

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

JORDAN ADÃO COELHO DOS SANTOS

SUPREMA CORTE E O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF e da
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ

Uberlândia

2021

JORDAN ADÃO COELHO DOS SANTOS

SUPREMA CORTE E O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF e da
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ

Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, Campus de Uberlândia/MG.

Orientadora: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Uberlândia

2021

SUPREMA CORTE E O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF e da
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ

Artigo aprovado para a obtenção do título de
Bacharel na graduação em Direito da
Universidade Federal de Uberlândia (MG) pela
banca examinadora formada por:

Uberlândia, 09 de junho de 2021.

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Prof. Dr. José de Magalhães Campos Ambrósio

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, aos caminhos que Este me ofereceu para que fosse concluída mais essa etapa deste longo percurso que chamam de vida.

De igual forma, agradeço intensamente a minha família, ao meu pai, à minha mãe e à minha irmã, sem eles nada disso seria possível e sequer poderia ser pensável.

Agradeço, também, à Fernanda, pela presença diária, regada pelos risos, carinhos, choros e paciência. Obrigado por partilhar momentos comigo.

Por fim, agradeço aos professores que fizeram parte da minha formação até o momento, em especial ao Professor Doutor Alexandre Walmott Borges e ao Professor Doutor José de Magalhães Campos Ambrósio.

O passado é história, o futuro é mistério, e hoje
é uma dádiva, por isso é chamado de presente!

Provérbio chinês

RESUMO

Neste Trabalho de Conclusão de Curso a pesquisa cuida de explorar a atuação de uma Corte Suprema na criação do direito por meio de decisões judiciais. Nesse sentido, em um primeiro momento foi feita uma análise acerca do conceito de Corte Suprema e suas funções, para que a partir disso, o Poder Judiciário fosse estudado nas situações em que supre uma carência legislativa aplicando interpretação extensiva do texto constitucional em casos não previstos na legislação infraconstitucional, isto é, cria o direito com base em técnicas de hermenêutica jurídica ao passo que extrapola suas competências constitucionais atuando conforme o Poder Legislativo, ou seja, criando o direito. Objetivamente, culminando no fenômeno do ativismo judicial. Assim, buscou-se conceituar o ativismo judicial, investigar suas origens históricas e apontar em quais situações ele ocorre. Ao cabo que o trabalho foi encerrado com a análise de um caso concreto em que se considera que o Supremo Tribunal brasileiro atuou como legislador positivo, notadamente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, em que o STF criou um novo modelo de organização familiar com base na interpretação de artigos constitucionais e infraconstitucionais conforme os princípios presentes na Constituição Federal.

Palavras chaves: Suprema Corte; Constituição; Ativismo Judicial;

ABSTRACT

In this Course Conclusion Paper, the research takes care to explore the role of a Supreme Court in creating the law through judicial decisions. In this sense, at first, an analysis was made about the concept of the Supreme Court and its functions, so that from that point on, the Judiciary Power could be studied in situations where it supplies a legislative deficiency by applying extensive interpretation of the constitutional text in unforeseen cases. In infraconstitutional legislation, that is, it creates the law based on techniques of legal hermeneutics while it extrapolates its constitutional competences acting according to the Legislative Power, that is, creating the law. Objectively, culminating in the phenomenon of judicial activism. Thus, we sought to conceptualize judicial activism, investigate its historical origins and point out in what situations it occurs. After the work was concluded with the analysis of a specific case in which it is considered that the Brazilian Supreme Court acted as a positive legislator, notably, in the judgment of Direct Action of Unconstitutionality 4277, in which the STF created a new model of family organization based on the interpretation of constitutional and infraconstitutional articles according to the principles present in the Federal Constitution.

Keywords: Supreme Court; Constitution; Judicial Activism;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CORTE CONSTITUCIONAL	9
2.1 Os Papéis Atribuídos A Uma Suprema Corte	11
3 ATIVISMO JUDICIAL.....	16
3.1 Discussão Conceitual Acerca Da Expressão “Ativismo Judicial”	17
3.2 Origem Histórica Do Fenômeno	18
3.3 Multidimensionalidade Do Termo	22
4 UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO	24
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

1 INTRODUÇÃO

O trabalho que se segue cuida de explorar a atuação de uma Corte Constitucional na criação do direito por meio de decisões judiciais. Nesse sentido, em primeiro momento são estabelecidos conceitos sobre o que se trata uma Suprema Corte e quais são suas funções. Após, é abordado o conceito de ativismo judicial, realizada uma breve digressão histórica acerca de sua origem e como este se manifesta por meio da atividade jurisdicional. Por fim, como exemplo prático é feita uma resumida análise da Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132-, julgadas em conjunto e que versaram sobre a união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico, por meio da interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil processada no Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, esta pesquisa norteia-se por alguns problemas e algumas hipóteses. Dessa forma, investiga-se se o Poder Judiciário supre uma carência legislativa sobre determinado tema ao consolidar uma jurisprudência construída com base na interpretação extensiva do texto constitucional para disciplinar casos não previstos na legislação infraconstitucional, isto é, se a Corte cria o direito através de um acervo jurisprudencial e em qual medida esta atuação invade as competências constitucionais do Poder Legislativo e do Executivo.

O estudo se limitará a avaliar os reflexos do ativismo judicial, haja vista que no sistema jurídico brasileiro é de importância ímpar entender este fenômeno, uma vez que tem sido cada vez mais utilizado o conceito de “ativismo” para se referir a uma prática do Poder Judiciário que o caracteriza como uma instituição negativa, que extrapola suas atribuições e usurpa de competências Legislativas e Executivas (CONTINENTINO, 2012). Nesse sentido, entender o conceito bem como os vários sentidos que lhe é atribuído pela literatura jurídica é essencial.

2 CORTE CONSTITUCIONAL

Inicialmente, é preciso esclarecer que não é objetivo deste trabalho expor sobre os diversos tipos de Corte Constitucionais e sequer debater de forma intensamente aprofundada sobre o tema, haja vista que há diversas limitações para que isso aconteça. Por outro lado, a exposição da pesquisa realizada será feita de forma clara e objetiva.

