízo judicial, em questões previstas de forma vaga nas normas, ou a atuação

¹⁸ Decreto-Lei nº 314, de 1967, que, além de tipificar crimes de opinião, assim dispunha sobre os efeitos da acusação: “Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória”.

¹⁹ O art. 38 tipificava como “propaganda subversiva”: I – a publicação ou divulgação de notícias ou declaração; II – a distribuição de jornal,

boletim ou panfleto; III – o aliciamento de pessoas nos locais de trabalho ou de ensino; IV – cômico, reunião pública, desfile ou passeata; V – a greve proibida; VI – a injúria, calúnia ou difamação, quando o ofendido for órgão ou entidade que exerça autoridade pública, ou funcionário em razão de suas atribuições; VII – a manifestação de solidariedade a qualquer dos atos previstos nos itens anteriores.

²⁰ HC 45.232, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, julgamento em 21/02/1968.

²¹ Ibidem, de aparte em voto do Min. Evandro Lins, p. 3. Depois, no próprio voto, p. 1-2.

judicial nessas questões, diante do silêncio legislativo.

É por esta perspectiva, convergente com a mais genérica visão do ativismo como um “aumento de poder do Judiciário frente aos demais ramos de governo”,²² que as atuais críticas a algumas decisões de Cortes brasileiras, especialmente do Supremo Tribunal Federal, ganham mais sentido e força argumentativa, propugnando uma autocontenção, que seria a antítese dessa postura judicial vista como produto da “modernidade”. Esta formulação de ativismo e *self-restraint* também se coaduna com a doutrina desenvolvida no STF, ao longo de sua existência, de que seria “vedado ao Judiciário atuar como legislador positivo”, máxima que é clara expressão da doutrina de *self-restraint* e que, até hoje, é utilizada na Corte em diversas decisões. O julgador, ao analisar leis ou decretos, atuaria apenas como legislador negativo, podendo extirpar do ordenamento jurídico uma norma com ele incompatível, mas nunca *inovando* neste ordenamento.²³

Nessa esteira, o STF é comumente percebido como uma Corte que, progressivamente e rapidamente,

abandonou o *self-restraint*, que antes era utilizado como fundamento em decisões, proclamando a vedação à atuação como legislador positivo, nos anos 1990, para decidir de forma diametralmente oposta (argumentam os críticos) pouco mais de uma década depois. É essa superação da doutrina da autocontenção judicial que pretendemos analisar, por meio do que consideramos sua máxima expressão: a evolução do entendimento da Corte quanto à impossibilidade de invalidação de normas constitucionais *originárias*.

2. A intangibilidade do texto originário da Constituição

A tradição jurídica brasileira, a respeito da jurisdição constitucional, é bastante desenvolvida. Muitos livros já foram escritos sobre o assunto, e milhares de trabalhos acadêmicos esmiuçaram, desde 1988, praticamente todos os aspectos minimamente controversos sobre a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas, por meio dos mecanismos que foram previstos na Constituição e de outros que, posteriormente, foram sendo incorporados aos regramentos e à

²² POSNER, Richard A. Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution. *Case Western Reserve Law Review*, v. 37, n. 2, p. 179–217, 1986.

²³ “A jurisprudência das Turmas desta Corte é firme no sentido de que é vedado a este Tribunal, via de

declaração de inconstitucionalidade de *parte* de dispositivo de lei, alterar o sentido inequívoco da norma. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo. Não, porém, como legislador positivo” (AI 153.334 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30/10/1995).

jurisprudência do STF, notadamente a “interpretação conforme a Constituição”, em que a norma atacada não é retirada do ordenamento, mas tem seu “sentido” definido (ou limitado) pelo Tribunal, excluindo outras possíveis interpretações que, caso adotadas, iriam de encontro à Constituição Federal.

Logo no início da vigência da CF/88, até emendas constitucionais foram atacadas e examinadas no controle concentrado. Ao analisar normas editadas pelo constituinte derivado, o STF estava a dizer que sua competência chegava até ali, ou seja, o texto constitucional *modificado por emenda* não estava imune ao escrutínio judicial. Restava saber se o próprio texto *originário* da Constituição poderia ser, de alguma forma, sindicado pela Corte, e, em caso positivo, qual seria o parâmetro de controle utilizado nessa análise.

Quem defende essa ideia - da possibilidade de que normas constitucionais originárias sejam declaradas inconstitucionais por ofensa a uma “normatividade transcendente” ao texto da própria Constituição - normalmente, invoca antiga monografia de Otto Bachof, que relatava algumas decisões de Cortes alemãs

no período pós segunda guerra mundial, que efetivamente afastaram a aplicação de um dispositivo específico da Lei Fundamental alemã. Bachof realmente defendeu a possibilidade de uma norma constitucional *originária* ser considerada “inconstitucional” ou “ilegítima”, a depender de como a questão fosse analisada. Seria *inconstitucional* se em conflito com dispositivo da própria Constituição que representasse a positivação de um direito “supralegal”, pois este direito possuiria *status* normativo superior; e *ilegítima*, para usar classificação de Jorge Miranda,²⁴ se ofensiva ao que o autor chama de direito “suprapositivo”, ou seja, um direito da mesma ordem do “supralegal”, mas não positivado.

O autor alemão não formula uma definição precisa do que seria este direito “suprapositivo”, que aparece muitas vezes em sua obra, apenas indicando alguns de seus contornos. Diferenciou-o do direito natural, que seria decorrente da razão - ou das “leis da natureza” - enquanto aquele seria “objetivamente verificável”. Diz ainda que o direito suprapositivo existe anteriormente à Constituição, vinculando o próprio poder constituinte originário.²⁵

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 479. Mais à frente, o autor diverge de Bachof: “No interior da *mesma* Constituição originária, obra do *mesmo* poder constituinte formal, não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem

vemos como, órgãos de fiscalização instituídos por este poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer de suas normas” (p. 480).

²⁵ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

Desta forma, a Constituição, ao reconhecer a existência deste direito supralegal e incorporá-lo, não estaria a “criar direito”, mas apenas a *reconhecer* a existência de um direito anterior.

A Controvérsia que Bachof examina no texto, que é de 1951, tem relação com o direito de petição ou do livre acesso à Justiça. A então recente Lei Fundamental Alemã de 1949 determinava a *impossibilidade* de propositura de ação judicial em determinado caso, enquanto pendente regulamentação legal.²⁶ A Lei Fundamental não estatuiu o “livre acesso à Justiça” como direito fundamental, limitando-se a preservar, no art. 17, o direito de petição. O “livre acesso à Justiça” seria, portanto, um direito supralegal não positivado, na terminologia de Bachof. De fato, houve decisões que deram suporte à tese de Bachof, por determinado tempo, especialmente uma, citada por ele na monografia, prolatada pela Corte Constitucional da Bavária: “Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio

legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas”.²⁷

A investigação de Bachof expõe duas vertentes: (a) a primeira, reconhece a existência de um direito suprapositivo, que vincularia o próprio constituinte originário e que permitiria o crivo do trabalho deste em cotejo com aquele; (b) a segunda, admite a existência de uma hierarquia interna à própria Constituição, com os direitos fundamentais, dentre outras disposições elementares, ocupando posição de proeminência e podendo funcionar como parâmetro de controle do restante da Carta (observando que o autor não subscreveu uma hierarquia intraconstitucional arbitrária, mas apenas no caso de norma que importasse em positivação do direito supralegal).

