

INTRODUÇÃO

Desde o fim do Antigo Regime e a formação dos Estados Nacionais, os elementos constitucionalismo e democracia se relacionaram de várias formas na história: no período posterior às revoluções burguesas do século XVIII, a democracia atingiu maior relevância, pois a grande luta da classe burguesa era pela participação política. Assim, o mais importante era o povo ser seu próprio soberano, se autogovernar e o indivíduo passar de súdito a cidadão.

Tal poder político se materializou no exercício do voto e na democracia representativa, erigindo a lei como autoridade suprema, uma vez que tinha a pretensão de representar a vontade do povo soberano. Nesse ínterim, desenvolve-se o positivismo jurídico, o qual considera a lei escrita como o único objeto do Direito. Nesse modelo jurídico-político, o Poder Legislativo encontra-se em destaque na criação de normas jurídicas, pois representa a vontade do povo, ficando o Judiciário com a tarefa restrita de aplicar as regras criadas de acordo com o ordenamento jurídico.

O positivismo jurídico é fruto do pensamento positivista que orientou a forma de se pensar a ciência no século XIX, pela qual era preciso eliminar qualquer caráter metafísico da ciência, devendo a mesma se basear somente na experiência empírica. No Direito, o maior expoente dessa ideia, já no século XX, é Kelsen, que buscou estudar a ciência de uma forma comumente utilizada nas ciências naturais, ou seja, mediante a observação e análise de um elemento concreto, no caso, os textos jurídicos. Para o autor, qualquer análise jurídica deveria basear-se unicamente nas leis regularmente editadas:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.¹

Após as duas grandes guerras mundiais, no entanto, altera-se o entendimento predominante e passa-se a defender que a lei positiva deve ser interpretada à luz de valores

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

comumente aceitos na sociedade, tendo sempre como fim a dignidade da pessoa humana. Um novo paradigma de Estado começa a se desenvolver, o Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que ganha força uma nova modalidade de constitucionalismo, comumente denominada pós-positivista.

Essa nova forma de entender a constituição prima pela superioridade dos valores nela previstos sobre a lei, devendo todos os atos normativos ser interpretados à luz dos princípios constitucionais. Dessa forma, o Poder Judiciário ganhou destaque a partir do controle de constitucionalidade das leis, sendo elevado a um novo patamar na participação na política, através de diversos institutos que aumentam o controle judicial dos atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Ao mesmo tempo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, eleva a dignidade da pessoa humana ao patamar de maior objetivo a ser alcançado pelos Estados, o que acarreta a necessidade de se atender a inúmeras necessidades básicas dos indivíduos, tais como saúde, educação, moradia, alimentação, emprego, cultura etc., em suma: os direitos sociais. Cresce também a demanda por ações governamentais capazes de supri-las e com isso desenvolvem-se o estudo e a implementação de políticas públicas.

Ocorre que os direitos individuais também demandam a atuação do Estado, mediante políticas de promoção da dignidade em vários campos, sendo mais comuns em situações que envolvam minorias, sejam raciais, étnicas, sexuais ou religiosas. Tais demandas não consistem em luta de classes, nem objetivam a redistribuição dos recursos disponíveis, mas sim em luta por reconhecimento. Assim, políticas públicas de redistribuição e de reconhecimento passam a conviver no cenário de exigências que os Estados devem cumprir em consequência de seus compromissos firmados perante o povo interno e a comunidade internacional.

As políticas públicas, então, consistem, em síntese, nas ações do governo voltadas ao cumprimento das obrigações do Estado e, na maior parte das vezes, são veiculadas através de ato normativo do poder público e, por isso, estão sujeitas ao controle judicial de constitucionalidade. A consequência disso é que as políticas públicas, quando judicializadas, ficam sujeitas ao processo interpretativo do Poder Judiciário, sendo a elas aplicáveis as modernas teorias de interpretação que hoje prevalecem no Direito pátrio.

Em outras palavras, assim como os direitos fundamentais que precisam ser efetivados, as próprias políticas públicas criadas para tanto podem ser objeto de interpretação constitucional,

podendo também ser ponderadas com outros direitos fundamentais que possam ser afetados pelo desenrolar da política pública, não apenas em seu resultado de concretização de um direito, mas também do meio pelo qual o direito é efetivado.

Por outro lado, também é preciso considerar que, no processo de interpretação constitucional, há certa carga de decisionismo do julgador, ou seja, as experiências e valores do intérprete são elementos que integram a norma constitucional produto do processo hermenêutico. Com efeito, a interpretação é a construção de um sentido, a norma é construída em um procedimento em que o texto é apenas um limite, mas que não encerra o alcance e os contornos da norma a ser aplicada.

Tal visão se justifica principalmente em razão do modelo constitucional que hoje vivenciamos, no qual o texto constitucional é marcado por normas com extrema vagueza e abertura, além de ser carregada de valores, os quais se colidem e se entrelaçam em diversos graus de intensidade. Além disso, numa sociedade plural como a brasileira, os valores, muitas vezes, entram em conflito, e um precisa prevalecer em detrimento de outro, de acordo com o intérprete.

Entre essas possibilidades de conflito, optamos por contrapor, neste trabalho, as ideias de constitucionalismo e democracia, por serem elementos de grande importância nas sociedades ocidentais modernas e que buscam constantemente coexistir, bem como demonstrar que a prevalência ou não de um desses elementos, em detrimento do outro, pode afetar de modo determinante uma política pública que tenha sido judicializada.

Para tanto, faz-se necessário expor a forma pela qual entendemos o constitucionalismo contemporâneo, listando suas principais características, e entender os atuais contornos da Teoria dos Princípios, a sua natureza normativa, a ponderação de valores e a concepção dos princípios como mandados de otimização, além do estudo doutrinário acerca da interpretação constitucional. Tais conteúdos serão estudados na linha de pensamento desenvolvida por Robert Alexy.

A partir daí, será descrito o elemento democracia, em sua doutrina clássica, principalmente a desenvolvida por Jean Jacques Rousseau e os autores mais atuais, como Bobbio, Schumpeter e Sartori, que criticam a ideia de vontade geral e bem comum, a fim de chegarmos à definição de democracia que será considerada no presente estudo. Dando prosseguimento, analisaremos a dicotomia entre a vontade da maioria e os direitos das minorias, com base na teoria democrática até então demonstrada.

Posteriormente, traçaremos alguns entendimentos sobre a teoria das políticas públicas, a fim de ser possível entender suas principais características, objetivos, seu ciclo de desenvolvimento, sua análise e avaliação, a divisão em políticas públicas de redistribuição e de reconhecimento e a possibilidade de ponderação das mesmas, quando conflitam com outros direitos constitucionalmente positivados.

Por fim, para verificar a prática da atuação do Poder Judiciário diante de um problema público, vamos abordar o caso do reconhecimento do direito ao casamento civil para os pares homoafetivos, englobando três momentos: a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, que reconhece o direito à união estável para estes casais, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no RESP nº 1.183.378, no sentido de não haver vedação no ordenamento jurídico para a concessão do direito ao casamento e, por fim, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional Justiça (CNJ), que obriga aos titulares de cartório de registros a efetivarem o registro civil dos casamentos.

Entendemos que essa decisão demonstra, na prática, o conflito entre constitucionalismo e democracia, já que a minoria envolvida busca a efetivação de direitos constitucionais que não foram reconhecidos pelo legislador democraticamente eleito pela maioria. Entendemos também que o direito ao casamento civil, nesse caso, pode ser considerado uma política pública de reconhecimento, pois não se esgota na simples possibilidade de se unir a outra pessoa de forma reconhecida pelo Estado, mas também porque o casamento civil possibilita o exercício de uma série de direitos, objeto de lutas da população homossexual, como o direito de herança, a participação em planos de saúde, a adoção de filhos, entre outros, além da redução da violência física e psicológica que ainda é sofrida pelos homossexuais.

No caso das políticas públicas de reconhecimento, veremos que seu objetivo é permitir que os grupos minoritários sejam “parceiros integrais na interação social”², podendo exercer a vida pública com dignidade e reconhecimento do Estado, sem sentimento de inferiorização com relação à maioria. Dessa forma, assim como as políticas de redistribuição, as de reconhecimento também visam à proteção e efetivação dos direitos constitucionais, se situando no mencionado elemento constitucionalismo.

² Expressão mencionada por FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? Tradução: Ana Carolina Freitas LimaOgando; Maria Prandini Fraga Assis. **Lua nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

Necessário mencionar também que o tema do casamento homoafetivo está envolto em muitas polêmicas, sendo um assunto delicado, visto que envolve muitas inclinações prévias da parte de quem o analisa. De fato, a discussão envolve aspectos da cultura, da personalidade, da religião e de valores, que podem determinar posições favoráveis ou não ao reconhecimento de direitos a esse grupo minoritário. Na prática, é possível claramente visualizar esta questão, pois as iniciativas legislativas em benefício dos homossexuais são constantemente obstadas por grupos conservadores e religiosos, também presentes no Congresso Nacional.

Por fim, o presente trabalho objetiva contrapor a necessidade de se concretizar direitos fundamentais de um grupo minoritário (constitucionalismo) com a inércia do Legislativo, como representante da maioria, em reconhecer tais direitos (democracia), bem como a iniciativa do próprio Poder Judiciário em reconhecer o direito, a despeito de o texto constitucional se referir expressamente à união estável como a “união entre homem e mulher”³, e ainda determinar, mediante atuação do CNJ, uma forma de garantir que tal direito seja respeitado em todo o território nacional.

Buscaremos, dessa forma, analisar os argumentos contidos nos votos dos julgadores, suas justificativas para a decisão tomada, se houve algum estudo relacionado à teoria das políticas públicas, como por exemplo, estudo de impactos, se o processo foi conduzido de forma democrática, com a oitiva da sociedade e se a argumentação foi capaz de justificar a decisão tomada pelo colegiado.

Assim, o foco do estudo objetivaresponder à seguinte problematização, entre outros aspectos derivados deste questionamento nuclear:

- a) A decisão judicial favoreceu o constitucionalismo ou a democracia?;
- b) Como se deu a intervenção do Judiciário na concretização de direitos fundamentais?;
- c) O Judiciário procedeu à ponderação de valores, sopesando os interesses em jogo no caso concreto?;
- d) Como o Judiciário justificou sua atuação política em matéria ainda não deliberada no Legislativo?;

³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 226, §3º. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15/01/2015.

- e) Em que medida a concessão de um direito pode ser entendida como uma política pública de reconhecimento?;
- f) Houve preocupação, por parte dos julgadores, em fundamentar seus votos com base em argumentos racionais?

1 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O presente capítulo tem por objetivo explicitar a forma pela qual serão entendidos os termos “constitucionalismo” e “democracia” na presente dissertação. Vamos verificar se existe, de fato, conflito entre eles, como se dá esse conflito e os possíveis desdobramentos do mesmo na prática das decisões judiciais. Além disso, pretendemos estudar a interpretação constitucional e a ponderação de princípios constitucionais, na forma teorizada por Robert Alexy, a fim de fixar pontos que serão importantes para o desenvolvimento dos capítulos posteriores deste trabalho.

1.1 DEMOCRACIA: CONCEPÇÕES CLÁSSICAS E MODERNAS

O termo democracia possui um conceito mutável, que vem evoluindo desde a Idade Antiga, quando foi concebido pelos gregos e romanos. Em termos léxicos, a palavra vem do grego, sendo a união dos vocábulos *demo* = povo e *kratos* = poder. Assim, temos a ideia do povo exercendo o poder. Em termos clássicos, a democracia é uma forma de governo em que todos os cidadãos elegíveis participam igualmente – diretamente ou através de representantes eleitos – do poder político, seja na tomada de decisões públicas (como administradores públicos), seja no desenvolvimento e na criação de leis (como legisladores).