Nesse sentido, pensar o que é uma Corte Constitucional e qual sua função no Estado de Direito requer uma pesquisa acerca das tradições jurídicas que foram preponderantes na criação do direito que rege uma comunidade, dessa forma, a partir dos sistemas common law e civil law é possível delimitar e, sob esta perspectiva, analisar o modelo das Cortes de cada Estado.

Eduardo Oteiza (2010, p. 5), propõe que ao pensar sobre as Cortes Constitucionais que se formaram na América Latina é necessário, inicialmente, ter em vista que esta região do planeta vivenciou um longo regime colonial, preponderantemente português e espanhol, por cerca de 300 anos, por outro lado, em que pese a influência destes países colonizadores no desenvolvimento da tradição jurídica do civil Law no continente latino americano, o momento histórico em que se deu a maioria das declarações de independência das colônias é que foi preponderante para a forma como se pensou a organização jurídica dos novos Estados. Nessa linha:

No começo do século XIX, entre 1820 e 1825, as colônias, depois da ocupação de Napoleão na Península Ibérica, lograram sua independência. O movimento independentista, ante a necessidade de organizar os novos Estados, tentou combinar o desenvolvimento nascido durante a Revolução Francesa e o processo constituinte dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787. (OTEIZA, 2010, p. 5).

Oteiza (2010) continua a descrever que em grande parte dos Códigos Civis instituídos pelos recém-criados Estados latinos americanos continham disposições que restringiam a força normativa do Poder Judiciário. Nesse viés, limitava o poder de criação do direito por meio das decisões judiciais segundo a lógica da Revolução

Francesa em que “o controle dos magistrados era central, dada a percepção do risco de eles atuarem para restaurar os privilégios por meio da interpretação das leis”. (KOERNER, 2016, p. 235).

Este movimento, contudo, não pode ser pretexto para afirmar cegamente que representava um ato de confiança no legislador e uma demonstração de desconfiança nos juízes, “mas sim como uma manifestação da necessidade de superar a anarquia, por intermédio do transplante de códigos desenhados para reger todos os aspectos da vida civil”. (OTEIZA, 2010, p. 6).

Essa visão é confirmada quando se observa que nas origens da formação dos Estados que fazem parte do continente latino americano, a tradição jurídica adotada nesses países, se o common law ou civil law, é um tanto quanto curiosa:

Em seu desenvolvimento, o direito latino-americano tem recebido desde o século XIX, uma influência convergente de ambas as tradições. Sem importar o real alcance de cada arquétipo na atualidade, é interessante observar que América Latina os adotou simultaneamente. América Latina tem como herança da Europa o respeito pelo legislador e pela doutrina, não obstante adotar o sistema constitucional norte-americano, que atribui à Corte o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo. (OTEIZA, 2010, p. 6-7).

A criação do Supremo Tribunal Federal no Brasil pode ser um clássico exemplo deste posicionamento, na dicção de Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 111), o Poder Judiciário brasileiro pensado para a Constituição de 1891, teve como base o federalismo, com um Juízo Federal e outro Estadual, em que o órgão máximo desse sistema, o Supremo Tribunal Federal, criado pelo Decreto nº 510, de 1890, teve como inspiração a Suprema Corte Americana.

Também, com a mesma inspiração no modelo norte americano, o controle de constitucionalidade neste período foi instituído pelo Decreto nº 848 do Governo Provisório, neste, adotou-se o controle difuso e concreto em que, “todos os juízes e tribunais exerciam o controle e podiam deixar de aplicar leis e outros atos normativos a casos concretos que lhes fossem submetidos quando as normas contrariassem a Constituição” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 112).

O decreto supracitado foi aprovado e reproduzido no texto da Constituição Federal Republicana do Brasil, promulgada no ano de 1891 e partir disso consagrou-

se a existência de apenas três poderes na República com a característica de serem independentes entre si, tais Poderes, conforme existe atualmente, foi o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, restando abolido o antigo Poder Moderado, símbolo do totalitarismo do regime monárquico (PANAIT, 2012, p. 51).

Todavia, precipuamente, a ideia por trás da criação do Supremo Tribunal Federal era garantir que a Monarquia não mais voltaria a encenar força na política brasileira, razão pela qual Álvaro Ricardo de Souza Cruz, citado por SILVA (2013, p. 173), adverte que quando se lê guarda da Constituição, como uma das funções do Supremo, dever-se-ia ler guardião da República.

Atualmente, o Brasil continuou o sistema institucional dos Estados Unidos, haja vista que, conforme exemplificativamente Barbosa Moreira destaca, citado por OTEIZA (2010, p. 9), o próprio recurso extraordinário brasileiro, art. 102, inciso III, da Constituição de 1988, é inspirado em uma das formas de acesso à Corte Suprema dos Estados Unidos da América.

A par disso, a organização das cortes superiores no Brasil está prevista no texto da Constituição Federal vigente, em sendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), art. 104 e 105 e o órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal (STF), descrito entre os art. 101 e 103, da CF.

2.1 Os papéis atribuídos a uma Suprema Corte

Em palestra realizada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul no de 2013, o Professor Doutor Christoph Kern elaborou um ensaio, em inglês, acerca do papel das cortes supremas, esta exposição foi traduzida e apresentada em formato de artigo em 2014 por Ronaldo Kochem e Maria Angélica Feijó, à época mestrandos da UFRGS.

Dessa forma, utilizando dos conceitos apresentados por Christoph Kern (2014), as Cortes Supremas possuem tanto funções jurisdicionais quanto não jurisdicionais, nessa perspectiva, como exemplo de função não jurisdicional pode ser citado o fato de que algumas Cortes são competentes para funcionarem como órgão

corregedor dos juízes de instâncias hierarquicamente inferiores e, também, são responsáveis pelas funções administrativas correspondentes à organização interna do próprio Supremo Tribunal.

Nesse diapasão, consoante Direley da Cunha Júnior (2017) pode se considerar que a própria lógica da organização dos poderes de uma República, reunida em um Estado Democrático de Direito, pressupõe, em primeiro lugar, Poderes com funções predominantes e, no caso brasileiro o que impera é a clássica divisão tríplice do Poder, ou seja, nos dois primeiros artigos da Constituição Federal dispõe que a República Federativa do Brasil é formada por uma união indissolúvel (Estados, Municípios e do Distrito Federal) e os Poderes desta União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si.