No Brasil, localizamos apenas uma decisão de Tribunal invocando a tese de Otto Bachof, endossando a segunda vertente. Curiosamente, o tema tem relação com o que foi debatido na ADPF 132, que será examinada adiante. Pouco antes da promulgação do atual Código Civil, houve

²⁶ “Artigo 131. Lei federal regulará a situação jurídica de funcionários públicos, incluindo refugiados e exilados (...) *Até que lei federal reguladora da matéria entre em vigor, não serão admitidas ações legais, salvo se lei estadual dispuser em contrário*” (grifamos).

²⁷ “A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está a priori e por definição excluída pelo fato de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios

constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas” (Tribunal Constitucional da Bavária — Verfassungsgerichtshof. DÖV 1950, 470 = VerwRspr. II, n° 65, apud Otto Bachof, *Normas...* (cit.), p. 23-24).

decisão judicial da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, em Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal. Na ação, que tinha como réu o INSS, objetivava-se que o companheiro homoafetivo fosse considerado dependente *na mesma classe* dos companheiros heteroafetivos. Não havia a pretensão de que fosse conferido o “instituto jurídico” da “união estável” ao relacionamento, apenas que se garantisse a igualdade de direitos previdenciários. Houve o deferimento de tutela antecipada na primeira instância, com eficácia para todo o território nacional. O INSS chegou a editar norma interna sobre o atendimento à determinação judicial.²⁸

Em 27 de julho de 2005, houve o julgamento da apelação do INSS contra a sentença do juízo de primeiro grau (que havia confirmado a tutela antecipada). No Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, a decisão foi unânime no sentido de

que não era possível distinguir casais heteroafetivos e homoafetivos, no que se refere à possibilidade de acesso a benefícios previdenciários: “O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes *se antecipam às modificações legislativas*” (grifamos).²⁹

O problema é que a Constituição Federal previa a “união estável” apenas para “o homem e a mulher”,³⁰ em redação taxativa e, como se verá adiante, *propositalmente* restritiva. Diante disso, vendo fechadas as portas da via interpretativa, o TRF da 4ª Região adotou expressamente tese de Bachof, citando trecho de artigo em que se defende que o § 3º do art. 226 da Constituição, seria uma “norma constitucional inconstitucional”, na tentativa de resolver o problema argumentativo por uma hierarquia normativa interna à Constituição.³¹ O TRF,

²⁸ Trata-se da Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 8/06/2000. Segundo a ementa, a norma estabelecia, “por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”. Foi revogada pela Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010, publicada no DOU de 11/08/2010, que atualmente regula a matéria. Através da Portaria MPS nº 513, de 09 de dezembro de 2010, publicada no DOU de 10/12/2010, o Ministério da Previdência Social estabeleceu que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” (art. 1º).

²⁹ TRF da 4ª Região, ACP 9347-51.2000.4.04.7100, Rel. Desembargador João Batista Pinto Silveira, julgamento em 27/07/2005.

³⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (grifamos).

³¹ A citação no julgado do TRF da 4ª Região é de DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 4, pp. 7-13, 2000. Do artigo se lê: “Assim, discriminatória a distinção que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea. A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar

ao adotar — unanimemente — esta tese, reconheceu uma *hierarquia* interna à própria Constituição, no ápice da qual estariam os direitos fundamentais, e em especial a dignidade da pessoa humana. Os Desembargadores argumentaram, atribuindo aos direitos fundamentais “centralidade” no sistema constitucional, mas acabaram afirmando, ainda que timidamente, sua *superioridade* não apenas axiológica, mas *normativa*.³²

Contudo, *ambas* as teses já haviam sido rejeitadas expressamente pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI 815, julgada em 1996, o Governador do Rio Grande do Sul questionava o § 1º do art. 45 da CF, sustentando a possibilidade de normas constitucionais originárias serem inconstitucionais, por haverem “normas constitucionais superiores a outras”, e citando Bachof na fundamentação. O argumento era bem simples: o Constituinte estabeleceu uma proporcionalidade na composição da Câmara Federal, relativamente à população de cada Estado, e previu um Senado Federal com

composição paritária para todas as unidades federativas. No § 1º, contudo, estatuiu limites mínimo e máximo de oito e de setenta Deputados, respectivamente, para cada Estado. Isso significa que Estados pouco populosos tivessem *proporcionalmente* representação “superior” à de São Paulo, limitado a setenta deputados, mesmo que sua população aumente. Segundo o autor da ação, um deputado de São Paulo representava muito mais pessoas, violando o princípio da igualdade do voto.

Ao decidir a ADI, o STF se pronunciou unanimemente pela *impossibilidade jurídica do pedido*, de modo que, independentemente do direito “superior” invocado, o controle não seria possível por uma questão formal: a ausência de *competência* do STF para tanto.

(...) na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e *não para, com relação a ela, exercer o*

as próprias normas constitucionais. Por uma questão de coerência, mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito. Assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como já sustentava Otto Bachof, em 1951”.

³² “O princípio da dignidade humana traz no seu bojo a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; (...) Daí falar-se, em consequência, na centralidade dos

direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, eis que eles cumprem funções estruturais, são *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Ou seja, as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; estão submetidas a processos difíceis de revisão; constituem limites materiais da própria revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais” (ACP 9347-51.2000.4.04.7100 (cit.), do voto do Relator).

papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.³³ (grifamos)

O Relator da ação, Ministro Moreira Alves, refutou especificamente a vertente que seria futuramente adotada pelo TRF da 4ª Região, entendendo que a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais, possibilitando a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, era “impossível com o sistema de Constituição rígida”. Todas as normas constitucionais originárias, assim, “retiram sua validade do Poder Constituinte originário e não das normas que, também integrantes da mesma Constituição, tornariam direito positivo o direito suprapositivo, que o constituinte originário integrou à Constituição ao lado das demais e sem fazer qualquer distinção entre estas e aquelas”.

Para Moreira Alves, as duas vertentes, na verdade, seriam uma só: “se uma norma *constitucional* infringir uma outra norma da Constituição, “positivadora” de direito supralegal, tal

norma será, em qualquer caso, *contrária ao direito natural*”, o que implicaria em dizer que é inválida não por violar aquela norma “positivadora” de direito supralegal, mas, sim, por não ter o constituinte originário autolimitado, sua atuação diante daquele direito suprapositivo que lhe serviria de parâmetro. Acabou por endossar, assim, a tese de Jorge Miranda.³⁴ Quanto aos direitos fundamentais e “cláusulas pétreas”, considerou que não podem ser invocados para a sustentação de inconstitucionalidade de normas constitucionais “inferiores” em face de normas “superiores”, “(...) porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio Poder Constituinte originário”.

