O ATIVISMO JUDICIAL E A ORDEM CONSTITUCIONAL

JUDICIAL ACTIVISM AND THE CONSTITUTIONAL ORDER

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

Recebido para publicação em setembro de 2011.

RESUMO: O presente estudo trata do ativismo judicial, vale dizer, da atuação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, como legislador positivo e, até mesmo, como constituinte derivado. Evidencia, pois, em tese, a inconstitucionalidade deste modo de atuação em razão da fragrante afronta a diversos dispositivos constitucionais, notadamente os que consagram o equilíbrio, a harmonia e a independência dos poderes, bem como os que, tornando, por um lado, a Suprema Corte - enquanto legisladora negativa - guardiã da Constituição prevê, por outro lado, mecanismo de sustação, pelo Poder Legislativo, dos atos de invasão de sua competência por qualquer dos outros dois poderes podendo haver, inclusive, intervenção das Forças Armadas em prol do restabelecimento da lei e da ordem. Assim, com base em diversos precedentes do STF, buscou-se demonstrar que o ativismo judicial merece ser refletido para saber-se até que ponto não pode desestabilizar a ordem constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; legislador negativo; legislador positivo; competência; equilíbrio de poderes.

ABSTRACT: This article deals with judicial activism, saying the actions of the Judiciary, in particular of the Federal Supreme Court, as positive legislator and, even, as a constituent derived. Highlights therefore the unconstitutionality of this mode of operation, in abstract, on the grounds of fragrant affront to several constitutional devices, notably that enshrine the balance, harmony and independence of powers, as well as those who make, on the one hand, the Supreme Court - while negative legislator - guardian of the Constitution provides, on the other hand, injunctive engine, by the legislative branch, of the acts of the invasion of their competence by any of the other two powers may beeven the intervention of the armed forces in favor of the restoration of law and order. Thus, based on several precedents of STF, sought demonstrate that judicial activism is a great challenge that oblige the reflection if it is or not against the constitutional order.

KEYWORDS: judicial activism; negative legislator; positive legislator; legislature competence; balance of powers.

O ATIVISMO JUDICIAL E A ORDEM CONSTITUCIONAL

O tema da Revista Brasileira de Direito Constitucional para seu número 18 é "Os desafios para a continuidade da Ordem Constitucional". Entre estes, indiscutivelmente, a questão do protagonismo judicial é dos mais relevantes, na medida em que implica a transformação do Poder Judiciário, não poucas vezes, em legislador positivo.

Sobre tal tema, debruçar-me-ei.

* Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal-1a. Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária-CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais-IICS.

De início, quero deixar claro que, nada obstante o protagonismo claro da Suprema Corte em diversas questões — a última, ao transformar-se em congresso nacional, editando norma sobre o aviso prévio, nada obstante a lei vigente à época ser inequivocamente constitucional (previa 30 dias que a lei suprema impõe como mínimo) —, não consigo encontrar, no texto supremo, qualquer norma que lhe permita tal auto-outorga de poderes legislativos, algo que jamais ocorreu no admirável passado do Pretório Excelso, autêntico guardião da Carta Magna e preservador de seu texto, mesmo quando nitidamente não lhe agradava[1].

Lembro-me de decisão em que foi relator o Ministro José Néri da Silveira, que sempre se notabilizou como notável defensor do texto maior e das prerrogativas da Suprema Corte de ser "guardiã" da lei e não sua produtora, em que ao proferir decisão outorgando área de conflito a Rondônia, que estava em disputa com o Acre, deixou claro que embora a justiça lhe parecesse estar na solução inversa - o território em litígio, que sempre estivera sob os cuidados do Acre -, como legislador negativo não poderia buscar o que lhe parecia justo, nem substituir-se ao Congresso Nacional, na produção normativa[2].

Reconheço que os tempos são outros e os magistrados que hoje compõem a Corte – todos muito mais jovens do que eu - não se sentem mais jungidos à função exclusiva de asseguradores da lei, mas de seus verdadeiros produtores, sempre que, a seu ver, o Congresso Nacional tenha sido omisso.

[1] José Renato Nalini acentua tal aspecto sobre a CF de 88: "O STF viu enfatizada a sua missão de guarda precípua da Constituição. Ampliou-se o rol dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, efetiva conquista democrática da sociedade" (Constituição Federal – 20 anos – edição comemorativa – Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, São Paulo, 2008, p. 393).