Outrossim, impõe-se enfatizar que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder não é a exclusividade no exercício das funções que lhe são acometidas, mas sim, a predominância no seu desempenho. Isso significa que, na tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominada de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência. (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 909).

Por essa perspectiva, no âmbito de todos os Poderes republicanos justifica-se a existência de funções típicas, próprias da essência do Poder, e as funções atípicas. No caso do Poder Judiciário, Kern (2014) é enfático ao assegurar que, apesar das funções não jurisdicionais (atípicas) das Cortes Supremas estas não possuem um significado importantíssimo quando se trata de determinar o papel global do Tribunal, já que elas não se valem para um debate profícuo acerca do tema correspondente ao papel de uma Corte Suprema, haja vista que para uma discussão geral o que se tem importância de fato é o “poder que têm os órgãos do Judiciário de declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, quando estes e aqueles ofenderem o texto magno” (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 909).

Cumprida esta fase introdutória acerca das funções atípicas de uma Corte Suprema, o tema deste trabalho é analisar as suas funções jurisdicionais. Nessa linha, a partir de uma dialética entre conceitos de “interesse público” e “interesse privado”, Kern (2014), propõe os papéis de uma Corte Suprema.

Interesse privado no presente contexto pode ser definido como “o interesse que as partes em um litígio têm em obter uma decisão correta sobre seus casos individuais (justiça individual)” (KERN, 2014, p. 3). Por outro lado, ““interesse público” – de acordo com essa lógica – pode ser definido como qualquer interesse geral na decisão de um caso individual, isso é: um interesse que alguém mais, i. e., uma pessoa diferente das partes do litígio, possa ter.” (KERN, 2014, p. 3).

Com esse entendimento, Kern (2014) leciona que em determinados modelos, a Corte Suprema, do ponto de vista do interesse privado, pode ser vista como a instância de um Tribunal em que há os juízes com maior qualidade para julgar os casos que chegam até ela após avançar os graus de recursos, dessa forma, são capazes de descobrir e corrigir os erros dos juízes de instâncias inferiores. Não obstante, esse papel é mais conferido às Cortes Superiores, em sendo reservado às Cortes Supremas a função de fornecer orientação.

Exemplificando o papel orientador de uma Corte Suprema, Simone Trento (2014), correlaciona essa função guia com a tese do controle de constitucionalidade do direito vivente, com esse ponto de vista é bastante ilustrativo que a função que se atribui às Cortes Constitucionais (figurando como Tribunal Supremo) é a “de promoverem a construção do sentido da Constituição com a finalidade de que suas decisões passem a funcionar como orientadoras da conduta dos jurisdicionados e juízes” (TRENTO, 2014, p. 5).

Seguramente, essa é a função clássica da Corte de mais alta instância em um Estado, o que Kern (2014) denomina como o papel de garantir uniformidade do direito que, inclusive, entrelaça aspectos de interesse privado e público:

Inicialmente, o interesse das partes em obter uma decisão correta em seu caso também engloba que essa decisão esteja em harmonia com outras decisões nas quais a mesma questão foi decidida. Isso é assim, porque a uniformidade da jurisprudência ou, em outras palavras, a igualdade da aplicação do direito, são aspectos do princípio da igualdade de tratamento

perante a lei, que é um princípio fundamental de justiça, um princípio que, de acordo com as abordagens modernas, não tem somente um caráter supra-individual, objetivo, mas também individual, subjetivo. Portanto, o propósito de preservar a uniformidade do direito – que é um aspecto clássico do “interesse público” da Corte Suprema – também é um componente de “interesse privado”.

Nessa mesma linha, é que Kern (2014) aponta outra função à Corte Suprema, a de desenvolver o direito garantindo a formação de uma jurisprudência que dinamize a resolução futura de casos idênticos, promovendo celeridade processual, desestímulo à judicialização e priorização de acordos nos casos futuros.

Na prática, este papel é reconhecido ao Supremo Tribunal ao efetivar o controle concentrado das leis, preservando a harmonia da legislação infraconstitucional com o texto constitucional, nesse viés, exemplifica-se:

Para o desempenho da função de guardião da Constituição (e a competência para a “guarda da Constituição” é a redação do art. 102 da Carta Constitucional), é, a princípio, necessário que o Tribunal que decide a questão constitucional decida como o tratamento da matéria que teve sua constitucionalidade questionada ficará compatível com a Constituição. Dessarte, por exemplo, se se decide que a lei fez uma discriminação incompatível com o princípio constitucional da igualdade ao estabelecer que a remuneração do servidor estrangeiro ocupante de determinado cargo será em quantia inferior à do nacional ocupante de idêntico cargo, a determinação de que a remuneração se iguale à do nacional é decorrência necessária do exercício da jurisdição constitucional. (TRENTO, 2014, p. 6).

Seguindo a linha de raciocínio de Kern (2014), surge a necessidade de avaliar o efeito das decisões de uma Corte Suprema, já que a depender da força desses efeitos é possível admitir desempenho de diferentes funções à Cortes.

Assim, o interesse público das decisões de um Tribunal Supremo é amplo quando todas suas decisões são juridicamente vinculantes. Do contrário, quando os casos de vinculação são reservados para situações específicas, “como o caso das “súmulas vinculantes” brasileiras, o papel de “interesse público” da Corte Suprema é de alguma forma mais fraco.” (KERN, 2014, p. 10-11). Todavia, Kern (2014) avalia que essa hipótese não pode ser aplicada de forma isolada e exagerada ao estabelecer uma definição de um papel para Corte, pois, mesmo em sistemas

jurídicos que não tenham esta regra de forma estrita, as decisões das Cortes Supremas exercem um poder vinculativo importante nas cortes inferiores.

Outro papel importante a que Kern (2014, p. 12) atribui a uma Corte Suprema, e esta é uma das funções de suma importância para a compreensão deste trabalho, diz respeito à atuação do Supremo Tribunal nos casos em que o Poder Legislativo é omissivo ao deixar de codificar determinadas necessidades sociais.

Quanto menos ativo o legislativo, maior é a importância do papel da Corte Suprema que vai além do caso individual e que promove orientação e tratamento uniforme referente a questões sobre as quais não há direito codificado. Isso é particularmente verdade no mundo atual com seus numerosos fenômenos de massa que dificilmente podem ser levados em conta pelo legislativo, mas que merecem um tratamento jurídico uniforme e, por essa razão, não podem ser tratados somente em uma base caso-a-caso, deixando às partes a questão de se um precedente irá surgir ou não. (KERN, 2014, p. 12).