O voto do Ministro Moreira Alves tornou-se paradigmático da questão no direito brasileiro. Alguns autores afirmaram que é a refutação mais “vigorosa” à tese de Bachof.³⁵ Paulo Bonavides chegou a se referir à ADI 815

³³ STF, *ADI 815*, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28/03/1996, grifamos.

³⁴ “Essa violação não importa questão de inconstitucionalidade, mas questão de ilegitimidade da Constituição no tocante a esse dispositivo, e *para resolvê-la não tem o Supremo Tribunal Federal* — ainda quando se admita a existência desse direito

suprapositivo — *competência*” (Ibidem, grifo nosso).

³⁵ Dentre os poucos autores brasileiros que se ocuparam da ADI 815, a decisão foi especialmente aprovada por Paulo Bonavides (*A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004).

como “a peça mais subversiva dos princípios constitucionais já formulada neste País”.³⁶

A decisão do STF resultava no reconhecimento de um poder constituinte originário, cujas limitações decorreriam da percepção dele próprio de seus limites, de que a violação poderia redundar em uma crise de legitimidade, mas que não abriria a possibilidade de um controle jurisdicional - não muito diferente de uma crise de legitimidade do próprio Poder Judiciário ao não exercer semelhante autocontenção.³⁷

A ADI 815 foi julgada em 1996, mas a composição mais recente do STF reafirmou o entendimento em 2008, no julgamento da ADI 4.097, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade de norma da Constituição que impede a candidatura de analfabetos para cargos eletivos.³⁸ A questão era tão sedimentada, que o Relator, Min. Cezar Peluso, indeferiu a inicial por inépcia, julgando o pedido *juridicamente impossível*. Na decisão, o Ministro cita vários autores, um deles rejeitando expressamente a tese de Bachof, e se ampara no precedente da ADI 815. Foi

bem enfático ao argumentar que “o que, em absoluto, se não admite, em sistemas como o nosso, de Constituição rígida, é ação tendente a atacar norma editada pelo constituinte originário”.³⁹ Houve agravo regimental, e a decisão do Plenário, sem nenhuma discussão, foi no mesmo sentido, determinado que “não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário”.⁴⁰

A Corte professou, nas duas oportunidades, o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, pelo qual não é possível o controle de constitucionalidade de norma constitucional *originária* em face de outra de mesma estirpe. Ainda que uma disposição pudesse ser considerada “axiologicamente” superior, não haveria hierarquia *normativa*. Quanto à questão da competência, o STF entendeu que não era possível a ele, enquanto Tribunal *constituído*, fiscalizar o trabalho do poder *constituente*, de modo que mesmo a “ilegitimidade”, de que falavam os

³⁶ Em *A Constituição Aberta* (cit.), p. 214. O mesmo autor reconhecera, anos antes, que “a teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder”, o que impossibilitaria o exercício da jurisdição constitucional sobre o texto originário da CF/88 (*Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994).

³⁷ Dentre os autores clássicos do direito constitucional brasileiro, muito citados pelo STF à época do julgamento da ADI 815, José Afonso da

Silva sustentava que “quando se trata de estabelecer uma constituição nova, a decisão provém de um *poder constituinte originário*, não limitado juridicamente” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999)

³⁸ O § 4º do art 14 da Constituição Federal.

³⁹ ADI 4.097, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática em 25/06/2008.

⁴⁰ ADI 4.097 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 08/10/2008.

constitucionalistas, não poderia ser pronunciada pela Corte.

3. A mudança progressiva do paradigma

A intangibilidade do texto originário da Constituição foi reafirmada em 2008, mas houve julgamentos em 2006 e 2007, que mitigaram a força da tese e podem ser considerados precursores da ADPF 132, no sentido de que contêm manifestações dos Ministros sobre uma possível superação do *judicial self-restraint*. O primeiro precedente, que não é do Plenário, desenha uma atribuição *excepcional*, e ainda tímida, do STF de atuar de forma heterodoxa em casos atípicos. No segundo, os Ministros desafiam diretamente o dogma de que é vedado ao Judiciário atuar como legislador positivo.

3.1 Exceção à regra: o primeiro caso

Ao julgar agravo regimental na Reclamação 3.034-2, o STF acabou admitindo, sem muito debate, a existência de uma exceção não prevista na norma, e no

caso se tratava de norma originária da Constituição.

Ao instituir o sistema de precatórios para os pagamentos devidos pelo poder público, em decorrência de condenação judicial - modelo que o STF já havia considerado constitucional - houve apenas uma exceção prevista pelo Constituinte originário para que o Judiciário determinasse o *sequestro* de verba. A redação anterior do §2.º do art. 100 da CF/88⁴¹ preceituava que o Presidente do Tribunal que proferisse a decisão exequenda poderia determinar o sequestro da quantia devida “*exclusivamente* para o caso de preterimento de seu [do credor] direito de precedência” (grifamos). Não obstante a literalidade da regra, a ausência de exceção explícita e, ainda, o uso do vocábulo “*exclusivamente*”, a reforçar a ideia de que o legislador - constituinte originário - foi *taxativo*, o STF referendou decisão que determinou o sequestro no caso de credor acometido de moléstia grave, citando expressamente lição de Carl

⁴¹ Art. 100. à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder

Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e *exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência*, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito (grifei).

Schmitt, de que as normas “só valeriam para situações normais”.⁴²

Embora a Corte tenha fundamentado a decisão, ressaltando a excepcionalidade da situação, deu um salto argumentativo e deixou sem análise a sua legitimidade para este tipo de tomada de decisão *heterodoxa* e, mais pertinente ao mérito da decisão, não explicitou porque, exatamente, entendeu que o caso em análise era excepcional, já que não apresentava, aparentemente, características que não pudessem ser facilmente previstas pelo legislador, ou que fossem peculiares em relação a outras efetivamente consideradas - como o caráter alimentar da verba devida pelo poder público, por exemplo, situação que foi contemplada com exceção expressa à regra. Por fim, os julgadores não acenaram com a possibilidade de esta conclusão ser aplicada de forma generalizada em casos similares no futuro, considerando que proferida em procedimento que não implica vinculação das instâncias inferiores do Judiciário. Criou-se uma exceção à norma constitucional originária.

3.2 Superando a impossibilidade de atuação como legislador positivo: o segundo caso

A Constituição promulgada em 1988 garantia aos trabalhadores o direito de greve, mas esse direito era *condicionado*, no caso dos servidores públicos, à edição de lei específica. A CF previu também o Mandado de Injunção como mecanismo para impugnar a falta de lei regulamentadora de um direito constitucional, o que acabaria por frustrar o seu exercício. A Corte sedimentou, logo no início dos anos 1990, que esta ação constitucional servia apenas para que se notificasse o poder competente para editar a norma - no caso, o Congresso Nacional - já que o Judiciário não poderia fixar um prazo para o legislador agir, em decorrência da separação de poderes, nem poderia atuar como “legislador positivo”.⁴³ Com relação especificamente ao direito de greve, em 1994 o STF reconheceu que havia mora do Congresso na edição da lei, e, aplicando o entendimento consolidado até então, notificou-o para que cumprisse a obrigação constitucional de legislar, o que não ocorreu.