[2] Fátima Fernandes Rodrigues de Souza lembra sobre o acórdão referido: "A partir dessa observação, o Tribunal, analisando detidamente as tratativas que deram origem à contratação do IBGE para a realização do levantamento, bem como seus fundamentos resultados e a ausência de entendimento entre os Estados envolvidos, entendeu legítima a atitude do Constituinte de dar à pendência solução definitiva, nos termos do § 52 do art. 12 do ADCT, na linha do parecer apresentado pelo Estado de Rondônia, como se vê do seguinte trecho do Acórdão: "Em parecer que emitiu acerca do art. 12 § 52 do ADCT de 1988, o ilustre professor Ives Gandra da Silva Martins observa: "A exegese do dispositivo mostra a inexistência de qualquer encaminhamento procedimental para a pendência de divergências, antes impondo um encerramento ao procedimento adotado até aquele momento em que a Constituição foi promulgada. Enquanto todos os quatro (4) parágrafos e o 'caput' do artigo são dedicados a um compromisso procedimental para a solução futura de pendências, o § 52 institui a solução presente de um procedimento passado, aceitando, como válidos, os limites decorrentes de levantamento cartográficos e geodésicos existentes naquele momento. Toma-os por outro lado, definitivos na pendência entre os Estados referidos — e para efeitos deste parecer — definitivos os limites entre os Estados de Rondônia e do Acre. A leitura do § 52 não permite qualquer veleidade exegética. Os limites indicados pelo IBGE, a partir de sua eleição para o levantamento, por decisão de uma Comissão Tripartite, são aqueles que ficaram definitivamente reconhecidos, sem possibilidade de contestação ou alteração por parte da referida Comissão, em face da clareza da dicção legislativa" (Princípios constitucionais fundamentais – estudos em homenagem ao prof. Ives Gandra da Silva Martins, coordenação Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Lex Editora, São Paulo, 2005, p. 409/410).

No caso do aviso prévio, claramente, sem qualquer projeção econômica quanto ao seu impacto sobre o nível de inflação, geração de rotatividade de emprego, aumento de processos trabalhistas, prejuízos à competitividade do país perante outros países emergentes - que, em matéria tributária e trabalhista oneram menos suas empresas, tornando seus produtos mais competitivos no mercado internacional -, isto é, independente de qualquer análise econômica ou social a respeito, entenderam que o aviso prévio deve ser proporcional ao tempo de serviço, à luz de preceito não regulado da Lei Suprema. Não declararam inconstitucional a lei vigente, mas tornaram-na ultrapassada, informando, todavia, que reunir-se-ão proximamente para definir qual será o critério de proporcionalidade, em face dos inúmeros palpites, que, sem dados estatísticos ou projeções econômicas, cada um dos ministros ofertou.

Reafirmo que reconheço nos eminentes Ministros do Pretório Excelso excelsas qualidades, o que não significa, entretanto, que, ainda e enquanto o Brasil for uma democracia, não tenha eu o direito de divergir, com respeito e constrangimento, do ativismo judicial dos ínclitos juristas que compõem a Suprema Corte.

Principio nesta análise apenas com 5 dispositivos da Lei Maior, a saber o artigo 2º, o inciso XI do artigo 49, o "caput" do artigo 102, o § 2º do artigo 103 e o "caput" do artigo 142, assim redigidos:

"Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.";

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;";

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ...";

"Art. 103 - .....

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.";

"Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na

hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem." (grifos meus) [3]

Pelo primeiro deles, os poderes são harmônicos e independentes, tendo o constituinte dedicado o Título mais extenso da Carta Magna (Título IV) à definição das competências de cada um. Do artigo 44 a 75, disciplina a competência do Poder Legislativo, incluído nele o Tribunal de Contas; do 76 a 91, a do Poder Executivo; e do artigo 92 a 135, a do Poder Judiciário, acrescentando as funções essenciais à administração de Justiça, ou seja, o Ministério Público e a Advocacia.

No inciso XI do artigo 49, permitiu que o poder mais representativo da sociedade, que é o Legislativo, pois nele está presente toda a nação (situação e oposição), sustasse atos de invasão de sua competência por qualquer dos outros dois poderes[4].

No artigo 102 "caput", tornou a Suprema Corte verdadeiro legislador negativo, ao torná-la "guardiã" da Lei Suprema, sem direito a modificá-la.

No artigo 103, § 2º, reforçou a função de "guardiã", proibindo a Suprema Corte de legislar, ao ponto de estabelecer que, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal NÃO PODE EDITAR NORMA, devendo, apenas, comunicar ao Legislativo que a sua omissão é inconstitucional, porém, não impondo prazo para supri-la, nem sanção, se não o fizer[5].