No Iluminismo do século XVIII, essa noção de democracia como exercício de poder pelo povo toma novas formas, em decorrência da submissão a que o povo se encontrava em relação à nobreza da época. Assim, Jean Jacques Rousseau, em seu *Contrato Social*⁴, estabelece uma forma de Estado segundo o qual os cidadãos se unem e acordam de forma igualitária sobre a forma em que vão viver. Surge para superar a noção de soberano e súdito. O povo passa a ser o seu próprio soberano e a lei se torna o instrumento pelo qual o poder é exercido. Dessa forma, o povo se autorregula. Assim, a democracia *rousseauuniana* baseia-se na máxima pela qual todo poder emana do povo e deve ser por ele exercido.

⁴ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.

Segundo Rousseau, existe um problema que envolve toda a sua teoria política, qual seja, “o homem nasce livre, mas por todo o lado se encontra a ferros”⁵. Essa questão mostra que, para Rousseau, o homem é bom por natureza, mas a sociedade o corrompe. Apesar disso, somente a própria sociedade é capaz de salvá-lo. Isso porque, para ele, somente participando da elaboração das leis e respeitando-as é que o homem pode ser verdadeiramente livre. Temos, então, uma noção de liberdade coletiva, de liberdade dentro do Estado.

Outra ideia de Rousseau que nos parece importante é a noção de vontade geral. Para ele, a vontade geral não é a simples soma das vontades individuais, mas a resultante de uma composição de vontades em que se eliminam os excessos da vontade individual de cada um e, ao final, surge uma vontade perfeita, que não se equivoca, nos termos abaixo:

Quando vários homens reunidos consideram-se como um só corpo, eles têm uma única vontade, relacionada à preservação comum e ao bem-estar geral. Então, todos os meios do Estado são vigorosos e simples, suas máximas são claras e luminosas, não há interesses confusos, contraditórios, o bem comum mostra-se em toda parte com evidência e requer apenas bom senso para ser percebido.⁶

Importante ressaltar o caráter extremamente positivista e normativista na teoria de Rousseau, pois o mesmo entende que a lei é a manifestação perfeita da vontade geral e, por isso, nada mais deve ser considerado se não contiver na lei. Ocorre a supervalorização do Legislativo em detrimento dos demais poderes. Por tal motivo é que o Código Napoleônico sobreviveu a várias constituições francesas.

Ocorre que, conforme reconhecido pelo próprio Rousseau, "uma verdadeira democracia jamais existiu nem existirá", pois requer muitas condições difíceis de serem reunidas. Em primeiro lugar, um estado muito pequeno, "no qual ao povo seja fácil reunir-se e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os demais"; em segundo lugar, "uma grande simplicidade de costumes que impeça a multiplicação dos problemas e as discussões espinhosas"; além disso, "uma grande igualdade de condições e fortunas"; por fim, "pouco ou nada de luxo" (donde se poderia deduzir que Rousseau, não Marx, é o inspirador da política de "austeridade")⁷.

⁵ *Idem*, p. 23.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*, p. 115.

⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 41.

Diante de tais dificuldades práticas na participação direta dos cidadãos nos atos da vida pública, o conceito de democracia foi tomando outros contornos, permitindo formas mais modernas, como a democracia representativa que, para Rousseau, apesar de reconhecer as dificuldades da democracia direta, significava o fim da liberdade.

Rousseau também estava convencido de que também foi assim porque a noção de vontade geral é utópica. Não há consenso quanto a isso. Em verdade, os homens são movidos por interesse particulares, mas que em algum ponto se tornam coletivos, em razão de traços de solidariedade. Fora isso, são as elites que conduzem os rumos da nação e, por isso, a caracterização da democracia representativa.

Nesse mesmo sentido aponta a teoria de Schumpeter sobre a democracia, ao defender que não é possível dar ao eleitorado o poder de decidir, mas sim que cabe ao povo escolher os representantes. Baseia-se, então, na regra da maioria, a qual se efetiva na escolha dos representantes pelo povo (democracia representativa), a qual se dá nos termos de uma ideia de liderança, como demonstrado abaixo:

Em primeiro lugar, de acordo com o ponto de vista que adotamos a democracia não significa nem pode significar que o povo realmente governa em qualquer dos sentidos tradicionais das palavras povo e governo. A democracia significa apenas que o povo tem oportunidade de aceitar ou recusar aqueles que o governarão. Mas, uma vez que deve decidir isso de maneira inteiramente não democrática, devemos limitar nossa definição, acrescentando-lhe um outro critério para identificação do método democrático, isto é, a concorrência livre entre possíveis líderes pelo voto do eleitorado. Um dos aspectos dessa definição pode ser expressado se dizemos que a democracia é o governo dos políticos. E é da máxima importância compreender claramente o que essas palavras significam.⁸

Schumpeter também defende, em sua teoria competitiva de democracia, que “o método democrático é aquele arranjo-institucional para chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo”⁹. Trata-se de “uma definição puramente procedimental: a democracia se reduz a um método”, ou seja, “eleições competitivas produzem democracia”.¹⁰

⁸SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 339.

⁹Giovanni Sartori *apud* SCHUMPETER, em SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada. O Debate Contemporâneo**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, p. 209.

¹⁰SARTORI, Giovanni, *op. cit.*, p. 209.

Nesse sentido, a democracia pode ser entendida na atualidade de forma bastante diversa do que se pensava na era greco-romana e no Iluminismo, ganhando destaque teorias como a de Schumpeter que conferem um caráter mais pragmático à democracia, entendendo-a como a “regra do jogo” no exercício do poder político.

É esse o conceito que pretendemos considerar neste trabalho, no qual a democracia é uma regra de procedimento, baseada no princípio da maioria. Em outras palavras, os regimes democráticos são aqueles que possuem regras aceitas por todo o grupo social para o exercício do poder. Não há vontade geral ou objetivo comum, mas sim um modelo procedimental pelo qual os perdedores se submetem às decisões dos vencedores, porque entendem que tal atitude faz parte das “regras do jogo”. Nesse sentido, vale conferir a definição de Bobbio:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.¹¹

Nesse sentido, a regra básica que determina os vencedores e os perdedores é a da maioria, ou seja, nas eleições, quem possuir a maioria dos votos é o vencedor, ganhando assim o direito de exercer o poder sobre todos, inclusive sobre os que votaram de forma diferente. A submissão dos perdedores das eleições é fundamental, pois, se assim não fosse, restaria sempre um estado de guerra, de golpe de Estado, de usurpação do poder etc.

Apesar de outros critérios terem sido incorporados à regra da maioria, como as eleições proporcionais, por exemplo, entendemos que a regra básica ainda é a da maioria. Assim, em regra, os representantes eleitos (no Brasil, os membros dos poderes Executivo e Legislativo) advogam interesses de grupos majoritários.

Importante destacar também a visão de Sartori, segundo a qual, apesar de a democracia direta ser pouco comum nos dias atuais, em virtude de a democracia representativa ter-se

¹¹ BOBBIO, Norberto, *op. cit.* p. 18.

desenvolvido na prática, o imaginário das pessoas ainda busca um ideal mais ligado à democracia direta. É o que ele chama de dimensão vertical e dimensão horizontal da democracia, sendo a primeira ligada à representatividade e, por consequência, à noção de liderança; e a segunda relacionada ao princípio da igualdade. Nas palavras do autor:

O fato óbvio é que os ideais de democracia ficaram, em grande parte, como eram no século IV a.C.E se os ideais de democracia ainda são, em geral, os ideais gregos, isso significa que se relacionam com uma democracia direta, não com uma democracia representativa. Isso implica que, mesmo hoje, a deontologia e a pressão de valor da democracia tem a ver apenas com a dimensão horizontal da política.

(....)

É evidente que a democracia direta (passada ou presente) não tem a necessidade de uma pressão vertical de valor ou lugar para tal pressão. Mas devia ser igualmente evidente que há muito superamos, e de forma irreversível, a fórmula grega. Por mais bem-sucedidos que sejamos na regeneração das pequenas democracias de tipo direto, persiste o fato de que as democracias face a face só podem ser partes de unidades maiores e, em última instância, micropartes de uma unidade global que é sempre uma democracia indireta articulada a processos verticais.¹²

Diante de tal questão, o autor defende que é preciso incluir a questão da liderança no processo, pois a democracia não pode estar dissociada de líderes e então a eleição não pode ser apenas o mero ato de votar, mas sim de selecionar. Para ele, a democracia deve ser um sistema seletivo de minorias concorrentes eleitas, já que o poder é distribuído de forma desigual. Assim, é preciso se preocupar com a qualidade da liderança, e não apenas se basear no valor igualdade para se pensar a democracia, pois o problema que deve ser pensado perpassa pelo aspecto vertical da democracia.

Assim, para os fins do presente trabalho, entendemos a democracia como uma regra de procedimento, no qual os representantes eleitos exercem o poder de forma consensual com os “perdedores” na arena eleitoral. Mas não apenas isso, trata-se de um método que pressupõe uma dimensão horizontal, baseada no princípio da igualdade, e uma vertical, apoiada na ideia de liderança. Assim, é legítima a luta dos grupos sociais pelo poder político, cabendo ao povo, mediante voto com peso igualitário, selecionar o mais indicado para o exercício do poder.

Passamos então à análise da dicotomia “regra da maioria” *versus* “direitos das minorias”.

1.2 REGRA DA MAIORIA E DIREITOS DAS MINORIAS

¹² SARTORI, Giovanni, *op. cit.*, p. 225.

Considerando a ideia acima exposta, segundo a qual a democracia é um procedimento, um conjunto de regras que determinam como se chega ao poder legitimamente, podemos também dizer que a base de tal procedimento é a regra da maioria. Em um conjunto de cidadãos, é a maioria deles que decidem o rumo de todo o conjunto.

Contudo, convém lembrar aqui o pensamento de Ferrajoli, que diferencia a democraciasubstancial ou social da democracia formal ou política. Segundo o autor, esta se refere ao Estado político representativo, o qual se baseia no princípio da maioria como fonte de legalidade. Contudo, aquela é o Estado de direito, que “requer que as instituições políticas e jurídicas sejam instrumentos voltados à satisfação dos interesses primários de todos, e sejam, outrossim, legítimas enquanto concretamente tutelam e realizam tais interesses.”¹³

O pensamento de Ferrajoli tem por base a ideia de que o Estado de Direito está submetido ao princípio da legalidade, ou seja, está subordinado às leis gerais e abstratas que definem a forma de exercício do poder e o que deve ser decidido pelos representantes que ascendem ao poder. Não se trata somente, porém, de estar regulado por leis, pois há limites formais e também substanciais ao exercício do poder. Assim, o autor entende o Estado de Direito como o próprio “garantismo”, segundo o qual o Estado deve garantir uma série de direitos aos cidadãos, quais sejam os direitos fundamentais, mediante ações negativas (para garantir os direitos de individuais de liberdade) e positivas (para garantir os direitos sociais).

Dessa forma, o exercício do poder deve cumprir condições formais e substanciais de validade. As primeiras se referem sobre *quem* e sobre *como* se deve decidir, ao passo que as segundas dizem respeito ao o *que* se deve ou não se deve decidir(grifos deste trabalho). Um Estado Democrático de Direito deve cumprir ambas as condições, como é o caso do Brasil, que possui em seu texto constitucional tanto normas sobre quem pode exercer o poder e como deve exercê-lo, quanto normas relacionadas ao conteúdo do poder, o que deve ser feito ou não ser feito, que se relaciona aos direitos fundamentais.¹⁴

Podemos ainda extrair dessa ideia que, no que tange ao *quem* e ao *como*, predomina a regra da maioria, pois a definição dos representantes é realizada pelo sufrágio(grifos deste trabalho). Porém, no Estadode Direito os limites substanciais ao exercício do poder, ou seja, o

¹³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomeret alii. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 694.

¹⁴*Idem*,p. 688-690.

que pode ou não ser decidido, não deve sofrer violação, nem mesmo por parte da maioria dos cidadãos(grifo deste trabalho). Nesse sentido, Ferrajoli ensinaque

A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de Direito, entendido como um sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado.

(...)

Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que umhomem morra, ou seja, privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolúvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares.¹⁵

Diante do exposto, entende-se que no Estado Democrático de Direito, apesar de a regra da maioria ser importante para a definição de como e por quem o poder deve ser exercido, também existe o compromisso do Estado com os direitos fundamentais, que determina limites e obrigações ao exercício do poder. Assim, o Estado possui o dever de não intervir em certos pontos (Estado de direito liberal) e também a obrigação de agir em outros (Estado de direito social). Portanto, direitos fundamentais são os que balizam e determinam a abrangência da regra da maioria no Estado de Direito.

Não se pode admitir que a maioria decida a supressão de direitos básicos de grupos minoritários, sob pena de se chegar a situações limites de se atingir fortemente a dignidade das pessoas integrantes desse grupo. Imaginando uma situação limite, poderia a maioria deliberar sobre o direito à vida, à integridade física, à propriedade e outros direitos básicos dos grupos minoritários, semelhante a um Estado totalitário como os nazifascistas.

Por outro lado, é importante frisar que não se defende aqui a extinção da regra da maioria. Pelo contrário, esta deve continuar sendo a regra, não apenas para regular o acesso ao poder, mas até mesmo para definir o *que*, ou seja, o âmbito de atuação do Estado, pois as ações estatais devem primar, em primeiro lugar, pelo benefício da maioria dos cidadãos(grifo deste trabalho).

¹⁵*Idem*, p. 689-690.

Todavia, tal regra deve ter como limite os direitos fundamentais de todos, principalmente os que compõem grupos minoritários.

Sartori ensina também, como já mencionado, que a democracia, em regra, demonstra um aspecto horizontal da política, ou seja, considerando todos como iguais e faz isso através de elementos como a opinião pública, a democracia eleitoral, a democracia participativa, a democracia de referendo. Porém, o autor entende que, mesmo na democracia, é preciso haver uma espécie de comando. A igualdade política é um alicerce do sistema, mas existe também uma estruturação vertical da democracia, que o autor chama de democracia vertical.¹⁶

Assim, trata-se de entender a relação entre governantes e governados em um regime democrático. Para o autor, não há apenas uma maioria ou minoria, mas diversas que surgem e desaparecem por motivos variados. É algo pontual. A maioria eleitoral, por exemplo, é uma maioria de situação de momento.

Maioria e minoria, então, podem ser analisadas em três campos: constitucional, eleitoral e social. No campo constitucional, a questão é o problema da proteção das minorias, que são então favorecidas, mediante a concessão de direitos que lhes permitam manter a dignidade. A maioria, por sua vez, é limitada em suas ações, pois se agirem livremente pode-se chegar à chamada “tirania da maioria”, a qual significa não permitir que as minorias tenham direito de se oporem a algo (direito de oposição, de pensar e agir de forma diferente).

No contexto eleitoral, o foco é na maioria, no aspecto de regra do jogo. Assim, a maioria é que vence uma eleição e não há que se falar em tirania da maioria nesse caso, pois a regra procedimental de acesso ao poder se baseia em uma contagem objetiva de votos que possuem o mesmo peso (princípio da igualdade).

Por fim, no âmbito social, questiona-se sobre os efeitos que a relação maioria-minoria gera na sociedade, analisando se existe, no contexto social, a exigência de conformidade social, ou seja, de que todos se comportem de maneira socialmente aceitável pela maioria. Ressalte-se que tal exigência, se não controlada, pode também chegar a um ponto que se torne sufocante para aqueles que não se enquadram nos padrões determinados e isso pode acarretar, até mesmo, limites à liberdade da minoria.

O autor afirma, ainda, que apesar de a regra ou método de tomada de decisões se basear na maioria numérica, isso não significa que deve haver um grupo majoritário constantemente

¹⁶ SARTORI, Giovanni, *op. cit.*, p. 182-183.

habilitado para tomar decisões. Na sociedade de massas, a maioria é formada e dissolvida constantemente em torno de questões específicas. A regra de eleição, portanto, deve se basear numa maioria matemática, que foi o critério escolhido para este fim. Na realidade brasileira, vigora a democracia representativa, no que tange ao exercício do poder político, salvo em determinados casos, nos termos da Constituição da República, a saber:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.¹⁷

No que diz respeito ao acesso aos cargos eletivos do Poder Executivo e Legislativo, a regra é o sufrágio, no regime majoritário para o Executivo e proporcional para o Legislativo. Assim, predomina a regra da maioria, tanto no exercício direto como no indireto do poder.

Podemos afirmar, assim, que os estudos da democracia apresentados se aplicam à realidade brasileira, pois a Constituição da República de 1988, além de prever a regra da maioria como o procedimento legítimo para se definir os governantes do país, prescreve também uma série de direitos para todos os cidadãos, com foco, principalmente na maioria. Assim, está presente a relação entre maioria e minoria nos âmbitos mencionados por Sartori, ou seja, a regra constitucional da maioria (procedimento) e os direitos constitucionais das minorias (direitos fundamentais).

Em síntese, portanto, podemos citar o pensamento de Ferrajoli, que apresenta a relação entre regra da maioria e direitos das minorias, em especial no momento do surgimento do Estado de Direito após o Absolutismo:

O pensamento jusnatural e contratual do Iluminismo formulou esta regra primária da relação entre Estado e cidadão e da conveniência civil entre maioria e minoria, concebendo direitos vitais do homem como “naturais” e a sua garantia como condição de legitimidade daquele “homem artificial que é o Estado”, e do pacto social por ele apresentado. A grande inovação institucional da qual nasceu o Estado de direito foi, contudo, a positivação e a constitucionalização destes direitos por meio daquilo que no parágrafo 26.4 chamei de ‘incorporação limitativa’, no ordenamento jurídico, dos correspondentes deveres impostos ao exercício dos poderes públicos. É com estipulação

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16/12/2014.

constitucional de tais deveres públicos que os direitos naturais se tornam direitos positivos *invioláveis*, e muda, por isso, a estrutura do Estado, não mais absoluto, mas limitado e condicionado. “A declaração de direitos (...) contém as obrigações dos legisladores”. Estas obrigações, tanto quanto lhe é efetivamente inexigível a satisfação, formam as *garantias* dos cidadãos: que são contra a maioria, sendo postas contra qualquer poder para tutela sobretudo dos indivíduos e das minorias que não têm poder; e são contra a utilidade geral, tendo como escopo exclusivo a tutela dos direitos individuais. Graças a elas o legislador, mesmo se é ou representa a maioria do povo, não é nunca onipotente, dado que a violação delas confere vigor às normas não somente injustas mas também inválidas, e portanto censuráveis e sancionáveis não só politicamente mas também juridicamente (grifos do original).¹⁸

Dessa forma, a regra da maioria está limitada pelo garantismo, ou seja, pelos direitos fundamentais das minorias.

1.3 O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA

No período iniciado após a Segunda Guerra Mundial, diante de grandes violações aos direitos individuais ocorridas nos confrontos mundiais, sobretudo à dignidade da pessoa humana, demonstrada pelo número absurdo de mortes, pelo holocausto judeu, os campos de concentração e inúmeras outras formas de violência, a interpretação constitucional passou por transformações visando, acima de tudo, a limitar o poder da lei aos valores constitucionalmente protegidos.

Tais mudanças foram consideradas necessárias principalmente porque a carta constitucional alemã, em tempos de guerra, previa direitos fundamentais para os cidadãos como forma de limite à atuação estatal. No entanto, a interpretação constitucional foi feita de tal forma que esses direitos foram sendo paulatinamente esvaziados em nome de valores, tais como a segurança, o desenvolvimento etc., baseando-se apenas nas regras positivas, a fim de permitir os abusos cometidos, em detrimento da inserção de valores como a justiça e a dignidade de todos.

Esse movimento de mudanças na interpretação constitucional pode ser chamado de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, apesar de existir diversas acepções existentes desses termos e não ser de interesse do presente trabalho discutir todas elas, mas sim compreender que se desenvolveu uma nova forma de entender e pensar o Direito como um todo, e que tal entendimento difere das bases juspositivistas predominantes até então.

Durante a primeira metade do século XX, então, predominou a visão positivista do Direito, mediante a utilização do método científico, da observação, da recusa do metafísico e a

¹⁸FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 690.

ambição de tornar o Direito um objeto estático de análise, similarmente ao que a Física desenvolve para os fenômenos da natureza. Essa ideia surge num ambiente marcado pela objetividade, pelo empirismo, que pretende resumir o conhecimento naquilo que pode ser comprovado pela experiência.

Assim, Kelsen, com base na “guilhotina de Hume”, defende que de um “ser” não é possível se originar um “dever-ser” (não se pode deduzir o que deveria do que é) e por isso, desenvolve sua teoria do Direito completamente baseada no elemento normativo da lei e do ordenamento jurídico, deixando às demais ciências quaisquer aspectos históricos, morais, filosóficos, sociológicos etc. Em suas palavras:

A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdos de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. (...) Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão comum Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser. (...) Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico.¹⁹

A ideia que passa a prevalecer nas sociedades ocidentais, de forma geral, é que o Direito não deve ser tido somente como normas positivadas, mas deve permitir a interferência de elementos morais, de justiça, as quais podem determinar a aplicação ou não de uma regra positiva. Com efeito, as principais críticas ao positivismo não se relacionam pelo que ele afirma, mas pelo que ele nega.

A fim de estabelecer uma baliza conceitual para este trabalho, chamaremos simplesmente de “constitucionalismo” um conjunto de características dessa nova forma de pensar o Direito que levaremos em conta para a presente análise, já considerando a realidade brasileira, as quais relacionamos a seguir:

- a) a inserção de elementos filosóficos, sociais, políticos etc. na discussão jurídica: no paradigma do constitucionalismo há a preocupação com a justiça da lei, a qual passa a ser entendida como um instrumento e não mais um fim em si mesmo. O mais importante agora é a dignidade humana, a qual deve ter o ordenamento jurídico a seu serviço. Para

¹⁹KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 72; 75.

tanto, inúmeras outras questões, que anteriormente eram afetas apenas a outras ciências, passam a adentrar a interpretação e aplicação do direito;

- b) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos: no momento atual da evolução do constitucionalismo, os princípios jurídicos têm uma nova e importante missão, qual seja a de estabelecer os valores a serem privilegiados por todo o ordenamento jurídico em prol da dignidade humana. Para tanto, deixam de ser meros vetores de interpretação e passam a ter força normativa e aplicação imediata, podendo sua violação ser questionada judicialmente. Nesse ponto, podemos concluir que os princípios são os instrumentos de positivação dos valores morais, sendo, portanto, a interseção entre a moral e o direito;
- c) a lei não é a única fonte do Direito: Outras fontes do Direito passam a ter relevância na aplicação da lei, principalmente quando esta produz injustiças no caso concreto. Entre tais fontes, destacam-se os costumes, pois a evolução dos valores sociais pode ocasionar que normas jurídicas se tornem obsoletas e por isso precisem ser atualizadas, por via interpretativa, à realidade social;
- d) as regras podem ter sua aplicação afastada no caso concreto, quando violarem princípios: como o valor principal passara a ser a dignidade da pessoa humana, exigiu-se que a interpretação do Direito se dirigisse à efetivação dos princípios constitucionais, os quais representam valores a serem protegidos. Assim, caso alguma regra jurídica violasse tais elementos axiológicos, as mesmas não deveriam ser aplicadas aos casos concretos;
- e) atenção maior à ponderação do que a simples subsunção: também em razão da importância dada aos princípios e, principalmente, à sua normatividade e aplicação direta aos casos concretos, uma nova forma de interpretação ganhou espaço na interpretação do Direito, qual seja, a ponderação. Pondera-se, uma vez que os princípios, entendidos como mandados de otimização, admitem uma aplicação gradual, indo do mínimo ao máximo de aplicação no caso. Assim, o método da subsunção, no qual a norma é ou não aplicada inteiramente ao fato, dá lugar à maior incidência da ponderação entre princípios, permitindo que dois ou mais valores sejam considerados em determinada medida;²⁰
- f) a constitucionalização do Direito, ou seja, a irradiação das normas constitucionais para os outros ramos do Direito: ainda na ótica da importância dada aos valores

²⁰ Este ponto será desenvolvido adiante, com base nas premissas teóricas de Robert Alexy.

constitucionalmente protegidos, passa-se a realizar a interpretação conforme a constituição de todos os ramos do Direito, ou seja, todas as normas de Direito Civil, Penal, Administrativo, Tributário etc. devem ser interpretadas à luz da Constituição;

- g) o foco no intérprete da norma: a valorização dos princípios jurídicos e outras normas consideradas “abertas”, por permitirem uma maior variedade de aplicações e interpretações, atribuem ao intérprete um papel mais relevante do que lhe era reservado no paradigma positivista, pois ele possui maior liberdade de criação e adaptação do texto aos fatos sociais em conflitos. Tal papel se acentua quando o intérprete é o Poder Judiciário, já que este possui a “palavra final” na resolução de conflitos sociais, sendo aquele que, efetivamente, vai aplicar a norma jurídica. Nesse sentido, esclarece-nos Eros Grau:

(...) é importante também observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção de normas jurídicas, para dela extrair normas de decisão, é aquele de Kelsen chama de “intérprete autêntico”: o juiz.²¹

- h) judicialização da política: crescimento do papel do Poder Judiciário, mediante institutos jurídicos como a repercussão geral nos recursos extraordinários, o efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade e a súmula vinculante levam para os tribunais assuntos de ordem política que passar a ser discutidos em foro judicial, principalmente no que toca a questões relacionadas a omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, as quais passaram a ser vistas como inconstitucionais. De fato, se o Estado existe para garantir os direitos escritos na Constituição e se o Judiciário é o guardião do documento constitucional, inúmeras contendas políticas passam a ser conduzidas para esta outra arena, gerando também, em alguns casos, o fenômeno comumente chamado de ativismo judicial.