Sobre esta forma de atuação da Suprema Corte:

Há um entendimento convergente de que a função do Poder Judiciário não é a de substituir o legislador, mas a de resguardar a participação de todos os indivíduos no regime democrático, garantindo uma ordem jurídica e política justa. O STF, ao suprir as omissões dos órgãos e dos poderes públicos, resguarda a democracia, protegendo as minorias dos excessos e injustiças dos grupos majoritários. (MORAES; CAMINO, 2016, p. 655).

A inércia do Poder Legislativo pode ocorrer por diversas razões, seja por motivos políticos, quando os membros do Parlamento deixam de apreciar determinados projetos de leis motivados pelos possíveis impactos ideológicos que surgiriam a partir da promulgação do texto, seja porque há um grande volume de projetos de leis em trâmite e o Parlamento não é eficiente o bastante para promover o andamento de todas as votações, nesse diapasão, o Judiciário é demandado em situações concretas que não possuem previsões legislativas e, por sua natureza constitucional, não pode se eximir de decidir (RIBEIRO, 2013).

Há também o movimento contrário, não menos importante para a conclusão deste trabalho, referente ao papel que a Suprema Corte assume nos casos em que o Legislativo é um Poder ativo porém sem confiança popular, situação em que a

Corte atua promovendo a revisão constitucional das leis. Para esclarecer esta função:

Mesmo quando o legislativo é ativo, pode existir uma necessidade para uma Corte Suprema de “interesse público” caso os cidadãos não confiem na independência do legislativo face aos interesses individuais de grupos poderosos e a Corte Suprema esteja habilitada a controlar a constitucionalidade (constitutional review) da legislação. (KERN, 2014, p. 12).

Por fim, é interessante reafirmar o papel orientador de uma Suprema Corte, função de concretizar interpretações normativas e vincular esta interpretação à aplicação em casos futuros, ou seja, o poder que um Tribunal possui para criação de um acervo jurisprudencial e exercer o controle dos Juízes de instância inferiores para que seja aplicada o mesmo entendimento em casos futuros, verdadeira função pública de uma Corte Suprema. Oteiza comenta o tema com a seguinte perspectiva:

Falar de função pública do labor das Cortes e abordar os fundamentos pelos quais uma questão interpretativa deve ser resolvida em um determinado sentido põe em evidência que a jurisprudência é útil para resolver casos futuros em que possa estar envolvida uma questão similar, pelas normas em jogo ou pelos fatos do caso. Ter certeza sobre as regras supõe também saber como elas podem ser entendidas nos casos concretos em que se reclame sua aplicação. Esta segurança é sistêmica, compromete ao conjunto. O direito são as normas e as leituras e significados possíveis que descobre sua utilização nos casos concretos submetidos à decisão dos juízes. (OTEIZA, 2010, p. 22).

Diante o exposto, é notório que se atribuí inúmeros papéis a uma Corte que tem por função exercer o *múnus* de ser a última instância do Poder Judiciário, como visto, estas funções não são excludentes, isto é, o exercício de uma não exclui à Corte a possibilidade de exercer outro papel, ou seja, é plenamente possível e factível que determinada Corte Suprema exerça todos essas funções no cotidiano de seus trabalhos.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Neste título o ativismo judicial será abordado como um conceito, utilizando da teoria Reinhart Koselleck (1992), que discorreu sobre a História dos Conceitos. Dessa forma, sugere-se que ativismo judicial superou a ideia de ser apenas um termo e pode ser reconhecido como um verdadeiro conceito.

Após, será realizada uma abordagem da história do surgimento do conceito, as teorias que buscam explicar as diversas manifestações deste fenômeno político-jurídico e, por fim, um breve histórico sobre o ativismo judicial no Brasil.

3.1 Discussão Conceitual Acerca Da Expressão “Ativismo Judicial”

Em primeiro lugar, antes de buscar classificações sobre o que se trata o ativismo judicial, é preciso estabelecer o alcance desta expressão que está constantemente em voga seja na mídia, nas conversas populares, seja no meio jurídico profissional.

Dessa forma, a busca pelo significado deste termo é, quase sempre, demarcada por calorosos debates. Introdutoriamente, partindo de uma ideia acadêmica acerca do tema, é possível dizer que a depender do contexto, da época e, até mesmo, do intérprete responsável pela definição de uma expressão, o termo adquire um novo significado, o que Reinhart Koselleck (1992) em sua teoria sobre a História dos Conceitos, definiu como a capacidade de algumas palavras ou expressões alcançarem o nível de um “conceito”, este que carrega consigo uma moldura histórica construída pela história social e a história conceitual de uma sociedade (CONTINENTINO, 2012):

Naturalmente não é toda palavra existente em nosso léxico que pode se transformar num conceito e que portanto pode ter uma história. Palavras como oh!, ah!, *und* (e) etc., são palavras que não comportariam *prima facie* uma história do conceito (seriam desprovidas de sentido). É preciso estabelecer a distinção entre conceito e palavra, ainda que não me atenha à divisão dos linguistas. (KOSELLECK, 1992, p. 134-135).

Sendo assim, a História dos Conceitos coloca-se como problemática indagar a partir de quando determinados conceitos são resultados de um processo de teorização (KOSELLECK, 1992, p. 136), o que, fazendo uma releitura do autor alemão, Diego Bacha e Silva (2013), descreve como a forma metodológica de compreender as mudanças semânticas que os termos sofrem a partir dos contextos

sociais em que são produzidos, concluindo que os conceitos são sempre frutos do contexto e da interpretação de quem os lê.

Neste aspecto, não se pode negar que o estudo da História dos Conceitos pode ser facilmente introduzido na ciência jurídica uma vez que a própria definição de norma jurídica não se restringe somente como sendo um texto e, muito menos, um conjunto textual, mas sim os sentidos construídos a partir da interpretação metodológica de textos normativos (ÁVILA, 2013, p. 33). Sem se descurar do objetivo deste trabalho:

Essa pequena digressão teórica realizada em torno da metodologia histórica de Koselleck serve-nos para mostrar que o conceito de ativismo judicial é variável, observando-se o contexto político-social em que está inserido. Então, para apreciarmos o conceito de ativismo judicial no Brasil, é necessário elucidarmos o contexto de história social que marca a atuação do Poder Judiciário ao longo do seu espaço de experiência. (SILVA, 2016, p. 165).