⁴² STF, Agravo Regimental na Reclamação 3.034-2, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 21/092006.

⁴³ “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido,

posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (STF, *MI 168*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21/03/1990).

Em 2007, depois de treze anos da primeira notificação, o Tribunal julgou conjuntamente três MI e rompeu com o entendimento sedimentado, para admitir uma atuação positiva da Corte, em casos em que a inércia legislativa fosse considerada “inaceitável”. Determinou-se a aplicação “no que coubesse” da Lei de Greves do setor privado e definiram-se competências jurisdicionais para apreciação dos dissídios e os serviços públicos que não poderiam ser interrompidos pelos grevistas.

Houve aqui, na verdade, duas rupturas: (1) a primeira com relação à leitura da previsão constitucional relativamente ao mandado de injunção, que qualificou e diferenciou os casos em que a demora estivesse a violar de forma relevante direitos de estatura constitucional; (2) a segunda com relação ao dogma da vedação à atuação como *legislador positivo*, já que, embora tenha prevalecido a corrente pelo uso da lei de greves do setor privado, houve manifestações relativizando a autocontenção consagrada na Corte e um dos Ministros efetivamente *redigiu* uma lei completamente nova, que pretendia ser aplicável ao caso.

No início do acórdão do MI 670, em 2007 - que é o caso que mais nos interessa - a conformação jurídica do mandado de injunção, dada pela jurisprudência do STF, foi resumida, demonstrando que, até ali, efetivamente se compreendia não ser possível que a Corte adotasse uma postura ativa, a fim de sanar a omissão inconstitucional, salvo a adoção de medidas de natureza *cautelar*, para garantir a preservação de direitos.⁴⁴ Os Ministros, portanto, se posicionavam de forma consciente contrariamente ao entendimento consolidado da Corte. Durante todo o julgamento, houve a preocupação de que o STF estaria assumindo um papel que não lhe seria próprio, o de *innovar* no ordenamento. Mas o Min. Gilmar Mendes diz que, apesar disso, a situação reclamava essa solução heterodoxa, pois o caso já configurava uma omissão judicial: “Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de ‘omissão judicial’”.

Ao final, como surgiu nos debates a questão de o Judiciário não poder

⁴⁴ MI 670, Rel. originário Min. Maurício Corrêa, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007. O argumento final foi sintetizado pelo Min. Gilmar Mendes da seguinte forma: “De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e

por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito”.

atuar como legislador positivo, o Min. Gilmar Mendes afirmou que eles estavam tutelando uma questão singular, e que não havia um rompimento com o *judicial self-restraint*.⁴⁵ Foi proclamada uma compreensão do papel institucional da Corte, pautado pela deferência ao legislador, mas no caso *peculiar* em que se identificou uma “recalcitrância histórica”, a decisão poderia ser heterodoxa. Inclusive, como forma de conciliar a decisão com a postura de deferência tradicionalmente adotada pela Corte, o voto vencedor propôs que se utilizasse produto da “vontade hipotética” do próprio legislador, ao sugerir a adoção provisória das regras aplicáveis às greves no âmbito privado. Para dar ainda mais força à sugestão, o Min. Gilmar Mendes fez, em apêndice a seu voto, uma comparação analítica entre a Lei 7.783/89 e os projetos de lei para regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, que tramitavam no Congresso Nacional, a demonstrar que não havia contradições essenciais entre eles, pelo que a “vontade hipotética do legislador” não seria ofendida.

Apesar disso, no MI 712 (que foi julgado conjuntamente com o MI 670), o Min. Sepúlveda Pertence disse - embora

não discordando da conclusão - que não se devia “mascarar” o fato de que o STF estava, sutilezas à parte, legislando: “Não mascaremos a coisa. Estamos aplicando uma lei que diz, expressamente, que não se aplica à greve dos servidores públicos. Poderíamos adotar a lei do Paraguai. Seria uma forma de legislar igualzinha a essa”.⁴⁶ O Min. Marco Aurélio consta da ata de julgamento como “vencido”, mas isso porque, avançando em sua posição externada em 1994, desta vez chegou a efetivamente confeccionar “mini-leis” específicas para os casos em decisão, de modo que seu voto acabou por caracterizar divergência isolada, embora convergisse com os demais quanto à necessidade de efetividade no mandado de injunção e à abusividade da inércia legislativa. Considerava impossível a adoção, para o serviço público, das regras existentes para a greve no âmbito privado, e não viu impedimento para que desenvolvesse o diploma normativo que o Congresso Nacional deixara de elaborar.⁴⁷

Logo, embora a maioria tenha proclamando que não se estava a romper com o *judicial self-restraint*, houve manifestação de pelo menos um Ministro

⁴⁵ “Na verdade, creio que todos os votos aqui proferidos — o Ministro Celso de Mello foi o que mais se estendeu a respeito — partiram da premissa de esse caso específico configurar uma situação singular. (...) Era uma situação peculiar em que havia uma recalcitrância histórica. Não se trata de o Tribunal romper com a doutrina de ‘self-restraint’”

(Ibidem, dos debates à p. 143 do inteiro teor do acórdão).

⁴⁶ MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25/10/2007, conjuntamente com o MI 670 (a partir de 7/06/2006), do voto do Min Sepúlveda Pertence.

⁴⁷ MI 670 (cit.), p. 199 do inteiro teor do acórdão.

que acusou a Corte de fazer justamente isso, e, anos depois, a superação do dogma foi inequívoca.

3.3 - O fim do *self-restraint*? A superação de norma constitucional originária

A Constituição Federal prevê, no capítulo que trata da “família”, que a *união estável*, instituto que passou a ser reconhecido no direito brasileiro com a Carta de 1988, é configurada pela união entre “o homem e a mulher”.⁴⁸ A parte final do dispositivo constitucional, que determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, servia de argumento para que se negasse a possibilidade de que uma união homoafetiva pudesse ser assim reconhecida, já que o casamento era juridicamente impossível. Na legislação brasileira, nenhuma norma continha previsão que amparasse um pleito de “oficialização” de união entre pessoas do mesmo sexo.

O Código Civil de 1916 previa apenas que o “marido” era o chefe da sociedade conjugal (art. 233), e estatuiu os “direitos e deveres da mulher” a partir do art. 240. O atual Código Civil, promulgado em 2002, foi mais sutil, mas também prevê

somente a relação heteroafetiva como merecedora de proteção estatal, ao dispor que “o casamento se realiza no momento em que *o homem e a mulher* manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (art. 1.514, grifamos). Essa exclusividade é reforçada no art. 1.517, que prevê que “*o homem e a mulher* com dezesseis anos podem casar (...)”. A *contrario sensu*, um casal composto por dois homens, por exemplo, não poderia contrair matrimônio. E sem a proteção Constitucional da união estável homoafetiva, também não teriam os direitos decorrentes desta união, como a proteção previdenciária. Ao tratar da união estável, o Código Civil de 2002 apenas repetiu a CF no art. 1723.