Vê-se, então, que passa a existir uma nova concepção da constituição, que mantém suas bases no constitucionalismo clássico, mas que se inova dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. Nessa nova visão, a constituição não é apenas o instrumento de positivação dos direitos, mas sim uma carta de valores, eleitos para reger todo o ordenamento

²¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

jurídico e, conseqüentemente, o Estado. Assim, é fundamental que as demais normas do sistema estejam em consonância com os valores contidos na constituição.

O constitucionalismo moderno é também marcado pelo fortalecimento do controle de constitucionalidade e da rigidez constitucional, sendo tais institutos adotados por praticamente todos os países ocidentais. É por tais características que o Poder Judiciário, caracterizado como o guardião da constituição, é ainda mais fortalecido diante dos demais poderes no paradigma do neoconstitucionalismo.

Por fim, salientamos que, no jusnaturalismo, buscava-se um direito ideal, o dever-ser absoluto (o direito é o que deve ser) e, por isso, a lei somente é válida quando justa. No juspositivismo, buscava-se um direito somente baseado no “ser” (direito é o que é) e assim o direito é válido quando posto pela autoridade competente. Já no constitucionalismo moderno, o que se quer é o “poder-ser” (o direito é o que ele pode ser) e, portanto, o direito é válido quando posto, desde que não viole os direitos fundamentais.

1.4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Diante do exposto concernente ao paradigma do constitucionalismo do pós-guerra, foi possível perceber que os princípios constitucionais passaram a ser o elemento de maior importância na interpretação da constituição, pois possuem alta carga valorativa, incorporando o que é tido pela sociedade como o mais importante.

Os princípios também têm a função de atualizar o Direito, pois possuem conteúdos variáveis, os quais podem ser alterados de acordo com o modo pelo qual a sociedade “pensa”. Por isso, é relevante entendermos o papel do intérprete da constituição e o papel do Poder Judiciário nesse contexto.

O intérprete teve o seu papel bastante majorado na aplicação do Direito, visto que no positivismo apenas devia realizar a subsunção, se atendo estritamente ao texto da lei. No constitucionalismo do pós-guerra, no entanto, passa-se a buscar um equilíbrio entre o valor justiça e o valor segurança, dando aos intérpretes do Direito maior liberdade, inclusive de não aplicação da lei em caso em que o resultado da mesma possa ser injusto.

Nesse contexto, há de se deixar claro que o texto não é a norma. A norma é fruto da interpretação do texto. O intérprete, portanto, tem a função de revelar o real sentido do texto, ele não visa a aplicar a norma simplesmente, mas sim construí-la. Assim, o texto da lei não é a norma, a regra de conduta, mas apenas uma matéria bruta, a ser lapidada pelo intérprete para que a verdadeira norma apareça.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (grifo do original).²²

Nesse processo, o intérprete se utiliza do texto como um ponto de partida, uma baliza inicial e, posteriormente, são acrescentados elementos diversos, como dados do caso concreto, a realidade social, cultura, valores e visões de mundo do intérprete, dentre outros. A norma é construída pelo intérprete no momento de sua aplicação, conforme demonstra Eros Grau:

O fato é que a norma é construída pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito. O texto, preceito jurídico, é, como diz Friedric Müller, matéria que precisa ser “trabalhada”.

Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados [Müller].

A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.²³

O mesmo autor ainda salienta que

As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é,

²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30.

²³ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. V.

a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete.²⁴

Vale dizer: a *norma* encontra-se (parcialmente), *em estado de potência*, involucrada no *enunciado* (*texto* ou *disposição*); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido do desvencilhamento da *norma* de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do *texto*, do *enunciado* – é que afirmo que o intérprete *produz a norma*. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [Gadamer 1991:381](grifos do original).²⁵

A norma, portanto, é o resultado desse processo, é o texto interpretado, é o resultado da construção de um significado, que ocorre mediante vários tipos de operações e instrumentos, dentre os quais se misturam os métodos clássicos de interpretação (literal, histórica, sistemática, teleológica etc.) e outros mais afetos às novas demandas do constitucionalismo, como a ponderação, o sopesamento de bens e valores em disputa.

Nesse contexto, o Poder Judiciário possui um papel de suma relevância nos ordenamentos jurídicos nos quais a interpretação da constituição fica a cargo dos juízes, tanto no que concerne às cortes constitucionais (controle concentrado de constitucionalidade) quanto aos juízes que possuem a prerrogativa de afastar a aplicação de determinada norma jurídica por entendê-la inconstitucional (controle difuso de constitucionalidade).

Além disso, convém ressaltar que o controle de constitucionalidade representa um importante mecanismo de proteção do texto constitucional, notadamente marcado pelo caráter de manutenção dos direitos alcançados e positivados na constituição (preservação dos valores positivados). Decorre também da ideia de constituição rígida, ou seja, da impossibilidade de se alterar a constituição pelas leis infraconstitucionais, exigindo-se, ao contrário, mecanismos mais rigorosos para tanto, o que resulta na superioridade das normas constitucionais sobre as demais. De fato, o Brasil adota esse entendimento, pois contempla, em sua ordem jurídica, dois modelos de controle de constitucionalidade: o americano, previsto pelos federalistas, e o modelo austríaco, de Hans Kelsen.

O primeiro dele, caracterizado como difuso, dá a qualquer órgão julgador a competência de julgar normas ordinárias como incompatíveis com a constituição e afastar sua aplicação no caso concreto. O segundo, por sua vez, prevê um órgão central, um tribunal constitucional, com a

²⁴ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 85.

²⁵ *Idem*, p. 87.

competência de guardar a constituição e declarar, com efeito *erga omnes* a inconstitucionalidade de uma norma inferior.

No modelo kelseniano, é importante destacar também a presença do Poder Judiciário como guardião da constitucional. Segundo Kelsen, para a garantia da constituição ser efetiva, era preciso controlar os atos legislativos e executivos que pudessem violá-la. Assim, seria impossível ter tal garantia, se os próprios órgãos legisladores e executivos possuísem a competência de exercer o controle da constitucionalidade das leis. Segundo Kelsen:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.²⁶

Com efeito, o intérprete autêntico do Direito é o Poder Judiciário, apesar de diversos outros atores interpretarem as normas, tais como advogados, juristas, o administrador público e os cidadãos. Contudo, somente o órgão julgador cria, de fato, o Direito aplicado, pois elabora as normas de decisão que vão incidir no caso concreto.

Importante mencionar também que, nesse processo de interpretação, de revelação de conteúdo, é inevitável ter-se como ingrediente a forma de pensar própria do intérprete, os seus valores íntimos, suas pré-compreensões e preconceitos, influenciando muitas vezes de forma determinante no resultado da norma construída. Para tanto, o julgador deve buscar um método racional capaz de gerar nos destinatários a sensação de que a decisão está em consonância com a ordem jurídica vigente, não sendo arbitrária e baseada apenas nas concepções próprias do intérprete. Principalmente quando se trata de conflito entre princípios constitucionais, que são amplos e envolvem valores particulares de cada pessoa.

Diante disso, passamos a analisar os princípios constitucionais e o método da ponderação ensinado por Robert Alexy.

1.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA PONDERAÇÃO

²⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug; tradução do italiano: Eduardo Brandão; tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 150.

Primeiramente há de se esclarecer que, conforme ensinado por Alexy, as normas jurídicas podem ser divididas em regras e princípios. Dessa forma, os princípios são considerados de forma diferente do que até então. Se no período positivista, os princípios são meros vetores de interpretação sem qualquer força normativa, no constitucionalismo moderno princípios são, efetivamente, normas jurídicas, dotadas de coercibilidade. Assim, os princípios podem ser entendidos como vetores de interpretação e integração do ordenamento jurídico, conforme ensina Luís Roberto Barroso, citando Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...].²⁷

Também são entendidos como espécie de normas jurídicas, ao lado das regras. Muitos autores trouxeram critérios para diferenciar essas duas espécies de normas, contudo, passamos a citar os mais comuns: em primeiro lugar, as regras possuem um âmbito de abrangência mais restrito, enquanto os princípios se aplicam a um número indeterminado de situações, sendo mais geral e mais amplo que as regras. Outro critério importante é que as regras já trazem, em seu conteúdo, um comando determinado capaz de ser aplicado sem depender de outras normas jurídicas. Os princípios, por sua vez, dão ao intérprete um objetivo, um valor a ser perseguido, tanto na elaboração de regras para concretizá-los quanto na forma de interpretar o ordenamento jurídico.

Além disso, as normas-regras são mais específicas e trazem a forma exata de sua aplicação. É aplicável no método “tudo ou nada”, ou seja, ou a norma é aplicável ou não é, mediante mera subsunção. As normas-princípios, por sua vez, são entendidas por Robert Alexy como “mandados de otimização”, ou seja, como normas que podem ser aplicáveis em diferentes graus. Além disso, elas representam a abertura constitucional às transformações sociais, pois contém em seu enunciado alta carga valorativa cambiante, a qual pode se adaptar à realidade social. Humberto Ávila menciona o entendimento de Alexy da seguinte forma:

²⁷Luís Roberto Barroso *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello em BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153.

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão.²⁸

Humberto Ávila ainda conclui que

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁹

Sobre a diferença entre regras e princípios, Alexy arremata:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. (...) Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. (...)

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve (grifo do original).³⁰

Logo adiante o autor complementa seu pensamento, com a seguinte observação: “As reflexões levadas a cabo até agora demonstram que regras e princípios são razões de natureza distintas. Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas”.³¹

²⁸ ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 37.

²⁹ *Idem*, p. 78-79.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104-105.

³¹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 106.

Ocorre que o ordenamento jurídico é formado por muitas regras e princípios, os quais podem entrar em conflito em um caso concreto. No caso de conflitos entre regras, uma será aplicada e outra não, mediante os critérios tradicionais de interpretação, como a prevalência de norma especial sobre a geral e a da mais nova sobre a mais antiga. No tocante aos princípios constitucionais, em razão de os mesmos possuírem um conteúdo indeterminado, contemplando muitos comportamentos, é possível que os princípios em conflito sejam aplicados em diferentes graus, de forma que, mesmo que um prevaleça, o outro também incidirá no caso concreto. Conforme ensinado por Alexy, em caso de conflitos entre princípios (que representam direitos fundamentais), deve o intérprete realizar o sopesamento dos bens e valores em disputa e decidir, no caso concreto, qual princípio deve prevalecer, causando ao outro o mínimo prejuízo possível. Então, é preciso que, mediante a ponderação dos valores em disputa, procure-se sacrificar o mínimo possível de um princípio a fim de o outro prevalecer.