[3] Escrevi sobre o artigo 142 que: "A segunda grande missão das Forças Armadas é a garantia que ofertam aos poderes constitucionais, o que vale dizer, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas. Quando Nelson Hungria, desconsolado, no golpe de estado que derrubou Café Filho, disse que o Supremo Tribunal Federal era um arsenal de livros, e não de tanques — e, por isso, nada podia fazer para garantir o governo, podendo apenas mostrar uma realidade, qual seja, a de que sem a garantia das Forças Armadas não há poderes constituídos —, definiu os verdadeiros papéis das duas instituições. Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamadas a intervir. Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado" (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, 5º vol., Ed. Saraiva, 1997, p. 166/167).

[4] Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: "Zelar pela preservação de sua competência – Nada havia a este respeito no direito anterior. Todavia, era óbvio que todo titular de competência pode, e deve, zelar pela preservação de sua competência. O texto em estudo tem o caráter de uma recomendação ao próprio Congresso Nacional, para que não tolere que outros Poderes, no fundo o Poder Executivo, usurpem a sua competência legislativa, de modo aberto ou disfarçado. Tem relação, portanto, com o previsto no inc. V deste mesmo artigo" (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, p. 314).

[5] Celso Bastos ensina: "Em se tratando, entretanto, de omissão legislativa, não é pacífico o entendimento quanto à responsabilização do órgão legiferante que se mantém inerte. E que, quanto a este, a Constituição não fixa prazo para a adoção das medidas cabíveis. Parte da doutrina entende que não há como imputar sanção ao comportamento omisso desse Poder, mesmo se após a declaração de inconstitucionalidade não tomar as providências necessárias" (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo III, Ed. Saraiva, 1997, p. 268/269).

E, por fim, no artigo 142, outorgou às Forças Armadas o poder de restabelecer a lei e a ordem, mediante solicitação do poder atingido, se houver invasão de sua competência por qualquer dos outros poderes.

Como se percebe, o equilíbrio, a harmonia e a independência dos poderes estão rigorosamente disciplinados pelo legislador supremo, o que permite à sociedade brasileira usufruir, num Estado Democrático de Direito, da certeza e da segurança do Direito.

Infelizmente, nada obstante o imenso respeito e inquestionável admiração que tenho por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, tem ele se transformado em constituinte derivado, em legislador positivo e invadindo a esfera de competência do Congresso Nacional, lastreado exclusivamente no princípio "magister dixit" e não pode ser contestado.

A primeira maculação do equilíbrio de poderes veio com a cassação do mandato de Governadores do Maranhão e da Paraíba e a nomeação do candidato derrotado para substituí-lo, e não do presidente da Assembleia Legislativa. Embora a origem do problema tenha surgido no Tribunal Superior Eleitoral, o STF houve por bem chancelar essa atuação do Poder Judiciário como legislador positivo[6].

Ora, o princípio constitucional é de que, no impedimento do presidente e do vice, cabe ao presidente da Câmara dos Deputados assumir a presidência e convocar eleição direta, se o impedimento ocorrer nos dois primeiros anos de mandato, ou indireta, nos dois últimos anos, estando os artigos 80 e 81 da CF assim redigidos:

"Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

[6] Maranhão:
- AC 2345 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/04/2010, p. Dje 074, Divulg. 27/04/2010, public. 28/04/2010;
- RMS 28288, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 06/10/2009, public. DJe 195, divulg. 15/10/2009, public. 16/10/2009;
- HC 98894 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, julg. 30/04/2009, public. DJe 084, divulg. 07/05/2009, public. 08/05/2009;
- AC 2347, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, julg. 22/04/2009, public. DJe 078, divulg. 28/04/2009, public. 29/04/2009;
- AC 2345, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, julg. 17/04/2009, public. DJe 075, divulg. 23/04/2009, public. 24/04/2009.
Paraíba:
- AI 759878, Rel. Min., Cármen Lúcia, julg. 17/12/2009, public. DJe 021, divulg. 03/02/2010, public. 04/02/2010;
- AI 759997, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 04/12/2009, public. DJe 024, divulg. 08/02/2010, public. 09/02/2010;
- AI 760103, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 18/11/2009, publicado DJe-235, divulg. 15/12/2009, public. 16/12/2009;
- ADPF 155 AgR-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, julg. 05/05/2009, public. em DJe-085, divulg. 08/05/2009, public. 11/05/2009.

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei."