Assim, por exemplo, um homem segurado da Previdência Social que falecesse, deixaria para sua esposa ou companheira um benefício (a pensão por morte), mas se estivesse em relação homoafetiva, ainda que com todos os contornos normalmente exigidos para a caracterização da união estável, seu companheiro não receberia nenhuma prestação do Estado. O cotejo entre as normas dava resultado praticamente inexorável, pois a Lei 8.213/91, que

⁴⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável

entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (grifamos).

regulamenta os benefícios do regime geral de Previdência Social, dispõe que são beneficiários “o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido”. Logo, o dependente teria de ser cônjuge - pressupondo-se o casamento, que somente poderia ser contraído entre homem e mulher - ou *companheiro*, e a esse respeito, a Lei 8.213 prossegue estabelecendo, no § 3º, que “Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, *de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal*”.

Ao remeter ao texto da CF, a Lei “blindou” a união estável, que no âmbito previdenciário também somente poderia ser reconhecida entre o homem e a mulher. O texto é de 1991, pouco depois da promulgação da Constituição Federal, em 1988, mas o Código Civil, que é de 2002, em nada modificou esse estado de coisas. Contudo, pouco antes mesmo da promulgação do atual Código Civil, houve decisão judicial da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, depois confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, utilizando a tese de

Otto Bachof sobre as “normas constitucionais inconstitucionais”, julgado que já analisamos acima, determinando que se estendesse aos casais homoafetivos o benefício de pensão por morte. Como se vê, havia a tentativa pontual e específica de que determinados direitos fossem conferidos aos casais homoafetivos, mas o instituto jurídico da união estável, bem como o do casamento, lhes permaneciam vedados pela taxatividade do texto constitucional. Mas o TRF nada disse sobre os casais em que um dos conviventes fosse servidor público, integrante de regime próprio de previdência, para os quais a decisão da ACP não servia, já que é restrita ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Anos depois, o Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs a ADPF 132, questionando dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis daquele Estado, e também apontando “decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como ‘heterossexual’”.⁴⁹

O problema que se apresentava ao Judiciário é que, desta vez, não havia como invocar a Constituição ou algum

⁴⁹ STF, *ADPF 132*, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011. O Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro,

Decreto-Lei 220/1975, teve vários dispositivos impugnados, diante da compreensão que se dava às expressões “família” e “cônjuge”.

princípio nela revelado para, conferindo-lhe força normativa, ampliar ou restringir a aplicação de determinadas normas *infraconstitucionais*, remodelando o ordenamento. A *própria* Constituição continha a norma “problemática”. Não havia como reduzir o caso, em princípio, às tradicionais ferramentas da inconstitucionalidade ou da, muito utilizada, interpretação conforme a Constituição. Não havia rejeição expressiva no Judiciário ao reconhecimento dos direitos civis dos casais homoafetivos, mas sem uma modificação constitucional por via de emenda, o teor do § 3º do art. 226 da CF era bastante limitador, ainda mais, considerando que faz parte do texto *originário* da Constituição, que estaria *fora* do alcance do STF, conforme tranquila jurisprudência da Corte.

Em sessão contínua, dividida em dois dias, a Corte decidiu de forma conjunta a ADPF 132 e a ADI 4.277. Esta segunda ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, e tinha por objetivo que o Tribunal conferisse “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil, que prevê a união estável

apenas entre o homem e a mulher. Nesta ação, o Procurador-Geral da República requereu que o STF declarasse: (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁵⁰ O propósito do PGR não era, portanto, pontual como na ACP em que se estendeu aos casais homoafetivos direitos previdenciários. Ele queria que lhes fosse conferido um instituto jurídico, a união estável, e conseqüentemente *todos* os direitos daí decorrentes.

Em síntese, apesar da redação taxativa, o Relator sustentou seu voto na possibilidade de *interpretação* do § 3º do art. 226 da Constituição, argumentando que (I) o artigo e seus parágrafos não encerrariam lista exaustiva de entidades familiares merecedoras da proteção do Estado; (II) tratava-se de norma *emancipadora* dos muitos casais

⁵⁰ A ADI foi recebida originalmente como ADPF, mas o Presidente do STF à época, Min. Gilmar Mendes, entendeu que, como o objetivo expresso era a interpretação conforme de artigo do Código Civil, deveria ser processada como “ação de inconstitucionalidade”. A então ADI 4.277 foi encaminhada ao Min. Ayres Britto, que já era Relator da ADPF 132, em razão de regra de

prevenção e julgamento simultâneo de causas em que haja “coincidência total ou parcial de objetos”. Na verdade, o *objeto* das duas ações era tecnicamente distinto, mas o fundamento — o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva — era comum a ambos e se mostrava o ponto relevante da controvérsia.

heteroafetivos que estavam em união estável e, antes da Constituição Federal, em situação “clandestina” juridicamente, de modo que não poderia ser interpretada para *restringir* direitos de determinada minoria; (III) a interpretação sistemática da Constituição, especialmente das normas que garantem a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e vedam o preconceito, demandava que se desse aos casais homoafetivos o mesmo tratamento conferido à união estável heteroafetiva.⁵¹ A conclusão do voto foi pela *interpretação* conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil - e, por extensão, do § 3º do art. 226 da própria CF, já que aquele era reprodução quase literal deste, mas isso não constou do dispositivo - de modo a “retirar-lhe qualquer leitura” que redundasse na impossibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão foi *unânime*, revelando um consenso da Corte de que a situação era violadora de direitos fundamentais de parcela relevante da sociedade, e necessitava de solução pelo Poder Judiciário. Mas a *fundamentação* desta conclusão foi problemática, com divergências entre os Ministros quanto aos limites da interpretação conforme a Constituição, especialmente após

intervenção do Min. Gilmar Mendes - que em 2007 havia, como visto, manifestado que a Corte *não* estava rompendo com o *judicial self-restraint* - proclamando que, naquele caso, o Tribunal estava de forma inequívoca atuando de forma “positiva”, ou seja, como “*legislador positivo*”, em oposição à afirmação tradicional de que a Corte teria um papel apenas de legislador *negativo* na jurisdição constitucional.

Ao não assumir que estava exercendo a jurisdição constitucional sobre texto originário da Constituição, o STF não sustentou especificamente sobre a *possibilidade* de fazê-lo, como na ADI 815. Evitando esse debate, preferiu tratar o problema como uma interpretação de dispositivo do Código Civil. Todavia, apesar da retórica externada nos votos, os debates orais entre os Ministros revelaram que se tratava de inequívoca superação da norma constitucional originária.