Ressalta-se que a discussão envolvendo conflito de princípios e a ponderação de valores nos leva necessariamente a enfrentar a questão da restrição a direitos fundamentais. É possível que os mesmos sejam restringidos? O que os restringe?

Por considerarmos a ponderação em nosso estudo, já restou evidenciado que pensamos como os doutrinadores que aplicam, em matéria de restrição a direitos fundamentais, a teoria externa, em detrimento da teoria interna, conforme o pensador Robert Alexy³². Senão vejamos: pela teoria interna da restrição a direitos fundamentais, o conteúdo do princípio fundamental não pode ser restringido por fatores externos a ele próprio, então não há conflito entre princípios, nem ponderação. Assim, o direito fundamental já contém, desde o início (*prima facie*), um determinado âmbito de aplicação, que não se modifica em razão de fatores externos ao próprio direito. Se ele não se aplica a alguma situação é porque, desde a sua concepção, ele não abrangia essa determinada situação.

Nas palavras de Alexy:

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da *teoria interna*. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito como um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em ‘restrições’ no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanescentes”.³³

³² *Idem*, p. 276.

³³ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 277-278.

A teoria externa, por sua vez, concede ao direito, inicialmente, um caráter quase infinito, englobando todos os casos, mas que pode ser paulatinamente restringido quando em confronto com outras normas do ordenamento que também gozam da mesma proteção. Assim, quando um direito não se aplica a um caso concreto, é porque há outro direito prevalecendo no caso.

Para exemplificar, podemos dizer o seguinte: para os adeptos da teoria interna, o direito à liberdade, desde sua concepção, não engloba a liberdade de agredir outro indivíduo. Por outro lado, para a teoria externa, a liberdade, inicialmente, abrange tudo, mas, em conflito com o direito à incolumidade física e psicológica, terá o seu espectro de atuação limitado, restringido, passando a não englobar o direito de agredir outro indivíduo. Nesse sentido, Alexy defende a possibilidade lógica de restrições a direitos fundamentais, a depender do marco teórico que se utiliza como base de entendimento, a saber:

A uma conclusão completamente diferente se chega, no entanto, se se pressupõe, nos termos da teoria dos princípios, eu aquilo que é restringido não são posições definitivas, mas posições *prima facie*. Ao art. 2º, § 1º, é atribuível um princípio que exige a maior medida possível de liberdade geral de ação. No direito fundamental *prima facie* que corresponde a esse princípio há algo de excedente, que pode ser restringido. Esse excedente não é nem algo externo ao ordenamento jurídico – como, por exemplo, um direito natural, uma liberdade natural ou uma situação natural –, nem algo localizável abaixo da Constituição, mas algo que pertence ao acervo de normas constitucionais. Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais.³⁴

De fato, é comum que o resultado das duas formas de interpretar seja o mesmo, havendo divergência apenas quanto ao raciocínio que fundamenta a decisão. Apesar disso, adotamos neste trabalho a teoria externa da restrição a direitos fundamentais, pois, conforme demonstrado acima pelo texto do Alexy, esta teoria está em consonância com a teoria dos princípios, assim entendidos como mandados de otimização que podem ser concretizados em várias intensidades, além de estarem sujeitos à ponderação, premissas estas também utilizadas no presente estudo.

Como já mencionado, seguimos a linha de pensamento de Robert Alexy, que ensina ser a ponderação a forma de interpretação adequada para a hipótese de conflito entre princípios. Para tanto, parte da concepção dos mesmos como “mandados de otimização”, isto é, valores que

³⁴ *Idem*, p. 280.

podem ser alcançados em diversos graus, devendo sempre se buscar o maior possível de aplicação de um princípio, principalmente com relação aos que estão previstos na constituição, em razão do princípio da máxima efetividade constitucional.

Nesse ínterim, falar em ponderação de princípios constitucionais significa aceitar que os mesmos podem ser restringidos. Isso porque ponderar significa sopesar, verificar qual princípio terá maior peso numa determinada situação concreta, ou seja, qual será aplicável de forma mais abrangente ou mais intensa, se comparado com o outro. Por isso, na medida em que esse processo de sopesamento necessariamente resulta na sobreposição de um princípio sobre o outro, a ideia de restrição aos princípios e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais, precisa ser admitida. Esse é o cerne na teoria externa acima relatada.

Admitindo-se, portanto, que os princípios constitucionais são restringíveis nos termos da teoria externa, deve-se realizar a interpretação constitucional de modo a considerar, de início, que o princípio em análise possui abrangência infinita, ou seja, se aplica a todo o universo de situações possíveis. Após esse primeiro ponto, contudo, devem-se buscar outros princípios constitucionais que conflitam com o primeiro analisado, de modo a restringi-lo. Assim, a restrição de direitos fundamentais ocorre mediante o embate com outros direitos fundamentais igualmente protegidos pela constituição.

Importante salientar que, em face do conteúdo amplo dos princípios supramencionado, não é possível determinar estritamente em que situação se aplicam. Assim, o âmbito de aplicação da norma-princípio será construído no caso concreto, mediante o sopesamento dos valores em conflito, desde que se mantenha o núcleo essencial do direito constitucionalmente garantido.

Sobre o núcleo essencial dos princípios, Ana Paula de Barcellos entende que, mesmo um princípio que traz um alto grau de abstração em seu conceito, como o da dignidade da pessoa humana, sempre terá um núcleo definido, concreto, que deve ser observado da mesma forma que as regras, ou seja, devem ser aplicados e garantidos, sem qualquer ponderação. E não cabe, quanto a esse núcleo, a sustentação do Princípio da Reserva do Possível, uma vez que o núcleo citado corresponde ao Mínimo Existencial, ou seja, aos mínimos recursos necessários para garantir a dignidade da pessoa humana.³⁵

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002, p. 252-254.

Também não é possível, em matéria de direitos fundamentais, determinar apenas uma forma pela qual o objetivo da norma será alcançado, justamente por terem os princípios um conteúdo amplo que permite a utilização de diversos institutos, procedimentos, leis e políticas públicas para a sua concretização.

Contudo, a ponderação não se esgota em um processo de escolha de fins e meios, ela também é um importante modelo de fundamentação (e não de mera decisão), assegurando sua segurança, ou seja, sua racionalidade. No Estado Democrático de Direito, tanto o administrador público quanto o legislador e, principalmente, o julgador têm o dever de fundamentar suas decisões mediante argumentações razoáveis, capazes de, mediante critérios de racionalidade, gerar na sociedade um sentimento de que a decisão tem sua razão de ser, ainda que não se concorde com o resultado dela. Nesse sentido, Alexy formulou uma lei que se aplica a todas as ponderações de princípios, a chamada “lei decolisão”:

(K) Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C -> R..

Uma formulação menos técnica seria:

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.³⁶

Apesar de haver muitas críticas em relação ao pensamento de Alexy, fato é que sua teoria foi de grande contribuição para o entendimento acerca das normas-princípios e sua aplicação no caso concreto, pois permite que se busque a maximização de um determinado direito fundamental na medida em que se tenta preservar outros direitos conflitantes no caso concreto.

Alexy defende que, no processo da ponderação, deve-se considerar acima de tudo o princípio da proporcionalidade, que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque a constituição traz um sistema plural de valores que devem coexistir, pois constituem o conjunto axiológico escolhido pelo constituinte para reger o Estado e os cidadãos. Contudo, tais princípios entram em conflito constantemente. Assim, apenas mediante a ideia da proporcionalidade é possível se chegar à ponderação e à resolução do conflito entre princípios.

³⁶ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 99.

Explicitando esse raciocínio, pode-se dizer que um princípio será aplicável a cada caso em uma determinada proporção, a qual será determinada de acordo com a proporção em que os demais princípios envolvidos também incidirão no mesmo caso. Contudo, é importante que o intérprete não se afaste de dois pontos: 1) a busca pela maior proporção possível de aplicação de cada princípio, visto que ambos possuem o mesmo grau hierárquico no ordenamento jurídico, são ambos constitucionais, gozando da mesma necessidade de proteção; 2) a manutenção do núcleo essencial dos princípios em conflito.

Passamos então a trabalhar os subprincípios do princípio da proporcionalidade. Em primeiro lugar, importa esclarecer que esses subprincípios devem ser analisados, num caso concreto, em uma ordem, pois estão ligados por uma relação de subsidiariedade. Assim, verifica-se a adequação, depois a necessidade e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro deles é a adequação, que consiste na aptidão do meio escolhido para promover um determinado fim. Dessa forma, a solução construída pelo intérprete na aplicação do direito deve ser capaz de resolver o caso concreto, respeitando-se os direitos fundamentais envolvidos. Passa-se à necessidade, pela qual se busca encontrar a forma de resolução do conflito que menos restrinja os direitos fundamentais. Assim, se existe mais de um meio para se alcançar a efetivação de um direito fundamental, é preciso escolher o que menos afete outros princípios igualmente protegidos.

Por fim, temos a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se faz, efetivamente, a ponderação dos princípios envolvidos, mediante um raciocínio que se baseia na noção de importância do direito a ser priorizado num caso concreto. Quanto maior é essa importância, mais serão toleradas as restrições a direitos opostos. Todavia, não se trata de uma relação de simples equivalência, pois se for possível que se busque a efetivação de um direito com alto grau de importância mediante uma intervenção de menor grau no direito contraposto, há de se optar por esta alternativa. Por outro lado, seria totalmente desproporcional se o grau de intervenção for superior ao grau de importância do princípio que se promove.

Alexy identifica a adequação e a necessidade como “possibilidades fáticas” e a proporcionalidade em sentido estrito como “possibilidades jurídicas”. Assim, o maior grau possível de efetivação de um princípio depende das “possibilidades fáticas” e “possibilidades jurídicas” de aplicação do mesmo, a saber:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (...)

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas* (grifos do original).³⁷

Dessa forma, em uma relação entre meio e fim, dos meios encontrados para se efetivar um princípio deve ser escolhido o que menos afete os demais valores envolvidos, permitindo que o mesmo continue sendo aplicável no maior grau possível. Por outro lado, o grau de restrição a um direito fundamental deve ser proporcional à efetivação do princípio contraposto.

Em síntese, por se entenderem os princípios como mandados de otimização, ou seja, como normas que podem ser aplicadas em diversos graus, é inevitável se utilizar o princípio da proporcionalidade, o que exige a compreensão dos subprincípios que o integram: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, estando os dois primeiros ligados às possibilidades fáticas de aplicação do princípio e o terceiro, às possibilidades jurídicas.

Pelo raciocínio de Alexy, percebe-se que a proporcionalidade é entendida como regra e não como princípio, com base no raciocínio pelo qual a ideia da proporção não pode ser ponderada frente a outro princípio, sendo sempre aplicada. Em outras palavras, não é possível que a proporcionalidade não prevaleça diante do embate com outro princípio, sob pena de se ter uma ilegalidade. Este é o modo de aplicação típico das regras.

Como se deduz, este modelo de interpretação permite ao intérprete sempre se guiar pela máxima efetividade dos princípios constitucionais, já que a restrição a princípios ocorre somente através de um método racional de ponderação, com base na regra da proporcionalidade.

Conforme já mencionado, um ponto importante a ser observado é o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Sobre esse aspecto, cabe esclarecer que este núcleo consiste num âmbito do direito que não pode ser violado, mesmo no processo de interpretação via ponderação acima explicitada. Há muitas divergências doutrinárias envolvendo a preservação do núcleo essencial, mas não cabem tais digressões no presente trabalho, por não contribuir com seu objetivo. Assim, consideramos importante, neste âmbito, que a ponderação não pode levar a aplicação máxima de

³⁷ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 117-118.

um princípio em detrimento total de outro. Deve-se, por outro lado, demonstrar na argumentação que, a despeito de não prevalecer em um caso concreto, determinado princípio continua considerado no processo, de modo a pesar de alguma forma na decisão final.