§ 2º - Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores. [7]

Por outro lado, o artigo 25 da Constituição Federal, cuja dicção segue:

"Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [8]

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995)

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios

[7] Comentei-o: "O artigo 80 cuida dos casos de impedimento e vacância dos cargos de Presidente e vice-Presidente, em que há uma ordem hierárquica na substituição.
O primeiro substituto é o Presidente da Câmara dos Deputados, na ordem seguinte teremos o Presidente do Senado e posteriormente o Presidente do Supremo Tribunal Federal.
Discute-se se não deveria ser o Presidente do Senado e não o da Câmara dos Deputados o primeiro substituto. Se nas sessões conjuntas entre Senado e Câmara o Presidente do Senado é quem a preside, por ser o Presidente do Congresso Nacional, o lógico seria ser ele o substituto direto.
A solução brasileira parece-me, todavia, adequada.
A segunda substituição constitucional recai sobre o Presidente da Casa representativa do povo e não da Federação. O Senado representa a Federação, a Câmara dos Deputados a sociedade. Desta forma, justifica-se que um representante da sociedade seja o segundo substituto presidencial.
O argumento, todavia, que mais justifica a escolha é que até a segunda substituição a Presidência dos outros poderes não sofre alteração. Enquanto o Presidente da Câmara dos Deputados substitui o vice-Presidente, continuará o Poder Legislativo a ter seu presidente eleito e o Poder Judiciário a também o manter.
Desta forma, até a 2a. substituição, nem o Poder Legislativo, nem o Poder Judiciário sofrem solução de continuidade naquele que foi eleito para presidí-los" (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo II, Ed. Saraiva, 2002, p. 234/235).

[8] Comentei-o: "O certo é que, ao determinar o constituinte que as leis ordinárias e a Constituição Estadual subordinam-se aos princípios da Constituição Federal, declara-os subordinados a todos os princípios, inclusive àqueles em que a União interfere na ação dos Estados, por determinação da Lei Maior.
E o princípio de que a norma federal sobre a mesma matéria prevalece sobre a estadual, à evidência, cria de fato níveis de importância, que formalmente inexistiriam, se a teoria das esferas autônomas e não interpenetradas prevalecesse.
Têm, pois, os Estados e o Distrito Federal, uma autonomia legislativa relativa que não pode alterar os princípios constitucionais ou a lei complementar explicitadora subordinando-se a seus ditames" (Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., tomo II, ob. cit. p. 90).

limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum." (grifos meus),

Não permite que princípios da Constituição Federal sejam tratados diferentemente pelas Constituições Estaduais, que podem apenas complementá-los, mas não alterá-los.

Ora, no referido caso, não só o STF deixou de reconhecer que caberia ao presidente da Assembleia assumir a governadoria, convocando eleições indiretas, como empossou o candidato derrotado, ou seja, aquele que o eleitorado não quis que fosse governador. Prestigiou a minoria em detrimento da clara vontade da maioria e não permitiu que a maioria da população, direta ou indiretamente, escolhesse o seu novo governador.

Repetiu o mesmo tratamento no caso da Paraíba, passando a ser constituinte derivado, em nível de invasão das competências legislativas da União e dos Estados.

Idêntica situação ocorreu no que concerne à fidelidade partidária, ainda aqui o problema tendo nascido no TSE[9].

Os constituintes debateram a questão da fidelidade partidária e não a quiseram adotar em 1988. Para contentar a ala que a propugnara na Constituinte, decidiram que, se o partido político quisesse adotá-la em seu estatuto, poderia fazê-lo, mas que não era obrigatório.

Está o § 1º do artigo 17 da CF assim redigido:

"§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)" (grifos meus)

Ora, se a matéria deixou de ser de imposição da Constituinte, mas do livre arbítrio dos partidos políticos, que poderão editar as normas para discipliná-la, à evidência, a fidelidade de

[9] Segue o número dos acórdãos do TSE e STF que cuidaram da questão:
- MS 27938, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julg. Em 11/03/2010, DJe 076 Divulg. 29/04/2010; public. 30/04/2010;
- ADI 3999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Trib. Pleno, julg. em 12/11/2008, Dje 071 divulg. 16/04/2009, public. 17/04/2009;
- MS 26602, Rel. Min. Eros Grau, Trib. Pleno, julg. em 04/10/2007, DJe 197 Divulg. 16/10/2008, public. 17/10/2008;
- MS 26604, Rel. Min. Cármen Lúcia, Trib. Pleno, julg. em 04/10/2007, DJe 187, divulg. 02/10/2008; public. 03/10/2008;

obrigatória tornou-se facultativa, visto que a agremiação política pode consagrar não só a desnecessidade de haver fidelidade, como adotá-la com ou sem exceções.

Não poderia, pois, o Poder Judiciário editar normas que o Constituinte relegou à "competência normativa" dos partidos.