O Relator, em síntese, fez construção tentando, de um lado, mostrar que a proibição de preconceito em razão da preferência sexual está consagrada na Constituição em dispositivos topograficamente relevantes (arts. 1º e 3º, além do preâmbulo) e “fundamentais”, consagradores de princípios estruturantes da República; de outro lado, invoca várias

⁵¹ STF, ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011.

vezes uma liberdade “natural” e “intrínseca” do ser humano em decidir quanto à própria sexualidade. Ambos os argumentos estão muito próximos das duas vertentes da tese de Bachof, acima detalhadas, pois revelam implicitamente normas constitucionais de *status* superior, determinando o alcance e a “interpretação” de *outra* norma constitucional - o § 3º do art. 226 - e um direito transcendente e “elementar da criatura humana” que parece enquadrável no direito “suprapositivo”, que Bachof rascunhou, mas deixou de definir. Claramente o Relator buscava construir uma “coerência sistêmica” da Constituição em determinado sentido, isolando a norma “problemática” (o § 3º do art. 226).

A partir de determinado ponto do voto, o Relator passa a tratar da limitação constitucional, e começa pelo *caput* do art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Cita, em seguida, *todos* os parágrafos do art. 226 e alguns do art. 227, que tratam de temas diversos, como adoção, coibição da violência no seio familiar, direitos iguais para filhos adotivos e naturais etc. Depois disso, concluiu que, o que é *relevante* de todo esse conjunto normativo - que o

chamou de “estrutura de linguagem prescritiva” - é a proteção à *família*.⁵² O Relator parece considerar irrelevante, neste momento, a acessoriedade hermenêutica do § 3º do art. 226 em relação ao *caput*. E segue nessa linha, lembrando uma série de dispositivos constitucionais que tratam de “família” sem qualificar o termo, como o que prevê o direito ao trabalhador do “salário-família”. Para ele, isso era um indicativo de que o legislador constituinte admitira mais de uma possibilidade de configuração da “família”, além da tradicional composição homem-mulher.

Todavia, o fato de o legislador constituinte não ter determinado, nos muitos dispositivos citados, a composição da “família” ali referida, é facilmente explicado pelo fato dele ter *definido* a família em dispositivo e capítulo próprios, justamente no art. 226 e seguintes da Constituição. O suposto “silêncio” do constituinte pode ter sido simples uso de técnica legislativa, para separar disposições normativas em um mesmo documento por temas específicos. A título de exemplo, a Constituição trata, em muitos dispositivos, de questões relativas a “eleitores” ou ao “eleitorado” (conjunto de eleitores em

⁵² “De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (...), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela — insista-se na observação — é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu

coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.”

determinada circunscrição), mas não entra em detalhes sobre o que se entende por esses termos, que são especificados apenas nos arts. 14 a 16, no Capítulo IV, que trata dos “Direitos Políticos”. Portanto, a referência do constituinte à “família”, sem qualificação, em vários dispositivos, não significa necessariamente a adesão a uma “diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos”, como conclui o Relator. Havia, contudo, uma rejeição à ideia de que o constituinte *não* pretendeu estender aos casais homoafetivos a proteção à “família”, o que ele poderia facilmente ter feito, deixando de especificar sua composição em termos estritamente heteroafetivos.

Ainda que tenha andado mal o constituinte originário, o fato é que a trilha seguida pelo Relator demonstra a angústia decorrente da necessidade de decidir de determinada forma, mas esbarrando em um problema real de argumentação. A dificuldade revelava que a Corte estava a *derrotar* norma constitucional *originária* com aquele julgamento, em oposição ao que já havia afirmado outras vezes - de que o produto do constituinte originário estaria fora de seu alcance fiscalizatório, enquanto Tribunal Constitucional.

O Relator prosseguiu desenhando argumento de viés *interpretativo*, asseverando que o contrário

levaria à conclusão de que o constituinte foi “preconceituoso e homofóbico”:

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois *o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.* (grifamos)

Todavia, como ficará claro na sequência dos votos com a leitura de trechos dos debates travados na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, o constituinte deliberadamente *deixou* de contemplar os casais homoafetivos na proteção que conferiu à união estável e ao casamento, situação que, pela jurisprudência tradicional do STF, somente poderia ser solucionada por via de emenda constitucional - o que não impedia que se garantissem direitos civis diversos aos casais homoafetivos, como já havia ocorrido com direitos previdenciários e sucessórios, sem entrar na questão da definição de união estável.

É interessante notar que a argumentação do Min. Ayres Britto dá ao constituinte originário uma qualificação de “infalibilidade” ante a assertiva de que, de alguma forma, seu produto - a Constituição Federal - teria necessariamente de guardar uma perfeita coerência interna, argumento

que funcionaria como um vetor interpretativo, impondo a solução pela via da interpretação de quaisquer “incoerências”. Assim, a regra clara, mas injusta, foi “interpretada” para que, de forma coerente com o restante da CF/88, se alcançasse a elusiva *verdadeira* intenção do constituinte. O STF se impôs o ônus de tomar decisão heterodoxa, mas buscava caracterizar isso como um exercício interpretativo ortodoxo. A argumentação do Min. Ayres Britto é semelhante ao *softening the law*, que a literatura americana atribui especialmente a Benjamin Cardozo.⁵³ A questão aqui é que a “incoerência” que demanda a interpretação coerentista foi, ela própria, criada por um argumento autoqualificado como interpretativo, em um procedimento circular. O Relator conclui que a norma não poderia ser “interpretada” de modo a fazer com que a letra da Constituição “matasse” o seu espírito:

(...) que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu

pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...⁵⁴ (grifamos)

Embora este argumento seja de difícil síntese, o trataremos aqui como “um artigo isolado da Constituição, ainda que claro e restritivo, não pode ser utilizado para mitigar direitos fundamentais que decorrem de uma interpretação sistemática da Constituição”. Por isso, antes, ele cita várias normas para fundamentar que uma interpretação *coerente* da Constituição, *caso não existisse* o § 3º do art. 226, levaria ao reconhecimento do direito à união estável homoafetiva. O argumento se aproxima bastante da admissão de hierarquia normativa *intraconstitucional*, pois, apesar de o raciocínio estar *correto* - já que de fato o § 3º do art. 226 é *anômalo* quando em cotejo com o programa constitucional garantista - ainda restaria saber o que fazer com o dispositivo constitucional que, conquanto incoerente, existe.

⁵³ GREY, Thomas C. *Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice*. William & Mary Law Review, v. 37, n. 1, p. 19–45, 1995.

⁵⁴ O Relator refere-se à Constituição brasileira de 1967, promulgada em pleno regime militar, alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ainda a cerca de quinze anos da redemocratização. A emenda foi promulgada

diretamente por Junta Militar, supostamente autorizada por “ato institucional”, instrumento frequente do regime. Pela norma que ficou conhecida como “Constituição de 1969”, já que a “emenda” era, na verdade, uma nova Constituição, o artigo referido pelo Relator tinha a seguinte redação: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”.