Outro aspecto importante a ser comentado, no que diz respeito à ponderação de princípios constitucionais, é o seu caráter argumentativo, ou seja, a regra da ponderação também pode ser entendida como um modelo racional de fundamentação de decisões, capaz de permitir que o julgador legitime suas decisões. A ideia, nesse ponto, é que uma decisão tomada mediante um critério racional, fundamentada em todos os seus pontos, ainda que não acarrete na concordância dos destinatários, causa um sentimento de que a decisão merece ser respeitada, pois não está baseada somente em critérios subjetivos do julgador.

Para tanto, a decisão deve estar calcada no ordenamento jurídico vigente, mas mesmo assim, sendo possíveis diversas decisões igualmente baseadas no direito, em atenção ao Estado de Direito, a ponderação permite demonstrar passo a passo, o caminho percorrido e os motivos pelos quais esta decisão se mostra mais acertada, ou pelo menos, mais passível de aceitação por parte dos destinatários, já que não proferida de maneira arbitrária.

Importante ressaltar que o modelo da ponderação desenvolvido por Alexy sofreu duras críticas de Habermas, pois este autor entende não ser possível atingir a racionalidade, ao se considerarem os princípios como sinônimo de valores. Isso porque os princípios são normas que devem ser cumpridas, estando positivados no direito, e os valores são relativos, ou seja, variam de pessoas ou grupos para outras pessoas ou grupos.

Alexy se defende de tais críticas, desenvolvendo a “lei da ponderação”, que consiste em uma fórmula matemática, partindo da atribuição de pesos (leve, médio ou forte) para os princípios em conflito no caso concreto. Baseia-se, portanto, nas ideias relativas aos benefícios gerados e as perdas sofridas, de ambos os lados, buscando-se o equilíbrio pelo “ótimo de Pareto”. Mas também há críticas a essa ideia, pois em matéria de direitos, o ótimo pode não existir. Além disso, a atribuição dos graus também carece de uma regra racional determinada.

Apesar de existirem pontos nebulosos na teoria da ponderação, principalmente no que concerne à sua total racionalidade, adotamos esse modelo neste trabalho por entender que o mesmo oferece muitos recursos para a análise de decisões nas quais se contrapõem direitos de grupos minoritários em face da vontade da maioria. Entendemos que a ponderação deve ser adotada conjuntamente a outros critérios e que, na realidade, não existe um procedimento único

que permite, como uma fórmula matemática, se chegar a decisões tecnicamente corretas, no que diz respeito à adequação ao ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, justa. Principalmente porque até mesmo o critério justiça pode ser variável e ter zonas cinzentas em que diversos intérpretes podem divergir. Contudo, como já foi dito, muitos parâmetros do método da ponderação podem ser adotados de forma a tentar racionalizar uma decisão envolvendo o conflito de direitos fundamentais.

1.6 O CONFLITO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Após traçarmos as ideias gerais de constitucionalismo e de democracia aqui adotadas, é possível depreender que consistem em conceitos de extrema importância para o Estado Democrático de Direito. A democracia, porque pressupõe que o poder político pertence ao povo, exigindo, portanto, a participação popular nas decisões tomadas pelo poder público e que existam regras objetivas para o acesso e exercício do poder. O constitucionalismo, porquanto garante às pessoas uma série de direitos fundamentais que limitam a atuação do Estado ou obrigam a que o mesmo atue de determinadas formas. São, portanto, mais do que regras, valores que determinam a forma de se constituir um Estado. Assim, um Estado que pretenda ser democrático deve prever em seu ordenamento uma série de normas que permitam ao povo exercer o controle do poder, fiscalizar, participar e, em alguns casos, até mesmo decidir. São normas tais como o princípio da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, entre outros, que buscam evitar a construção do Estado em bases arbitrárias ou ditatoriais.

Além disso, é pressuposto de um Estado constitucional, a previsão dos limites de atuação do poder público, mediante um rol de direitos considerados fundamentais dos indivíduos, a fim de evitar abusos cometidos pelos grupos detentores do poder e, até mesmo, da maioria em face das minorias. No caso do Brasil, por exemplo, a Constituição da República de 1988 contém esses dois valores como pilares do Estado, visto que a Constituição prevê como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (constitucionalismo) e que todo poder emana do povo (democracia), conforme art. 1º abaixo transcrito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.³⁸

Apesar de se tratarem de valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, muitas vezes esses elementos – constitucionalismo e democracia – podem entrar em conflito e se autoexcluírem em um caso concreto.

O primeiro ponto de conflito entre constitucionalismo e democracia se dá na perpetuação do modelo político e social traçado pela norma fundamental no momento de sua elaboração: enquanto o constitucionalismo prima pela força normativa da constituição, sua superioridade e imutabilidade, que pode ser extraída da rigidez de seu texto e do controle de constitucionalidade, a democracia exige que o povo possa decidir seu próprio modelo de Estado e suas normas, a cada momento, não sendo justo que as pessoas possam impor seus valores para as gerações futuras, as quais devem permanecer tão livres quanto seus antepassados.

Em outras palavras, a positivação de direitos fundamentais no texto constitucional foi o resultado de muitas lutas sociais, desde os tempos da Revolução Francesa até os dias atuais, incluindo os direitos trabalhistas, os direitos das mulheres e diversos outros reconhecidos ao longo do tempo. Daí a preocupação constante de não se dar o retrocesso, o que justifica a criação de mecanismos que dificultem a alteração da constituição. Nesse aspecto, portanto, o constitucionalismo possui um caráter de manutenção do *status quo* alcançado. A democracia, por outro lado, pressupõe a mudança, a fim de que, a cada tempo, com base nos valores predominantes a cada época, o povo possa definir as normas que os regerão.

Assim, podemos ilustrar esse conflito no binômio “segurança jurídica x soberania popular”, e nos questionar a respeito de institutos como o das cláusulas pétreas, por exemplo. O que é mais importante? Não pôr à prova direitos fundamentais garantidos por uma classe dominante em um momento histórico ou permitir a autorregulação constante?

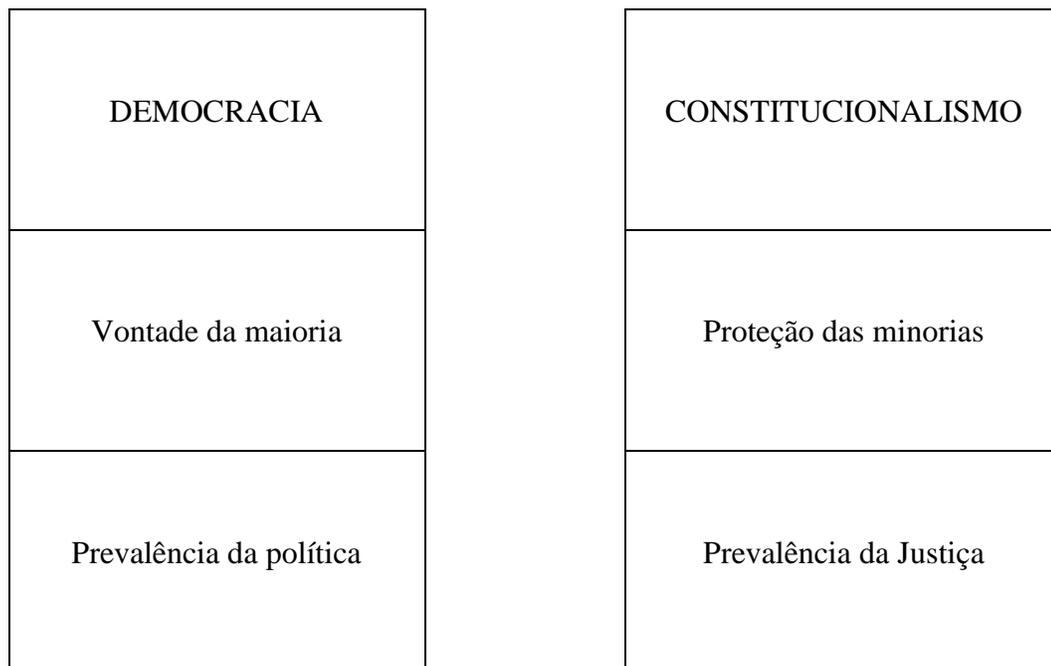
Outro ponto de conflito é a proeminência existente em um poder do Estado sobre os demais em cada modelo descrito. Enquanto a balança pender para a democracia, temos o primado da lei, e o Poder Legislativo se mostra como o detentor da “última palavra” em matérias

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18/10/2014.

constitucionais, sendo o responsável de espelhar nas normas os valores predominantes da sociedade. Por outro lado, se pender para o constitucionalismo, identificamos um Poder Judiciário mais forte, capaz de rever, em última instância, os atos normativos dos demais poderes, invalidando normas estabelecidas pelos representantes do próprio povo sob o argumento de que não são constitucionais.

Além disso, é preciso destacar que o primado da lei (ou do legislativo) deveria, ao menos em tese, ser capaz de promover maior adequação das normas à realidade social, já que compostos pelos representantes eleitos pela maioria da população. Todavia, há o risco de tais valores serem sempre os emanados da maioria, subjugando qualquer manifestação de minorias existentes no povo. O primado da constituição, por outro lado, visaa garantir a existência das minorias com direitos fundamentais de liberdade e igualdade, mediante inúmeros mecanismos de proteção.

Paradoxalmente, apesar do conflito existente, constitucionalismo e democracia são interdependentes, ou seja, não é possível exercer plenamente a democracia sem haver proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Por outro lado, sem participação popular não é possível se ter a observância plena dos direitos fundamentais. A ilustração abaixo demonstra o conflito e o paradoxo acima explicitados:



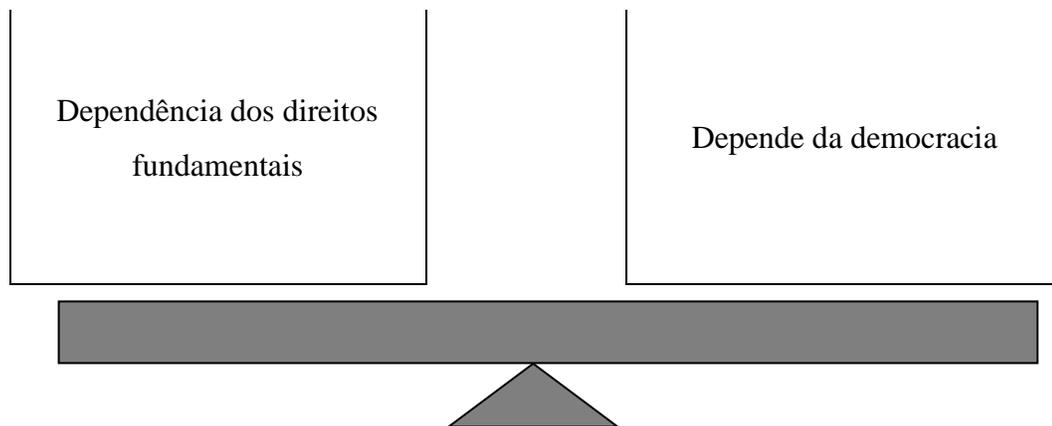


Figura 1–Comparação entre democracia e constitucionalismo.

Relevante também destacar que o conflito mencionado também mostra outra vertente, apontando para o sentido contrário do que foi exposto. Foi mencionado que o constitucionalismo possui um caráter de manutenção da ordem jurídica vigente, a fim de os direitos conquistados não serem subtraídos das pessoas, justificando, assim, a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade. Por outro lado, a democracia pressupõe a mudança, a adaptação das normas jurídicas aos valores da sociedade de cada tempo.

Entretanto, também é possível vislumbrar o contrário, ou seja, a possibilidade de se buscar a inovação no ordenamento jurídico com base nos direitos já positivados na constituição, mediante sua ampliação ou extensão para grupos que não o possuem ou não o exercem. Assim, nesse ponto, o constitucionalismo tem caráter dinâmico, que se dá por novas formas de interpretar os próprios direitos constitucionalmente garantidos. No mesmo sentido, democracia também pode representar a estática, a manutenção do *status quo*, visto que a vontade da maioria pode impedir modificações na forma de interpretar os direitos fundamentais positivados, impedindo sua difusão para grupos minoritários, por motivos ideológicos, políticos, religiosos etc.