No caso da homofobia, a invasão de competência foi mais grave, visto que, nos debates constituintes, quando se definiu, no art. 226, a família como base da sociedade e destinatária da proteção do Estado, a maioria dos constituintes liderada por Bernardo Cabral pugnou para que se explicitasse o conceito de entidade familiar, como a união entre um homem e uma mulher capazes de gerar prole, de forma a afastar qualquer dúvida quanto à impossibilidade de esse conceito hospedar a união entre pares do mesmo sexo[10].

Ora, não só o STF mudou a Constituição, como incinerou a vontade do constituinte ao incluir um novo tipo de união não agasalhada pela definição de entidade familiar, desfigurando o conceito de família como base de sociedade, ou seja, de união entre homem e mulher capaz de gerar prole. Afetou, portanto, os § 1º, 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 226[11].

Em sentido diametralmente oposto, a Corte Constitucional francesa declarou, em caso idêntico, que, por serem as relações entre um homem e uma mulher diferentes daquelas entre dois homens ou duas mulheres, somente ao Legislativo caberia estabelecer a equiparação, e não ao Judiciário, conforme pode-se ler no trecho abaixo:

Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011

/ / PDF / /

Décision n° 2010-92 QPC

[10] "ADI 4277/DF E ADPF 132/RJ: (disponível apenas o dispositivo e os resumos abaixo)
Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05/05/2011".

[11] Está o artigo 226, § 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, assim redigido: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
....".

Communiqué de presse

Décision de renvoi

Dossier documentaire

Audience vidéo

Commentaire aux cahiers

Références doctrinales

Version en anglais

Version PDF de la décision

Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011

Faire un lien stable

Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 novembre 2010 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1088 du 16 novembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mmes Corinne C. et Sophie H., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 75 et 144 du code civil.

…..

9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage doit être écarté ;
11. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

DÉCIDE :
Article 1er.° Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution.
Article 2.° La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.
Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 27 janvier 2011 où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 28 janvier 2011.

Journal officiel du 29 janvier 2011, p. 1894 (@ 82)"[12].

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal inovou no que concerne à lei de introdução ao Código Civil quanto à disciplina da extradição e à própria Constituição, ao delegar competência ao Presidente da República para extraditar ou não alguém de nacionalidade estrangeira condenado em seu país de origem. No caso, a pessoa havia sido julgada por dois Tribunais (Italiano e Europeu) por crimes comuns, fragilizando todos os tratados internacionais e abrindo campo para que, no futuro, em idênticas condições nas relações com o Brasil, os tribunais de

[12] Escrevi: "É uma pena que a lição da Corte Constitucional francesa de respeito às funções de cada poder, sirva para um país, cuja Constituição e civilização -há de se reconhecer - estão há anos luz adiante da nossa, mas não encontre eco entre nós.
Concluo estas breves considerações de velho professor de direito, mais idoso do que todos os magistrados na ativa no Brasil, inclusive da Suprema Corte, lembrando que, quando os judeus foram governados por juízes, o povo pediu a Deus que lhes desse um rei, porque não suportavam mais serem pelos juízes tutelados (O livro dos Juízes). E Deus lhes concedeu um rei" (Lição do Conselho Constitucional da França, jornal O Estado de São Paulo, 17/05/2011).

outros países desconsiderem as decisões da justiça brasileira para conceder extradição de criminosos aqui condenados[13].

E há, ainda, o risco imediato de se criar uma terceira hipótese de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Trata-se da questão do aborto, para incluir nas hipóteses de descriminalização do artigo 128 (aborto natural e terapêutico) do Código Penal, o aborto eugênico, para pureza da raça e eliminação de fetos mal formados. Haveria, assim, a consagração do homicídio uterino por decisão do Supremo Tribunal Federal, primeiro, para os casos de anencefalia detectada no pré-natal e, certamente, a seguir, para a legalização do aborto, para descarte de fetos indesejados.

Todas estas muitas invasões de competência por parte do Poder Judiciário poderiam ser sustadas. Vale dizer: pode o Poder Legislativo ANULAR A EFICÁCIA DAS DECISÕES INVASIVAS DA SUPREMA CORTE (artigo 49, inciso XI).