E os Ministros evidentemente concordavam que o constituinte foi de fato *incoerente*, tanto que, unanimemente, buscaram corrigi-lo. Mas não se tem uma análise jurídica quanto à *possibilidade* de o STF verdadeiramente *modificar* o conteúdo da Constituição Federal em atividade proclamada como interpretativa. Há um salto argumentativo que passa das razões de decidir diretamente à decisão, motivada por uma situação concreta de injustiça social, sem que se analisasse a possibilidade *jurídica* do pedido, lembrando que foi justamente pela *impossibilidade* jurídica do pedido que o STF decidiu as ADI 815 e 4.097.

Na sequência, oralmente, o Min. Luiz Fux admitiu que o caso era de “ousadia judicial”, e chegou a dizer que o STF se dispôs a fazer uma “travessia” que o *legislador* não ousou fazer. A Min. Cármen Lúcia, logo depois, argumentou de forma mais direta quanto ao § 3º do art. 226. Para ela, estava claro que a norma constitucional falava em “homem e mulher”, apenas, e não havia “artifício hermenêutico” que pudesse conferir a essa locução o significado de igualar *todas* as relações, tese lançada da tribuna. Mas entendeu que a *ausência* de previsão da proteção institucional à união estável homoafetiva não impedia o seu reconhecimento, que decorreria do sistema

da Constituição, concordando com o Relator.

Em aparte do Min. Gilmar Mendes durante o voto da Min. Cármen Lúcia, esse argumento foi detalhado. O Ministro lembrou que o art. 1.723 praticamente reproduz o art. 226, § 3º, da Constituição, de modo que não seria o caso de “interpretação conforme a Constituição”. A única leitura possível do problema, para ele, seria utilizar a interpretação conforme a Constituição para “afastar a *interpretação* de que o artigo veicularia uma *vedação* a que outros tipos de união estável pudessem ser reconhecidos”. Ou seja: *o constituinte originário não amparou a união estável homoafetiva, mas não impediu que o Judiciário o fizesse*. A Corte estava a atuar como legislador positivo, por uma causa nobre, e os debates evidenciaram que a atitude foi consciente.

O Min. Joaquim Barbosa acompanhou o Relator com fundamentos bastante semelhantes, valendo explicitar que, em seu voto, deixou claro que considerava aquele tipo de julgamento como inserido no *papel precípua* de uma Corte constitucional, que teria o mister de servir de ponte entre o direito e a sociedade, especialmente quando aquele anda em descompasso com esta, como era o caso para ele: “É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes

constitucionais, (...) as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como *bridging the gap between law and society*”.

Nos debates que se seguiram ao voto do Min. Joaquim Barbosa, o Min. Gilmar Mendes - que votaria na sequência - finalmente expressou que era *contrário* ao dogma de que o Supremo Tribunal Federal não deveria atuar como legislador positivo. Fez-lhe coro o Min. Marco Aurélio, para quem o brocardo revelava uma visão *míope* da função do STF.⁵⁵ Segundo o Min. Gilmar Mendes, o Tribunal estava claramente atuando de forma *positiva*:

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas *é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo*. Na verdade, essa afirmação — eu já tive oportunidade de destacar — tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a

resposta só poderá ser esta de caráter positivo.

A manifestação que se seguiu, ainda do Min. Gilmar Mendes, é reveladora da modificação da própria compreensão da Corte de seu papel no sistema político brasileiro, pois há o reconhecimento de que o Congresso Nacional seria o foro *adequado* para aquele debate, o foro por excelência, mas que, por sua inércia, *cabia ao Judiciário atuar decisivamente suprimindo a falta de pronunciamento legislativo* sobre o assunto. De forma explícita, as *dificuldades* na obtenção da maioria parlamentar, dentro do processo democrático, para a aprovação de lei ou emenda que desse concretude a princípios constitucionais, foi utilizada como argumento para uma atuação *positiva* do STF.

Nestes debates, a questão da literalidade do § 3º do art. 226 foi novamente colocada, de forma mais franca. O Min. Gilmar Mendes aderiu à *conclusão* do julgamento, mas deixou consignado que o Tribunal precisaria definir bem o *fundamento*, sob pena de a Corte praticar um *voluntarismo* que se aproximaria bastante do *arbitrio*, com o uso indiscriminado da interpretação conforme a

⁵⁵ “Min. Gilmar Mendes – Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que

o valha. Min. Marco Aurélio – De qualquer forma, penso que essa proclamação revela visão míope quanto à atuação do Supremo” (dos debates à p. 122 do inteiro teor do acórdão).

Constituição. O diálogo revela a incômoda posição da Corte naquele julgamento. O Min. Ricardo Lewandowski disse que eles estavam ocupando um espaço que era do Congresso Nacional, mas que havia “uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria”. O Min. Gilmar Mendes respondeu que naquele caso havia uma “singularidade” em razão de “um tipo de inércia legislativa” e para ele isso “reivindica, então, a atuação da Corte”.⁵⁶

Apesar da admissão de que a Corte estava a superar o *judicial self-restraint*, a parte dispositiva do voto utilizou, como mecanismo decisório, a tradicional fórmula da “interpretação conforme a Constituição”, sem mencionar o § 3º do art. 226 da CF que o Código Civil apenas reproduzia. Essa conclusão, todavia, encontra ainda outros sérios obstáculos na própria jurisprudência do STF. A Corte assentou, em diversos precedentes, que a

interpretação conforme a Constituição tem limites, que “resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador”. A interpretação conforme a Constituição seria, por este entendimento, apenas admissível se não configurasse “violência contra a expressão literal do texto” e se não alterasse “o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.⁵⁷

O Min. Ricardo Lewandowski pesquisou os debates sobre o tema na Assembleia Nacional Constituinte, e transcreveu trechos de discussões, “concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto”, pelo menos de acordo com a “vontade” do constituinte originário - o qual o STF já havia declarado ser, na prática, *ilimitado* juridicamente, à míngua da possibilidade de ser validamente questionado no Judiciário.⁵⁸

⁵⁶ Ibidem, p. 127 a 140 do inteiro teor do acórdão.

⁵⁷ As citações são todas da própria ADPF 132 (cit.), do voto do Min. Gilmar Mendes, p. 4. A título de exemplo da jurisprudência da Corte sobre a questão: “Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente” (ADI 1.344 MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18/12/1995); “Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição” (ADI 3.046, Rel.

Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/04/2004).