Essa segunda vertente do conflito entre constitucionalismo e democracia se materializa com frequência em questões relacionadas à ampliação do direito à liberdade buscada por grupos minoritários que querem pautar suas condutas por valores destoantes dos manifestados pela maioria da sociedade, como no caso de grupos homossexuais, dos transexuais, dos que buscam a legalização de drogas ilícitas, dos defensores do aborto, da eutanásia, das minorias étnicas e raciais, entre diversos outros setores sociais.

Exemplificando, os grupos que defendem a legalização da maconha se baseiam no direito à liberdade individual previsto na Constituição para defender que são livres para se utilizar da substância hoje considerada ilícita pela ordem jurídica brasileira. Contudo, tal direito não é reconhecido pelos representantes da maioria do povo, o Poder Legislativo, que não promoveu qualquer alteração legal nesse sentido, nem mesmo pelo Poder Judiciário, que mantém a aplicação da legislação no sentido de proibir o uso de tal substância. Como se vê, nesse caso, constitucionalismo pende para a mudança e democracia para a continuidade.

Ressaltamos que essa vertente do conflito entre constitucionalismo e democracia é a que interessa para o presente trabalho, visto que a atuação do Poder Judiciário a ser estudada no capítulo 3 refere-se ao reconhecimento e à efetivação do direito à união estável e ao casamento para os casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, há uma preocupação geral no que tange ao ativismo judicial, que consiste na atuação do Poder Judiciário na criação de normas jurídicas, em detrimento da atuação do Poder Legislativo. Não se trata aqui da criação da norma de decisão, a norma aplicada ao caso concreto, pois esta construção faz parte da atividade comumente exercida pelos julgadores, mas sim da criação do texto da lei, da regra geral, que existe antes de sua interpretação/aplicação. Como verificamos, na hipótese de reconhecimento judicial de direitos não previstos expressamente no texto constitucional, estaria o Poder Judiciário apenas interpretando a constituição ou inovando em seu texto? Os órgãos judicantes, que não foram eleitos pelo povo, possuem legitimidade para inovar nesse sentido? A interpretação constitucional, não sendo isenta de valores pessoais do intérprete, deve ser exercida apenas pela Suprema Corte?

Tais questões ainda se tornam mais discutíveis em um sistema como o brasileiro, que contém institutos jurídicos que concedem ainda mais força ao Judiciário, como os da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante, os quais cometem de força vinculante, caráter geral e abstrato, os entendimentos jurisprudenciais. Para tais questões, entendemos que análise deve ser feita a cada caso, diante de inúmeras peculiaridades existentes em situações difíceis como esta. Portanto, após analisar as decisões proferidas no caso da união estável e do casamento homoafetivo, discutiremos o assunto da legitimidade do Judiciário no caso.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE RECONHECIMENTO E SUA JUDICIALIZAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No primeiro capítulo, vimos que constitucionalismo e democracia são elementos que se contrapõem de duas maneiras possíveis: de modo geral, o constitucionalismo pressupõe a manutenção do *status quo*, a fim de evitar o retrocesso no reconhecimento e garantia de direitos fundamentais; já a democracia propõe a atualização do direito conforme os valores presentes na sociedade, de modo que as gerações futuras não sejam governadas pelas pretéritas.

O conflito também tem outro viés, evidenciado no caso de direitos de liberdade. O constitucionalismo pugna pela ampliação do direito já previsto constitucionalmente e a democracia, por muitas vezes, restringe o direito, mantendo-se fiel a valores tradicionais da sociedade. É o que ocorrem casos que envolvem temas polêmicos para uma sociedade, em geral, conservadora, como, por exemplo, o do aborto, o da eutanásia, o do uso de drogas, o dos direitos da comunidade lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT), entre outros.

O presente capítulo pretende analisar o segundo assunto base desta dissertação: as políticas públicas de reconhecimento e sua judicialização. Para compreendê-las, iniciamos o tema com uma breve contextualização.

O modelo de Estado que vivenciamos hoje é fruto das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, momento no qual o antigo regime, baseado no poder concentrado nas mãos de um soberano, é substituído por um modelo de Estado no qual o povo é o titular do poder político, exercido por meio de representantes eleitos. Inicia-se nessa fase o Estado Liberal, no qual o poder público deve respeitar os direitos dos cidadãos, não interferindo na esfera privada, de modo a permitir a liberdade de pensamento, de crença e, principalmente, de propriedade. Assim, os direitos surgem como uma forma de proteção do indivíduo em face do Estado.

Ocorre que, com o passar do tempo, as injustiças sociais decorrentes do modelo liberal de Estado ocasionaram uma mudança de paradigma e os valores da igualdade e solidariedade passam a ser reivindicados pelos cidadãos, especialmente aqueles excluídos e explorados pelos detentores dos meios de produção. Dessa forma, surge a demanda por ações positivas do Estado capazes de mitigar as desigualdades sociais geradas pelo capitalismo, de modo a atender os novos

direitos positivados nos textos constitucionais e legais: os direitos sociais. Trata-se, assim, do paradigma do Estado Social.

Nesse novo modelo, o Estado traz para si a responsabilidade de salvaguardar uma série de direitos como saúde, educação, moradia, previdência, assistência aos necessitados, entre outros tantos, os quais exigem prestações positivas por parte do Estado que, por sua vez, aumentam o “tamanho” do próprio governo, em razão da infraestrutura necessária para tanto. Dessa forma, surge a necessidade de o governo elaborar e executar políticas públicas, enquanto ações que visam a efetivar direitos dos indivíduos.

Em resumo, o presente capítulo visa a estabelecer o conceito e as características das políticas públicas, a possibilidade da utilização das mesmas para a efetivação dos direitos individuais e a atuação do Poder Judiciário como analista ou avaliador das mesmas.

2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são definidas por Leonardo Secchi como uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Este, por sua vez, consiste em um problema entendido pela coletividade como relevante. Contudo, ainda há entre os pesquisadores muita divergência envolvendo o conceito das políticas públicas. Por isso, Secchi selecionou algumas das principais divergências conceituais, sendo a primeira delas com relação à presença de outros protagonistas, além do Estado, no estabelecimento de políticas públicas. Nesse ponto, o autor se vincula à abordagem multicêntrica das políticas públicas, entendendo que o Estado não possui o monopólio na implementação das mesmas, dividindo este espaço com organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais e redes de políticas públicas.³⁹

Assim, entende o citado autor que:

A essência conceitual de políticas públicas é o **problema público**. Exatamente por isso, o que define se uma política é ou não pública é a sua intenção de responder a um problema público, e não se o tomador da decisão tem personalidade jurídica estatal ou não estatal. São os contornos da definição de um problema público que dão à política o adjetivo “pública” (grifo do original).⁴⁰

³⁹ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 2-3.

⁴⁰ *Idem*, p. 5.

Em segundo lugar, Secchi esclarece que muitos autores conceituam política pública como sendo tudo aquilo que, em regra, os governos escolhem fazer ou não fazer. Nesse entendimento, não são apenas as ações para resolver problemas públicos que podem ser consideradas políticas públicas, mas também as omissões do Estado. Contudo, o citado autor entende que situações de omissão ou negligência governamental não devem ser consideradas políticas públicas, mas apenas a falta de inserção do problema na agenda formal.⁴¹

Por outro lado, entendemos haver omissões que podem ser caracterizadas como políticas públicas, desde que sejam intencionais e que o “não fazer” possa gerar um resultado querido pelos formuladores de políticas públicas. Nesse raciocínio, se a omissão não é precedida por qualquer deliberação ou decisão nesse sentido, podemos entender que o problema não foi inserido na agenda. Porém, se, diante de um problema, há um estudo que conclui pela não atuação governamental, entendemos que há, sim, uma política pública.

Importante mencionar também a grande contribuição da autora Celina Souza, que reuniu as principais definições de políticas públicas, explicitando como as mesmas estão sendo percebidas pelos estudiosos do assunto, conforme demonstrado no texto abaixo:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. Lynn (1980) a define como um conjunto específico de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”.² A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam em responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.⁴²

Por fim, com base no conceito de política pública já exposto, segundo o qual “políticas públicas são diretrizes para resolver um problema público”, podemos ter uma outra abordagem do mesmo conceito, qual seja “políticas públicas são diretrizes para se reconhecer e efetivar direitos fundamentais”. Isso porque os problemas públicos necessariamente estão ligados à violação de direitos, seja de toda a população, seja de determinados grupos ou setores sociais,

⁴¹SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 6.

⁴²SOUZA, Celina. “Estado da arte” da área de políticas públicas: conceitos e principais tipologias. *In*: Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). 21-25 de outubro de 2003, Caxambu.

seja de um só indivíduo, pois o princípio da dignidade da pessoa humana possui enorme abrangência, envolvendo a efetivação de muitos direitos.

2.3 O CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Após discutirmos os conceitos de políticas públicas, adentramos no estudo referente às fases de sua implementação. A literatura pesquisada sobre o assunto costuma identificar a existência de um ciclo que descreve o processo no qual essas políticas se desenvolvem. Assim, o esquema abaixo, apresentado por Leonardo Secchi⁴³, sintetiza o ciclo de políticas públicas da seguinte forma:

1. identificação do problema;
2. formação da agenda;
3. formulação de alternativas;
4. tomada de decisão;
5. implementação;
6. avaliação;
7. extinção.

Esse fluxo não ocorre sempre conforme sequenciado acima, mas representa um parâmetro razoável de demonstração da ordem em que os eventos costumam acontecer. Em primeiro lugar, um problema público é identificado e depois é formada a agenda para direcionar sua resolução. A agenda consiste nos problemas selecionados para serem resolvidos num determinado período, ou seja, temas que, por diversos motivos, tem precedência sobre os demais, de modo a serem trabalhados prioritariamente.

Muitos fatores influenciam essa escolha (formação da agenda), tais como a linha política adotada pelos implementadores, o contexto histórico e político, as pessoas que ocupam os cargos decisórios, as instituições presentes no governo, o marco normativo, a influência de setores externos ao governo, como o mercado, os organismos internacionais e outros países, as condições fáticas que possibilitam a resolução de um problema público e não de outro, entre muitos

⁴³ SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 43.

outros fatores capazes de determinar a entrada ou saída de um assunto da agenda. Daí a necessidade de se definir uma lista de prioridades. Secchi, citando Cobb e Elder, prevê três condições para um problema entrar na agenda:

- atenção: diferentes atores (cidadãos, grupos de interesse, mídia etc.) devem entender a situação como merecedora de intervenção;
- resolutividade: as possíveis ações devem ser consideradas necessárias e factíveis;
- competência: o problema deve tocar responsabilidades públicas.⁴⁴

A terceira etapa do ciclo é a formulação das alternativas, que consiste em possíveis soluções para os problemas públicos inseridos na agenda. É apresentado um leque de soluções para serem escolhidas as mais viáveis, num processo denominado de definição de alternativas. Estão, portanto, relacionadas aos objetivos da política pública e pressupõem a elaboração de métodos, programas, estratégias ou ações propícias para alcançar os objetivos estabelecidos.

Seguindo, tem-se a tomada de decisão, quando se escolhe um problema para ser trabalhado e as alternativas para serem implementadas. Nesse momento, o problema foi estudado, os objetivos foram definidos e as alternativas com mais condição de resolver o problema foram selecionadas.

Secchi esclarece que os estudiosos de políticas públicas se dividem entre o modelo de racionalidade, no qual “a tomada de decisões obedece a alguns passos sequenciais, em um padrão ideal”⁴⁵, e o modelo incremental, de Charles E. Lindblom, no qual “os problemas e as soluções são definidos, revisados e redefinidos simultaneamente e em vários momentos da tomada de decisão”. Existem, por fim, autores que defendem que primeiro se criam soluções para depois se buscar um problema para ser solucionado, como John Kingdon.