E, na hipótese de fazê-lo e de a Suprema Corte não acatar a anulação, caberia até mesmo a intervenção das Forças Armadas para restabelecer a lei e a ordem turbadas pela quebra de harmonia entre os poderes da República, obrigando o Supremo Tribunal Federal a cumprir a Constituição. QUALQUER PODER TEM O DIREITO - a meu ver "poder-dever" - de solicitar o apoio da instituição militar objetivando o restabelecimento da lei, como se depreende da dicção final do "caput" do artigo 142 da CF, que diz que as Forças Armadas destinam-se

"..... à garantia dos poderes constitucionais e, <u>por iniciativa de qualquer destes</u>, da lei e da ordem" (grifos meus) [14].

Os mecanismos constitucionais estão ai e podem ser utilizados contra esta nova "vocação auto-outorgada e recém-descoberta" do Pretório Excelso de legislar, e não, apenas, de decidir. Se não forem usados, creio que teremos estabelecido um regime de insegurança jurídica absoluta, pois não mais o que dizem a Constituição e a lei regerá a vida social. No

[13] "STF CONCEDE LIBERDADE A CESARE BATTISTI: Por 6 votos a 3, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na noite desta quarta-feira (8), que o italiano Cesare Battisti deverá ser solto. Ao proclamar o resultado do julgamento, o presidente do STF, ministro Cezar Peluso, afirmou que o italiano somente poderá ser libertado se não estiver preso por outro motivo. Battisti responde a uma ação penal no Brasil por uso de documento falso.
Para a maioria dos ministros, a decisão do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva de negar a extradição de Battisti para a Itália é um "ato de soberania nacional" que não pode ser revisto pelo Supremo. Esse foi o entendimento dos ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Marco Aurélio" (Notícias STF, Brasília, 13/junho/2011, 11:13).

[14] Didaticamente Pinto Ferreira assim divide as funções das Forças Armadas: "DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS: As Forças Armadas formam um dos aparelhos coercitivos e repressivos do Estado, como uma instituição nacional e permanente. Por expressa determinação constitucional elas se destinam: a) à defesa da Pátria; b) à garantia dos poderes constitucionais; e c) por iniciativa de qualquer destes, à garantia da lei e da ordem" (Comentários à Constituição Brasileira, 5º vol., Ed. Saraiva, p. 226).

campo dos estudos jurídicos e universitários, será necessário instituir uma cadeira dedicada a estudos antecipatórios, para profetizar de que maneira a Suprema Corte irá, com sua "interpretação", modificar a legislação vigente e seguida pelos cidadãos, nas suas novas funções de legisladora positiva.

Nada obstante o profundo respeito que nutro por S.Exas., creio que, mais do que nunca, é necessário séria reflexão sobre o verdadeiro papel da Suprema Corte no cenário legislativo brasileiro. Este protagonismo e ativismo judicial, entendo eu, está trazendo muito maior insegurança do que certeza no Direito e na vida dos Direitos, na feliz expressão cunhada por Vicente Rao, para intitular seu clássico livro[15].

Todos estes aspectos levam-me a tecer considerações em matéria tributária, que me preocupam, na mesma dimensão.

Já me causava perplexidade - antes dessas atuações da Corte Suprema como legislador positivo - que o Tribunal viesse adotando, nos últimos tempos, sistematicamente, interpretações sempre contrárias ao contribuinte, inclusive com mudança de jurisprudência há muito tempo consolidada, como o crédito prêmio e o direito a crédito de IPI nas operações sujeitas à alíquota zero.

A eliminação do direito a crédito de IPI nas operações isentas, além de não encontrar respaldo na Constituição, fere claramente o artigo 175 do CTN. Esta norma foi reescrita pelo Pretório Excelso, ao acrescentar que, além da exclusão do crédito tributário (no caso, aquele a que se refere o artigo 139 do CTN)[16], a isenção também impede o nascimento da obrigação tributária. Vale dizer, com essa decisão, o Tribunal sepultou toda a doutrina e jurisprudência dominantes, alterando o CTN contra a clara intenção do legislador complementar, elaborado ao tempo em que as leis tributárias eram feitas por grandes juristas, e não por regulamenteiros. Na elaboração do CTN, o autor dessa lei com eficácia de complementar, deixou claro que, nas isenções, nasce a obrigação tributária, sendo, entretanto, eliminada pela norma isencional, a possibilidade de constituição do crédito tributário, tal como ocorre na anistia[17].

[15] "O Direito e a vida dos direitos", Ed. Revista dos Tribunais, 6ª. ed., 2004.
[16] O artigo 139 do CTN tem a seguinte dicção: "Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta".
[17] Walter Barbosa Corrêa escreve: "Assim, não obstante a isenção acarrete, na prática e em nosso entender, a anulação ou esvaziamento, total ou parcial, da obrigação tributária, a doutrina acolhida pelo CTN apenas cuidou da isenção como excludente dc crédito, resultando dessa técnica que a obrigação tributária, cujo crédito ficou excluído — é vedada a constituição de crédito —, mantém-se íntegra" (Comentários ao Código Tributário Nacional, volume 2, 6ª. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 556/557).