Nesse caminhar, demonstra ser insuficiente afirmar uma única definição para a expressão como se fosse possível resumi-lá em uma frase e a partir disso findar a discussão sobre o tema.

3.2 Origem Histórica Do Fenômeno

Sob uma perspectiva teleológica, Continentino (2012) descreve que o nascimento do conceito de ativismo judicial tem como berço o debate político promovido nos Estados Unidos quanto à legitimidade da Suprema Corte Americana ao proferir decisões que esbarram na esfera política de outro Poder do Estado, dessa forma, o fruto deste debate, o ativismo jurídico, é uma das ideias que buscam justificar a atuação da Corte, em sendo que nesta discussão teórica ela é classificada como judicialmente ativista em determinadas situações. Quanto à experiência estadunidense:

Atribui-se a Arthur Schlesinger (apud LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 1-2) o mérito de haver cunhado o termo “ativismo judicial”. Em 1947, ele publicou, na popular Revista *Fortune*, o artigo “The Supreme Court: 1947”, em que analisou a atuação dos *justices*, distinguindo-os entre “ativistas” (*activists*) e “campeões da reatitvidade judicial” (*champions of judicial restraint*), os

quais podem ser denominados “passivistas” (*self-restrain*). (CONTINENTINO, 2012, p. 142).

Dessa maneira, o historiador Arthur Schlesinger Jr, citado por TEIXEIRA (2012, p. 39), ao cunhar a expressão ativismo judicial, já na década de 1940 taxou os magistrados da Suprema Corte Americana como pertencentes a dois blocos, os “ativistas judiciais”, que utilizam o Poder Judiciário para afirmar direitos e promover o Estado do bem-estar social por meio das decisões proferidas em julgamentos, e os “campeões do autocomedimento”, os juízes que não invadem as funções dos outros Poderes do Estado.

Antes de imiscuir nos desdobramentos teóricos provocados pela invenção de Schlesinger é necessário clarear, conforme já apontado, que o ativismo judicial está intimamente conectado às críticas que se fazem acerca da atuação do Poder Judiciário, dessa forma, coloca-se em debate a autonomia dos Juízes, os modelos de decisões e o papel do Judiciário em relação à revisão de atos e disposições dos demais Poderes (KOERNER, 2016).

Nessa linha, de acordo com Baum, citado por RAMOS e JUNIOR (2014, p. 32), a primeira notícia de revisão judicial de Lei Federal nos Estados Unidos, na qual configurou a criação da declaração inconstitucionalidade por decisão da Suprema Corte, ocorreu em 1803 no famosíssimo caso *Marbury versus Madison*, posteriormente, no caso *Scott versus Sandford*, cinquenta e quatro anos mais tarde a Corte novamente declarou não constitucional uma lei federal.

É importante destacar que no primeiro caso citado, o Presidente da Corte era John Marshall enquanto que no segundo caso o Tribunal americano era presidido por Roger Taney. A importância desta distinção está no ponto em que Marshall é saudosamente lembrado por iniciar o controle de constitucionalidade judicial de lei federal nos Estados Unidos:

Como sabido, não há, na Constituição Norte-Americana, um único artigo que confira à Suprema Corte o controle de constitucionalidade de leis criadas pelo Parlamento. Daí um sem número de críticas ao poder de revisão judicial norte-americano, as quais se intensificam quanto mais marcante é a atuação da Suprema Corte na declaração de inconstitucionalidade de leis. (RAMOS; JUNIOR, 2014, p. 29).

Não obstante, apesar da atitude vanguardista de Marshall, os seus sucessores na Corte foram quem mais se destacaram na utilização do instituto da declaração de inconstitucionalidade. Baum, segundo Ramos e Junior (2014, p. 32), alude que Marshall declarou a inconstitucionalidade de uma única lei federal, enquanto que durante a Presidência de seu sucessor, Roger Taney, por exemplo, a Corte exerceu o poder de revisão em mais de uma dúzia de leis estaduais.

Adentrando um pouco mais no histórico da Suprema Corte americana, Teixeira (2012) acredita que é possível traçar hachura na linha do tempo jurisprudencial da Corte e localizar os momentos específicos em que houve atuação marcadamente mais ativista, neste esteio, pode ser colhido como exemplo o período conhecido por “Era Lochner”.

Dentre as muitas decisões da “Era Lochner”, há uma bastante ilustrativa, no caso *Lochner v. New York* declarou-se “inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser ‘irrazoável’, desnecessária e arbitrária tal limitação à liberdade individual de contratar.” (TEIXEIRA, 2012, p. 38).

Sobre este período histórico o Poder Judiciário americano exerceu de forma ativa a proteção de ideologias capitalistas por meio de suas decisões:

O período que vai de 1895 a 1937 é conhecido como “Governo dos Juízes”, “Era Lochner” ou “Era de Transição”. Durante o aludido período, a Corte, sob a orientação de diversos *Chiefs of Justice*, declarou a constitucionalidade de diversas leis, que tinham por propósito a regulamentação da atividade econômica e direitos trabalhistas. Para a maioria dos juízes que compuseram a Suprema Corte na época, o maior instrumento da comunidade não era o governo, mas o mundo dos negócios. O Estado seria útil apenas para a proteção da liberdade individual. (RAMOS; JUNIOR, 2014, p. 33).

Na remontagem histórica realizada acima, apesar da explicação extremamente sucinta sobre os casos já que o trabalho ora realizado não visa debater exclusivamente sobre o ativismo judicial na Justiça estadunidense, é possível perceber que o Poder Judiciário dos EUA insuflou suas competências, seja anulando seja confirmando a constitucionalidade de disposições legais estatuídas

pelo Poder Legislativo Federal ou Estadual. Sobre esta forma de manifestação do o Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, tem-se que:

Um dos pressupostos básicos em qualquer tomada do fenômeno do ativismo judicial é a digressão sobre uma mais pronunciada atuação do Poder Judiciário. Essa tomada supõe obviamente o desenho geométrico de círculos compreensivos da tarefa de cada órgão estatal, de maneira estável e delimitada pelo conjunto normativo do Estado. Assim, o ativismo supõe que um dos órgãos – o Judiciário – estabeleça um conjunto de ações ou métodos de trabalho que elasteça o seu círculo de atribuições. (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 68).