⁵⁸ Ibidem. O Relator cita o seguinte trecho de debate na constituinte: “O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI – Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (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 *gaysés* 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 *showástico*, nas revistas e jornais. O

Quase dois anos exatos após este julgamento, o Conselho Nacional de Justiça, composto por integrantes de várias carreiras jurídicas e representantes, inclusive, do Congresso Nacional, em atividade de controle externo, editou norma dispondo que os cartórios de todo o Brasil - que estavam, também, sob a fiscalização do Conselho - não poderiam recusar o registro de casamento de pessoas do mesmo sexo.⁵⁹

4. O dia seguinte: novos paradigmas para a jurisdição constitucional?

Embora o julgamento da ADPF 132 tenha representado uma ruptura sem precedentes do STF, com dogmas autoinfligidos pela Corte, com relação aos limites de sua atuação e ao alcance da jurisdição constitucional, e conquanto o *papel político* do Tribunal tenha sido substancialmente modificado, mediante as

declarações dos próprios Ministros acerca de sua concepção do próprio dever constitucional, ainda há várias decisões, *posteriores* a 2011, que se amparam nas mesmas máximas já derrotadas. Por exemplo, em julgado de 2014, decidiu-se que “o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”.⁶⁰

Essa aparente recalcitrância parece indicar uma contradição entre a percepção do papel *ideal* de um juiz no sistema político brasileiro, que é de deferência ao legislador (em regra), e a necessidade de decidir *alguns* casos de

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 o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. **Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia**, mas, para se evitar toda e qualquer malévola 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 com homem 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)” (grifei; segundo o Min. Ricardo Lewandowski, o debate consta do Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209).

⁵⁹ A Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, proposta pelo Presidente do STF e do CNJ à época, Min. Joaquim Barbosa, e adotada por uma votação de catorze contra um, é singela: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz correedor para as providências cabíveis”.

⁶⁰ STF, RE 602.890 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11/03/2014.

forma que acaba por violar essa posição de discricção. É perceptível a enorme dificuldade que os Ministros tiveram para fundamentar seus votos. Havia, naquela situação, vários óbices jurídicos à conclusão a que a Corte chegou. Apesar disso, os Ministros se dispuseram a decidir daquela forma, corrigindo o que viam como uma situação violadora da dignidade das pessoas que compunham casais homoafetivos e que, da mesma forma que os casais compostos por homem e mulher não casados antes da promulgação da Constituição, estavam em um *limbo jurídico*.

O fundamento revela uma compreensão da Corte pela *superioridade* dos direitos fundamentais sobre normas chamadas “setoriais” da Constituição, como é o caso do § 3º do art. 226. A literatura trata com tranquilidade de uma superioridade axiológica de determinadas normas constitucionais, especialmente aquelas que garantem direitos fundamentais, mas, nesses casos, o STF lhes conferiu uma superioridade *normativa*, capaz de controlar o resultado do julgamento e determinar a derrota de norma constitucional originária periférica.

Houve inequívoca mudança de orientação quanto ao *self-restraint* tradicionalmente pregado pelas

composições anteriores do Tribunal, havendo neste julgado a verbalização, por dois Ministros, de que a vedação ao Judiciário de atuar como legislador positivo não se coaduna com o *papel* da Corte no sistema político brasileiro. Esta percepção evoluiu de forma sensível na Corte, e foi proclamada em termos bem claros por seu decano, o Min. Celso de Mello, na parte conclusiva de seu voto:

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (...), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.⁶¹

Qualquer que seja a forma como se pretenda descrever essa perceptível tendência, que buscamos demonstrar com julgados que abrangem o período de 1990 a 2011, um consenso que pode ser obtido com facilidade é quanto à conveniência de que as Cortes constitucionais - e o Judiciário de maneira geral - assumam a responsabilidade pela opção feita de *tentar* alcançar, às vezes, uma justiça casuística *apesar* da regra.⁶²

⁶¹ ADPF 132 (cit.), do voto do Min. Celso de Mello, p. 48.

⁶² Posner relaciona o formalismo (argumentativo) com um ativismo judicial que não se assume como

Não está claro a partir de que ponto o STF entende que estão presentes as circunstâncias que autorizam a decisão superadora do *self-restraint*.

Tratar uma *escolha* como *dedução* do conjunto do sistema normativo, não contribui nem para que se tenha uma melhor compreensão da atividade judicial, nem para que se apure a correção da argumentação utilizada na adjudicação - já que a exigência de que as decisões judiciais sejam motivadas tem por propósito, justamente, que elas possam ser submetidas ao escrutínio da comunidade jurídica. Nesse sentido, todos convergem: “disfarçar uma *escolha* por meio de uma linguagem de *inexorabilidade* obscurece as razões da escolha e dificulta questionamentos sobre *como* ela foi feita e *se* ela poderia ter sido feita de forma diferente”.⁶³

De toda a sequência exposta, percebe-se que, embora não se conheça o próximo passo dessa modificação progressiva da percepção do STF de seu

papel institucional, pode-se concluir que, na jurisdição constitucional, a garantia de direitos fundamentais, que são percebidos pela Corte como de grande relevância social - como a garantia de pagamento rápido de dívida pública a um doente terminal e do direito de greve aos servidores públicos - e apoio popular - como assegurar a união estável de casais homoafetivos - permite a superação, ainda que episódica, do *judicial self-restraint*, inclusive no caso de norma constitucional originária percebida como incoerente com o restante da estrutura garantista da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo*

tal: “The activists denounce activism with gusto, illustrating the adage that hypocrisy is the tribute that vice pays to virtue. Chief Justice Warren never said in an opinion that he wanted to shift power from the other institutions of government to the courts in pursuit of his ethical visions. Indeed, as we shall see, activists frequently adopt the formalist style to conceal the degree to which they are asserting judicial power. Activists are ashamed to admit in public what they are about; they make you read between the lines. Although activism is respectable enough among academics today, it still is not sufficiently respectable among the general public for judges to dare to admit that they are activists; and this is the best evidence that judicial activism, 1984 model, is indeed unprincipled” (POSNER, Richard

A. The Meaning of Judicial Self-Restraint (cit.), pp. 17-18).

⁶³ Schauer, Formalism, p. 514. No original: “To disguise a choice in the language of definitional inexorability obscures that choice and thus obstructs questions of how it was made and whether it could have been made differently”. Mais adiante: “(...) mere citation of the statute as inexorably dictating the result would conceal from the litigants and from society the actual determinative factors. Insofar as we expect the reasons for a decision to be open for inspection (and that, after all, is usually the reason judges write opinions), failure to acknowledge that a choice was made can be criticized because knowing how the choice was made helps to make legitimate the products of the system” (p. 517).

- das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, n. 100, 2012
- GREY, Thomas C. *Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice*. *William & Mary Law Review*, v. 37, n. 1, p. 19–45, 1995
- IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*. New York: Penguin, 2006
- _____. *The Steps to the Supreme Court*. Hoboken: Wiley, 2012, pp. 11-12
- LEITER, Brian. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Org.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell, 2004, pp. 50-66
- LERNER, Max. *The Mind and Faith of Justice Holmes*. Boston: Little Brown, 1943
- MARANHÃO, Juliano S. A. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2005
- _____. *Law in the Age of Pluralism*. New York: Oxford University Press, 2007
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- POSNER, Richard A. Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution. *Case Western Reserve Law Review*, v. 37, n. 2, p. 179–217
- _____. *Reflections on Judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013
- _____. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, v. 59, n. 1, p. 1–24, 1983
- _____. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, v. 100, n. 3, p. 519–556, 2012
- REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage (Random House), 2007
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, p. 509–548, 1988.
- _____. *Playing by the rules: a philosophical examination of ruled-based decision-making in law and life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- _____. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal Reasoning*. Harvard University Press, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.