Esta é a razão pela qual, desejando adotar regime diverso para o ICMS, – e participei da audiência pública perante os constituintes, na Subcomissão de Tributos - o constituinte houve por bem estabelecer expressamente que, no âmbito desse imposto, nem a isenção nem a não-incidência geram direito a crédito – atuando, aliás, com excesso de zelo, visto que a não-incidência, por representar a inexistência de imposição, à evidência, não poderia gerar direito a crédito[18].

Preocupa-me também que muitos Ministros dos Tribunais Superiores, que cuidam de matéria tributária, tenham adotado a prática de manter entre seus assessores, procuradores da Fazenda Nacional, assim como procuradores dos Estados. Nada obstante o mérito de tal assessoria, trata-se de profissionais que eram e continuarão a ser, quando deixarem esses cargos, defensores dos Erários Federal e Estaduais, carecendo da necessária imparcialidade no preparo dos processos para julgamento.

O certo é que há uma clara tendência de os Tribunais Superiores, nas discussões dos temas tributários, defenderem o que apontam como "interesse da sociedade", ou seja, o Erário. É de se lembrar que parcela substancial destes tributos vão para o pagamento da mão de obra oficial, constituída de servidores ativos e inativos da União. Tal quadro leva, por exemplo, a situações como esta: embora o Estado, apesar dos tributos que arrecada, não consiga ser eficiente na função de ofertar de segurança pública, os Tribunais considerem que o roubo é fato gerador do IPI, pois, não obstante a mercadoria em trânsito não ter chegado a seu destino, saiu do estabelecimento (art. 46 do CTN)[19]! E isso, apesar de a lei estabelecer que a alíquota do IPI só pode incidir sobre o "valor da operação" (art. 47 do CTN)[20], operação esta

[18] Vale a pena relembrar a sempre presente lição de Rubens Gomes de Souza para que se compreenda o perfil fenomênico da isenção: "Isenção é o favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido. É importante fixar bem as diferenças entre não—incidência e isenção: tratando—se de não—incidência, não é devido o tributo porque não chega a surgir a própria obrigação tributária; ao contrário, na isenção, o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento" (grifos meus) (Compêndio de legislação tributária, ed. póstuma, Resenha Tributária, 1975, p. 97).

[19] O artigo 46 do CTN está assim redigido: "Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:
I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;
II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;
III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.
Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo".

[20] O artigo 47 do CTN está assim redigido: "Art. 47. A base de cálculo do imposto é:
I - no caso do inciso I do artigo anterior, o preço normal, como definido no inciso II do artigo 20, acrescido do montante:
a) do imposto sobre a importação;
b) das taxas exigidas para entrada do produto no País;
c) dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis;
II - no caso do inciso II do artigo anterior:
a) o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;

inexistente no roubo! Como cobrar, portanto, um tributo cuja alíquota tem como base de cálculo, algo que não existe, ou seja, A OPERAÇÃO?!

O argumento, entretanto, de que a sociedade não pode ser prejudicada restando privada do IPI quando o Estado falha em ofertar segurança aos cidadãos, é que passou a representar fundamento relevante para considerar-se legítima, na atual República Brasileira, a cobrança de IPI sobre roubo! Nota-se, nitidamente, que o importante é manter, a qualquer custo, a arrecadação destinada a suportar a estrutura burocrática do Poder! Tudo isso deixa a certeza de que, enquanto a mão de obra oficial absorver parcela substancial do orçamento federal, pouco retornará em serviços públicos ao povo brasileiro.

Por exemplo, o déficit orçamentário da previdência com o servidor público da União é superior a 50 bilhões de reais - ou seja, quase dois orçamentos da cidade de São Paulo - e são menos de um milhão de beneficiários, enquanto o déficit com o regime geral dos "não governamentais" é pouco superior a 40 bilhões, para atender quase 25 milhões de "cidadãos comuns"!!!![21]

Ora, neste quadro em que a burocracia brasileira dos três Poderes torna o país o último em "exigências formais" entre 175 países, segundo pesquisa do Banco Mundial de dois ou três anos atrás, o protagonismo da Suprema Corte – que já é preocupante nas diversas áreas em que passou a comportar-se como legislador positivo – suscita preocupação ainda maior se vier a se manifestar com mais intensidade no campo tributário, como se deu na negativa de crédito escritural para as isenções do IPI[22]. É que a única garantia que tem o contribuinte contra o peso do Estado continua sendo a lei, que para nós, os velhos tributaristas, estava protegida pelos princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal[23].