Quanto aos antecedentes históricos de ativismo judicial no Brasil, Emília Viotti da Costa, citada por SILVA (2013, p. 173), leciona que logo no início da República Velha, após a morte do Marechal Deodoro da Fonseca quem assumiu o posto de Chefe de Estado no país foi o vice-presidente Floriano Peixoto. Descontente com manifestações contra sua posse o então presidente determinou a prisão dos manifestantes partidários do falecido Marechal que protestavam por novas eleições, decretou estado de sítio e suspendeu garantias constitucionais.

Instigado pelas prisões arbitrárias, na dicção de Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, citado por SILVA (2013, p. 173), Rui Barbosa ingressou com *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. No afamado HC 300 Barbosa argumentou que o STF seria competente para apreciar a restrição de liberdade dos presos políticos já que envolvia questões referentes a direitos individuais e que a Corte deveria, também, analisar os requisitos de validade para a decretação do estado de sítio. Todavia, os Ministros do Supremo negaram o deferimento ao remédio constitucional sob o argumento de que o Poder Judiciário não poderia se envolver nas funções políticas do Executivo e do Legislativo.

Em que pese a postura autocomedida da Corte brasileira em não interferir em “funções políticas do Executivo e do Legislativo”, o caso do HC 300, julgado em 23 de abril de 1892, é o antecedente histórico mais consistente quanto à tentativa de provocar a Suprema Corte para atuar revisando judicialmente atos de outros Poderes.

3.3 Multidimensionalidade Do Termo

Apesar de o historiador americano Arthur Schlesinger ter cunhado a expressão na década de 1940, Teixeira (2012) debate que não foi possível, a partir dos escritos do autor americano, definir como ocorre de fato o ativismo judicial e se ele é um fenômeno negativo ou positivo, haja vista que o autor criou um conceito limitado, carregado por imprecisão terminológica. Sobre a proposta de Schlesinger, “ele alertava sobre os perigos do ativismo judicial para a democracia e sustentava que o Judiciário só deveria intervir quando se tratasse de defender os direitos políticos” (KOERNER, 2016, p. 236).

Conforme Continentino (2012), Schlesinger se ateve a caracterizar os juízes em dois grupos, os ativistas, que são reconhecidos por aqueles que expõem em suas decisões as suas ideologias do bem comum e os autocomedidos, também conhecidos por passivistas, estes são os juízes que se abstém de julgar interferindo ou modificando matérias de competência dos legisladores, ou seja, se valem de maior condescendência com os outros Poderes, em especial ao Poder Legislativo.

Por outro lado, Cass Sunstein, citado por CONTINENTINO (2012, p. 143), observa que há outras formas de se averiguar o fenômeno do ativismo judicial:

[...] por exemplo, reconhecendo existirem diversos critérios de acordo com os quais se pode classificar um juiz ou uma corte de ativista, propõe seja conferido ao termo ativismo judicial uma conotação “descritiva”, ou seja, relacionada à frequência com que se declara a inconstitucionalidade das leis; e não uma conotação “normativa”, no sentido de que devemos realizar um juízo de valor e concluir que o ativismo é bom ou ruim. Por outro lado, como demonstra Sunstein (2003), o ativismo judicial é uma pecha que tanto pode acometer as cortes denominadas conservadoras (v.g.: *Lochner* ou *Rehnquist*), como também aquelas classificadas progressistas (v.g.: *Warren*). (CONTINENTINO, 2012, p. 143).

Nessa perspectiva, em uma tentativa de melhor classificar e definir como o ativismo judicial se manifesta no cotidiano da atuação dos órgãos do Poder Judiciário e, em certa medida, adjetivar suas formas negativas à estabilidade institucional e às vezes em que pode ser considerado algo positivo ao ordenamento

constitucional, Keenan D. Kmiec, citado por TEIXEIRA (2012, p. 46), estabelece um rol com cinco modalidades:

Tabela 1 – Modalidades de ativismo judicial

<i>Invaldar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes.</i>	Ocorre quando a decisão judicial considera nulo ou inaplicável ato do Legislativo ou do Executivo, mesmo sendo o ato em questão constitucional. Conforme já referimos anteriormente, <i>judicial activism</i> e <i>judicial review</i> não se confundem, pois neste existe um controle de legitimidade constitucional de atos normativos ou com força de lei, enquanto naquele a decisão se baseia em argumentos políticos, como, por exemplo, o fato de uma dada lei ter sido aprovada por liberais.
<i>Afastar a aplicação de precedentes.</i>	O ativismo judicial pode deixar de afastar precedentes verticais, vindos de instâncias superiores ou inferiores, bem como precedentes horizontais. Esse último caso se mostra mais gravoso, uma vez que um entendimento consolidado pela própria Corte está deixando de ser aplicado a um caso que demandaria a sua aplicação.
<i>Atuar como legislador.</i>	Mesmo tendo a legitimidade para atuar apenas como “legislador negativo”, isto é, para remover do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, outra prática nociva é a de proferir decisões que se constituem em verdadeiras criações legislativas, pois vão além das competências jurisdicionais, costumam ser <i>extra petita</i> , geram instabilidade institucional e culminam na produção de insegurança jurídica. Trata-se de algo por completo diverso de uma inovação jurisprudencial: o fundamento decisório está na própria decisão ou em uma interpretação torpe de legislação não aplicável ao caso, como, por exemplo, mediante analogia entre casos que não possuem a mínima identidade entre si.
<i>Utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina.</i>	Trata-se de uma situação intermediária entre o uso nocivo do ativismo judicial e o uso positivo. A diversidade de técnicas interpretativas e decisórias atribuí ao julgador uma ampla gama de possibilidades para produzir a decisão. Todavia, o fato de estar prevista na doutrina não significa que já esteja sendo jurisprudencialmente empregada, o que pode dar ensejo a uma prática ativista nociva, quando não estiver vinculada à efetividade de direitos fundamentais ou supremacia da Constituição.
<i>Julgamentos predeterminados a fins</i>	Essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial: atender a um fim específico, mesmo

específicos.	que para tanto seja necessário uma decisão <i>contra legem</i> ou <i>extra petita</i> . Não podemos confundir essa situação com as naturais orientações morais, ideológicas e políticas que cada um de nós possui e influenciam o modo como interpretamos os fatos, o mesmo valendo para como os magistrados julgam, obviamente. Porém, <i>ser influenciado</i> por orientações pessoais de natureza diversa <i>não significa estar orientado</i> a determinado fim: a predeterminação remete ao decisionismo político, algo que merece maiores considerações.
--------------	--

Fonte: TEIXEIRA (2012, p. 46-47)

Nesse sentido, Kmiec, citado por CONTINENTINO (2012, p. 144), descreve o ativismo judicial como um termo multidimensional em sendo que o seu conceito admite vários sentidos diferentes, com valoração negativa ou positiva a depender do contexto em que ele se manifesta.

Parece ser consenso, TEIXEIRA (2012) e CONTINENTINO (2012), a ideia de que a inovação pelo julgador desrespeitando os precedentes consolidados na jurisprudência do Tribunal ao qual ele faz parte, a desvirtuação ou não utilização pelo magistrado da metodologia interpretativa usualmente empenhada pela Corte para aplicar os dispositivos de Lei, e a prática judicial de julgar um caso tendo em vista o resultado político que a decisão provocará, configura flagrante ativismo judicial em sua forma mais nociva.

4 UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO

Inicialmente, o tema diz respeito a duas ações impetradas junto ao STF – a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que posteriormente foi recebida pelo Ministro relator na mesma condição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, haja vista que ambas as ações tratavam, em tese, do mesmo pedido, qual seja, submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da interpretação conforme a Constituição.

Por seu turno, o art. 1.723, do Código Civil assevera que: “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” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, a centralidade do debate jurídico provocado pela ADI 4277 paira sobre o flagrante descumprimento de preceito constitucional quando o Estado (leia-se: o Poder Legislativo) brasileiro não reconhece a união homoafetiva como entidade familiar em igualdade de tratamento em relação à união heterossexual (MORAES; CAMINO, 2016).

Sobre isso, Coutinho Filho e Rinaldi (2018) disserta que cada Poder da República brasileira possui uma finalidade e uma atuação específica, todavia, o Judiciário tem cada vez mais interferido em funções que são próprias de outros Poderes, com ênfase na invasão de competência do Legislativo. “Este é o caso, por exemplo, da equiparação da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo a um modelo de família estabelecido constitucionalmente” (COUTINHO FILHO; RINALDI, 2018, p. 30).

Seguindo este entendimento, Coutinho Filho e Rinaldi (2018) postulam que o Supremo Tribunal Federal brasileiro utiliza do efeito vinculante de sua jurisprudência para que em determinados casos, por exemplo, situações em que há lacuna legislativa, ocorra um movimento uniformizador das decisões acerca da temática, substituindo leis ou ocupando as possíveis lacunas legislativas suscitadas pelos litigantes.

É nesse cenário que se materializa o “ativismo judicial”. Quando existem lacunas legais ou quando se verifica a inconstitucionalidade de uma lei, o Supremo Tribunal Federal é acionado para indicar qual a base principiológica deve ser usada para a interpretação do fato (COUTINHO FILHO; RINALDI, 2018, p. 31).

É cediço que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem “efeito vinculante”, ou seja, devem ser seguidas pelos demais órgãos do poder judiciário e pela administração pública direta e indireta, nas

esferas federal, estadual e municipal, exatamente como dispõe o art. 102, §2º, da Constituição Federal, após redação dada pela Emenda Constitucional nº 45.

Contudo, esta forma de atuar provoca um cisma na doutrina jurídica, “há os que consideram que, quando o Supremo Tribunal Federal se manifesta com interpretações baseadas em princípios constitucionais, na prática, atuaria como um legislador” (COUTINHO FILHO; RINALDI, 2018, p. 31). E, também, há os que opinam de forma divergente, “alegam que suas decisões não têm os efeitos de lei. Desta forma, mesmo se os membros do STF proferirem súmulas vinculantes não estariam ferindo o princípio da democracia” (COUTINHO FILHO; RINALDI, 2018, p. 31).

Este último posicionamento está intimamente conectado ao debate sobre a diferença entre lei e norma, nesse ponto:

Se a norma é resultante do processo interpretativo do texto, não se há de negar a importância do intérprete. Sem ele, o texto não se transforma em norma. Essa função eminente do intérprete no processo hermenêutico é decisiva não apenas para a obtenção do resultado da interpretação. O próprio ponto de partida depende, em larga escala, das pré-compreensões do hermeneuta. (RIBEIRO, 2009, p. 152).

Em que pese a necessária discussão acerca da distinção entre normas e lei, o que interessa a este trabalho é justamente refletir sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 4277. Ora, Coutinho Filho e Rinaldi (2018) são bem expressivos ao proclamar que o resultado desta ação, que reconheceu a união de homossexuais como entidade familiar, só foi possível em virtude da interpretação do STF ao reconhecer novo modelo de família, pois a Constituição Federal prevê apenas três modalidades familiares, aquelas previstas no art. 226 e parágrafos, são elas a decorrente do casamento, a “união estável” e a entidade familiar composta por uma pessoa e seus filhos, denominada pela doutrina de direito familiar como família monoparental. Não obstante, a partir da decisão proferida no corpo da ADI 4277, o STF reconheceu um quarto modelo de família aquele que decorre da “união homoafetiva”.

O que se pode se atribuir ao resultado desta ADI é que “o poder judiciário transformou-se em uma espécie de órgão capaz de fazer valer a Constituição,

inclusive em confronto com outros poderes” (COUTINHO FILHO; RINALDI, 2018, p. 31). Além disso, há que teoriza que “essa visão substantiva da revisão constitucional vai de encontro à corrente privilegia a posição do Judiciário como detentor da palavra final acerca de *direitos*, em detrimento da decisão parlamentar.” (COSTA, 2016, p. 58).