---

b) na falta do valor a que se refere a alínea anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça do remetente;
III - no caso do inciso III do artigo anterior, o preço da arrematação" (grifos meus).

[21] Marcos Cézari lembra que: "Entre os 30 países com as maiores cargas tributárias, o Brasil é o que proporciona o pior retomo dos valores arrecadados em bem-estar para seus cidadãos.
Com carga tributária de 34,41% do PIB (Produto Iii- temo Bruto) em 2009, o país fica atrás dos vizinhos Argentina e Uruguai quando se analisa o retomo dos tributos em qualidade de vida para a sociedade.
Nesse comparativo, os Estados Unidos, seguidos pelo Japão e pela Irlanda, são os países que melhor aplicam os tributos em melhoria de vida de suas populações" (jornal Folha de S. Paulo, sábado, 18/06/2011, p. A10 Poder).

[22] No relatório do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário os Estados Unidos têm uma carga tributária de 24% do PIB e um retorno para a sociedade em IDH de 0,95 - índice 167,2 (1º lugar) e o Brasil, o último, uma carga tributária de 34,41 e um IDH de 0,81 (30º) índice 144,0.

[23] "Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.
Como bem acentua Sainz de Bujanda (Hacienda y derecho, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas - e principalmente - o próprio critério da decisão no caso concreto.

Ora, nada mais preocupante, numa democracia, do que ficar o cidadão na incerteza de que a lei que seguiu passa a ser modificável, inclusive com efeitos retroativos, sem o debate no Congresso Nacional ou nas Assembleas ou Câmaras eleitas pelos 130 milhões de brasileiros, mas exclusivamente por uma Corte eleita por um homem só (as homologações do Senado são apenas formais), nada obstante – reitero - o indiscutível mérito dos senhores Ministros.

Se, em matéria tributária, começar a Suprema Corte também a inovar, elaborando leis, descumprindo o disposto no art. 103, § 2º, da CF - que a impede de substituir-se ao Poder Legislativo -, sob uma inaceitável visão de que o mandado de injunção, para casos concretos, permitiria que editasse a lei, à evidência, a insegurança jurídica, que já existe após as últimas decisões da Corte, será consideravelmente maior. É de se lembrar que o espectro do mandado de injunção é consideravelmente menor que o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão[24]. Mas, alguns Ministros entendem que o que não podem fazer pela ADI de omissão podem fazer pelo mandado de injunção, revogando aquele dispositivo do texto constitucional, cuja letra e sentido não permitem, no controle concentrado, com eficácia "erga omnes", que o Supremo se revista dos poderes do Congresso Nacional.

À evidência, minhas críticas ao protagonismo do Supremo, em nenhum momento atingem as figuras de seus Ministros, a quem reitero, mais uma vez, minha admiração e respeito. Apenas não penso como eles e sim como pensavam os juristas que constituíam a

---

À exigência da 'lex scripta', peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da 'lex stricta', própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p.39): "E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (Sachentscheidungsnormen), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (handlungsnormen), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento".

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário, in Comentários ao CTN, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (Direito Tributário, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária, in Direito Tributário, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida, a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do 'numerus clausus' veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja: e finalmente, pelo princípio da determinação conceitua de forma precisa e objetiva o fato imponível, com proibição absoluta às normas elásticas (Resenha Tributária 154:779-82, Secção 2.1, 1980)" (Curso de Direito Tributário. São Paulo: Co-edição CEEU/FIEO, Editora Saraiva, 1982, p. 57/58).

[24] O artigo 5º, inciso LXXI, da CF, está assim redigido: "LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; ...".

Suprema Corte, antes da "Era Lula". Como, todavia, a opinião de um velho advogado da Província Paulista não tem valor e a dos 11 Ministros tudo vale, ficam estas críticas e preocupações manifestadas apenas para reflexão de um ou outro eventual e raro leitor, que possa perceber que, apesar da unanimidade com que têm sido emanadas as decisões da Suprema Corte, nem sempre, no campo da doutrina jurídica, a unanimidade é a regra. Talvez, minha inteligência da Constituição seja minoritária, se não se transformar, nos novos tempos de ativismo judicial, em posição unitária. Mesmo assim, faço questão de manifestá-la, pelo menos enquanto - nestes novos tempos de um Poder Judiciário maior e um Poder Legislativo menor - eu não for obrigado a ficar calado por não ser politicamente correto.