Utilizando da classificação de Keenan D. Kmiec, citado por TEIXEIRA (2012, p. 46), em que estabelece um rol modalidades de ativismo judicial e o grau de nocividade da prática, pode se considerar que o resultado da ADP 4277 se encaixa em uma das cinco classificações de Kmiec para o fenômeno estudado. Nesse sentido, o caso em análise se encaixa na modalidade em que a Suprema Corte atua como legislador positivo, ainda que ela tenha legitimidade para atuar como legislador negativo (quando é demandada para remover do ordenamento jurídico normas ou atos normativos inconstitucionais).

Portanto, na ação constitucional que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, o que de fato ocorreu foi a criação legislativa, utilização de decisões que vão além das competências jurisdicionais, quando esta atuação ocorre de forma desenfreada é comum a instauração de uma instabilidade institucional e culmina na produção de insegurança jurídica. (TEIXEIRA, 2012).

Doutro modo, é de se reconhecer que o conteúdo da decisão representa um avanço, haja vista que acompanha a evolução natural da sociedade e preenche uma lacuna legislativa, a transformação da sociedade exige soluções do sistema jurídico (RIBEIRO, 2013). Com isso:

Através desta mudança paradigmática, propalada pela Constituição de 1988 e materializada no código civil de 2002, concebeu-se a família como plural e pautada na afetividade. Passou a ser considerada “eudemonista”, com a função de garantir a “felicidade” de seus membros. Desta forma, o “afeto” passa a significar mais do que um sentimento que nutre uma relação entre duas pessoas e que as motivam a formar uma família, tornando-se assim uma categoria jurídica. Esta compreensão gerou nova perspectiva para as relações “homoafetivas”. (COUTINHO FILHO; RINALDI, 2018, p. 33).

Portanto, seguindo os escritos de Coutinho Filho e Rinaldi (2018), o debate central dos ministros e profissionais do direito que participaram da ADI estudada, é a

necessidade da Constituição Federal ser analisada como um sistema aberto de princípios e regras, com isso, o provimento da ação consolidou a jurisprudência vinculante em que os artigos 226 § 3º,12 bem como o artigo 1723 do código civil de 2002, fossem analisados para além de sua estrita redação e fosse aplicados conforme o entendimento patrocinado pela Corte.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, é inegável a importância de uma Corte Suprema em um Estado Democrático de Direito, uma vez que esta cumpre funções essenciais para a manutenção da vida social, seja decidindo interesses privados que ao final repercutem de forma consistente no interesse público, quando, por exemplo, há um determinado caso em que apenas os interesses das partes litigantes é que estão em debate, não obstante a decisão proferida pela Suprema Corte produz efeitos que vinculam todos os demais julgadores de instâncias inferiores ao prestar a jurisdição em casos semelhantes.

Igualmente importante é a função do Supremo Tribunal Federal em realizar o controle de atos e legislação de outros Poderes da República, independentemente se ele faz parte da União, dos Estados membros e do Distrito Federal ou dos Municípios, é papel da Corte manter as normas infraconstitucionais em acordo com a Constituição, ou seja, ser o verdadeiro guardião do texto promulgado pelo legislador constituinte originário.

Apesar disso, há situações em que no exercício de suas funções a Corte acaba por conflitar com as atribuições de outros Poderes, dessa forma, a Corte invade a competência de outro Poder e esse fenômeno, nas vezes em que ocorre se dá com maior frequência em relação ao Poder Legislativo.

A essa prática se deu o nome de ativismo judicial e ao longo deste trabalho foi exposto as diversas formas em que o ativismo se manifesta, em sendo que derradeiramente foi texto foi analisado um caso concreto em que o Supremo Tribunal Federal brasileiro criou, através da consolidação de uma jurisprudência

vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, uma espécie de família não contemplada pelo texto constitucional e, se quer, pela legislação infraconstitucional.

Chega-se a conclusão de que o fenômeno do ativismo judicial pode ser tanto nocivo quanto positivo ao ordenamento jurídico, pois, há casos, como o citado, em que a Corte amplia a interpretação dada a um dispositivo legal com o objetivo de assegurar a eficácia de direitos fundamentais não regulamentados pelo Poder Legislativo, assim, o Judiciário preenche lacuna em situações que a sociedade demanda pela sua atuação. Apesar disso, a nocividade desta prática se revela principalmente no campo formal, ora, ao preencher lacunas legislativas por meio de uma decisão ativista, o Judiciário atenta contra a formalidade no que tange a separação e independência dos Poderes de um Estado, expresso constitucionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. atual. Brasil: Malheiros Editores LTDA., 2013. 215 p. ISBN 978-85-392-0176-1.

COITINHO FILHO, Ricardo Andrade; RINALDI, Alessandra de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”: Onde os direitos e as moralidades se cruzam. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre/RS, v. 18, n. 1, jan./apri. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892018000100026&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2019.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496562>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

COSTA, Bruno Telles Herkenhoff D’Alcântara. **Ativismo judicial, constituição e democracia**: o caso do julgamento da união estável homoafetiva no Brasil. Orientador: Rogério de Melo Gonçalves. 2016. 66 p. Dissertação (Pós-graduação lato sensu) - Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535911>. Acesso em: 19 abr. 2021.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, ed. 192, p. 67-77, out./dez 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242930>. Acesso em: 14 maio 2021.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo , n. 96, p. 69-85, July 2013 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. access on 19 Apr. 2021.

KOERNER, Andrei. O ATIVISMO JUDICIAL COMO PROBLEMA INTELECTUAL E POLÍTICO NOS ESTADOS UNIDOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA. **Lua Nova**, São Paulo , n. 99, p. 233-255, Dec. 2016 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000300233&lng=en&nrm=iso>. access on 19 Apr. 2021.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Revista Estudos Históricos: Teoria e História**, Rio de Janeiro, v. 5, ed. 10, p. 134-146, 30 jul. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1945>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MAUÉS, Antônio Moreira. Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade. **Sequência**, Florianópolis, n. 70, jan./jun., p. 1-13. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000100135&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MORAES, Raquel; CAMINO, Leoncio. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 12, n. 3, p. 648-666, Dec. 2016 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300648&lng=en&nrm=iso>. access on 19 Apr. 2021.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502916>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

SILVA, Diogo Bacha e. Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica?: em busca da identidade social do Poder Judiciário. **Revista de informação legislativa**, Brasil, v. 53, ed. 210, p. 165-179, 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/522904>. Acesso em: 19 abr. 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 8, n. 1, p. 037-057, June 2012 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. access on 19 Apr. 2021.