Há também o modelo *GarbageCan* ou “lata de lixo”, descrito por Celina Souza da seguinte forma:

O modelo *garbagecan* ou ‘lata de lixo’ foi desenvolvido por Cohen, March e Olsen (1972), argumentando que escolhas de políticas públicas são feitas como se as alternativas estivessem em uma lata de lixo. Ou seja, existem vários problemas e poucas soluções. As soluções não seriam detidamente analisadas e dependeriam do leque de soluções que os decisores (*policy makers*) têm no momento.

(...)

⁴⁴SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵*Idem*, p. 53.

As escolhas compõem um *garbagecan* no qual vários tipos de problemas e soluções são colocados pelos participantes à medida que aparecem.”⁴⁶

O nosso entendimento é que ambas as situações podem ocorrer. Em regra, as alternativas são pensadas para solucionar um problema. Contudo, na prática, nem sempre elas surgem após a identificação do problema, mas sim de forma independente e aleatória, ou até mesmo antes do próprio problema público.

Seguindo na análise das etapas do ciclo de políticas públicas, temos a implementação da política, quando as ações são efetivamente postas em prática, mediante a execução das alternativas escolhidas para solucionar o problema. Depois, temos a avaliação da política pública, a ser estudada no próximo item deste trabalho e, ao final, é abordada a extinção da política pública.

2.4 ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A análise de políticas públicas é o procedimento pelo qual se estuda o problema público, suas características e variantes, bem como as alternativas de solução possíveis, escolhendo, dentre elas, as mais aptas para resolver o problema na medida desejada.

O analista/avaliador de políticas públicas deve considerar muitos aspectos em sua análise/avaliação, muitos deles que extrapolam os cálculos de custo e benefício no tocante à implementação de uma política pública. Há custos políticos, conjuntura política, econômica, social e internacional, interesses partidários e eleitores e diversos outros fatores que vão influenciar na escolha do programa a ser implementado.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que análise e avaliação de políticas públicas não são conceitos sinônimos. A análise ocorre antes da implementação da política pública e é direcionada a um *policymaker* (implementador de políticas públicas). Visa a demonstrar os benefícios de se optar por determinada solução e mostrar para o governo o que ele deve fazer. O autor Thomas Dye⁴⁷ mapeou diversos modelos de análise de políticas públicas com o objetivo de esclarecer detalhes das políticas e prever suas consequências, a saber:

⁴⁶ SOUZA, Celina, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁷ DYE, R. Thomas. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (Orgs.). Políticas públicas e desenvolvimento – bases epistemológicas e modelos de análise. Tradução: Francisco G. Heidemann. Brasília: Editora UnB, 2009, p. 99-132.

- a) modelo institucional, no qual a análise das políticas públicas ocorre com base nas instituições governamentais existentes num determinado Estado. Isso porque as políticas públicas, em regra, se desenvolvem no interior de instituições que possuem regras, procedimentos e outras características próprias, que influenciam na escolha da política pública. Outro fator importante é que as políticas públicas institucionais, diferentes de outras desenvolvidas por entidades não estatais, implicam obrigações para a sociedade, se utilizando do poder de coerção titularizado unicamente pelo Estado;
- b) modelo de processo: é a análise dos procedimentos mediante os quais a política pública é concebida, implementada, executada e avaliada. Foca o ciclo de políticas públicas e não a substância das mesmas;
- c) modelo de grupos: estuda o processo de escolha e implementação das políticas públicas com base nos grupos que lutam para implementar a própria agenda. Grupos de interesses, grupos sociais etc. Assim, a *policy* é o equilíbrio que se consegue alcançar na luta entre os grupos;
- d) modelo de elite: por este modelo de análise, para entender a política pública é preciso analisar as elites do país, pois esses grupos são os responsáveis pela delimitação da agenda e escolha de alternativas. Eles moldam a opinião das massas de modo a implementarem próprias preferências;
- e) modelo racional: a análise da política pública ocorre com a noção de máximo ganho social, ou seja, analisam-se os custos necessários e os benefícios a ser gerados a fim de escolher a política com a melhor relação custo/benefício;
- f) modelo incremental: é a análise que ocorre com base no que já foi feito sobre o assunto. Assim, busca-se aprimorar políticas anteriores, aproveitando alguns elementos já disponibilizados;
- g) modelo da teoria de jogos: “é o estudo de decisões racionais em situações em que dois ou mais participantes têm opções a fazer e o resultado depende das escolhas que cada um faça.”⁴⁸
- h) modelo da opção pública: analisa as políticas públicas como decisões tomadas com base em interesses pessoais daqueles que possuem o poder de decisão. Assim,

⁴⁸ DYE, R. Thomas, *op. cit.*, p. 117.

para este modelo de análise, os atores atuam nas políticas públicas da mesma forma que em suas atividades econômicas, ou seja, empregando recursos para alcançar o melhor resultado para si próprio;

- i) modelo sistêmico: o estudo das políticas públicas se dá a partir do sistema político, o qual reage a diversas forças que, partindo do meio ambiente, o afetam.

Todos esses modelos apresentam vieses de análise, os quais não são excludentes e demonstram apenas um foco diverso, a fim de abranger aspectos diferenciados das políticas públicas. É importante conhecê-los, a fim de verificar quais as premissas utilizadas pelo analista de políticas públicas em seu estudo sobre determinado problema.

O mesmo autor também diferencia a análise de políticas públicas da defesa das mesmas, explicando que analisar é explicar as causas e consequências, verificar o que os governos fazem, por que o fazem e quais as consequências disso. Requer, então, crítica. Defender, por sua vez, é prescrever o que os governantes devem perseguir, dizer o que o governo deve fazer. Requer, então, retórica, persuasão, ativismo.⁴⁹

A análise, segundo Dye, possui as seguintes características: 1) não visa, a princípio, a recomendar uma ação, pois isso ocorre em segundo plano, mas sim realizar uma descrição e uma explicação acerca do problema público analisado; 2) a análise requer pesquisa rigorosa das causas e consequências da política pública; 3) a análise visa a desenvolver teoria geral sobre política pública.⁵⁰

Sustenta, por fim, que entender política pública é uma arte e um “artesanato” (técnica). Arte porque requer intuição, criatividade e imaginação para identificar problemas sociais, descrevê-los e tentar achar soluções, analisando os resultados bons ou ruins da política pública. Técnica, porque requer conhecimentos de Economia, Ciência Política, Administração Pública, Sociologia, Direito e Estatística.⁵¹

Segundo WeimereVining, o analista deve saber reunir, organizar e comunicar informação relevante, bem como saber desenvolver estratégias para rapidamente entender a natureza dos problemas políticos e a gama de possíveis soluções. Precisa também saber contextualizar os

⁴⁹DYE, R. Thomas. *Understanding public policy. Policy analysis*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall. 1984. 14. ed. Paperback – January 20, 2012. p. 6-7.

⁵⁰ *Idem*, p. 7.

⁵¹ *Ibidem*, p. 17.

problemas sociais e ter habilidades técnicas para prever melhor os impactos sociais da política, bem como entender as instituições nas quais os programas se processam.⁵²

A análise de políticas públicas não exige um único modelo de análise ou método de pesquisa. O cientista é que vai encontrar a melhor forma de fazer. Não requer um programa fixo, mas depende de criatividade. O cientista deve ser estimulado pela teoria e moldado na prática.

A avaliação de políticas públicas, por sua vez, consiste em estudo posterior à implementação das políticas, tendo o objetivo de verificar se elas estão atingindo seus objetivos e quais estão sendo seus impactos na realidade social. Busca verificar também se estão gerando os benefícios esperados e se estão extrapolando ou não os custos sociais previstos. Nas palavras de Sechhi:

Avaliação é a fase do ciclo de políticas públicas em que o processo de implementação e o desempenho da política pública são examinados com o intuito de conhecer melhor o estado da política e o nível de redução do problema que a gerou. É o momento-chave para a produção de *feedback* sobre as fases antecedentes.⁵³

A necessidade de avaliação cresceu muito nas últimas décadas em razão da busca pela eficiência no serviço público, já que, conforme Frederico Lustosa da Costa e José Cezar Castanhar,

A avaliação sistemática, contínua e eficaz desses programas pode ser um instrumento fundamental para se alcançar melhores resultados e proporcionar uma melhor utilização e controle dos recursos nele aplicados, além de fornecer aos formuladores de políticas sociais e aos gestores de programas dados importantes para o desenho de políticas mais consistentes e para a gestão pública mais eficaz.⁵⁴

Os mesmos autores apresentam três metodologias básicas de avaliação: de metas, de impacto e de processos. A primeira delas é o tipo mais tradicional e visa a verificar o atingimento das metas propostas pela política pública. A segunda procura identificar os efeitos produzidos sobre uma população-alvo de um programa social. A de processos, por sua vez, “investiga de forma sistemática o desenvolvimento de programas sociais com o propósito de: mediar a

⁵² WEIMER, David L.; VINING, Aidan R. Policy analysis. Concepts and practice. **Pearson** Prentice Hall. Upper Saddle River, New Jersey. 4.ed., 2010. p. 3-38.

⁵³ SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁴ COSTA, Frederico Lustosa da; CASTANHAR, José Cezar. **Avaliação de programas públicos**: desafios conceituais e metodológicos. Rio de Janeiro: 2003, p. 971.

cobertura do programa social, estabelecer o grau em que está alcançando a população beneficiária; e, principalmente, acompanhar seus processos internos.”⁵⁵

Por fim, é importante mencionar que a avaliação de políticas públicas é hoje algo institucionalizado no Estado, não se concebendo mais um programa sem um método de avaliar seu sucesso, apesar de, na prática, não ocorrer em muitos casos. Carlos Aurélio Pimenta de Faria explica detalhadamente a origem de tal institucionalização, conforme trecho abaixo transcrito:

Como destacado por diversos autores, a medição e a avaliação do desempenho governamental e das políticas públicas tornaram-se parte integral da agenda de reformas dos anos de 1980 e 1990, as quais, como se sabe, estiveram longe de se circunscrever aos países latino-americanos. Tanto por razões pragmáticas como ideológicas – e não nos parece pertinente arrolarmos aqui os fatores de ordem econômica, política e ideológica que têm dado sustentação aos processos de reforma do Estado em grande parte das democracias ocidentais –, o desenho dessas reformas privilegiou dois propósitos básicos. Em primeiro lugar, a adoção de uma perspectiva de contenção dos gastos públicos, de busca de melhoria da eficiência e da produtividade, de ampliação da flexibilidade gerencial e da capacidade de resposta dos governos, bem como de maximização da transparência da gestão pública e de responsabilização dos gestores, em um processo no qual o “consumidor” dos bens e serviços públicos estaria, supostamente, em primeiro plano. O segundo propósito ou expectativa é de que tais reformas pudessem contribuir para uma reavaliação da pertinência das organizações governamentais preservarem todo o seu leque tradicional de atribuições, prevalecendo um contexto de valorização da provisão privada de bens e serviços (Caiden e Caiden, 2001, p. 79).⁵⁶

Outra questão importante a se assinalar é que tanto a análise quanto a avaliação de políticas públicas devem se preocupar com o estudo da conjuntura, ou seja, é preciso entender em que contexto social, político, econômico, histórico se situa o problema público, as pessoas que compõem os cargos públicos e, por isso, podem escolher o que entra na agenda de discussão ou o que será implementado, e também os aspectos internacionais que, hoje, diante da globalização, afetam diretamente as políticas públicas. Esse é o tema do próximo item.

2.5 A INFLUÊNCIA DA CONJUNTURA INTERNACIONAL SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste tópicomostramoscomo a conjuntura global influencia diretamente as políticas públicas, tanto em sua análise e avaliação quanto na própria formação da agenda e na escolha de

⁵⁵COSTA, Frederico Lustosa da; CASTANHAR, José Cezar, *op. cit.*, p. 979-980.

⁵⁶FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 20, n. 59, p. 97-109, out./2005. p. 99-100.

alternativas. Verifica-se que os valores e os atores políticos se modificaram de modo tão intenso que certos assuntos podem ser incluídos ou retirados da agenda formal de discussão em razão de influências externas ao governo, como pressões de países mais ricos, de organismos internacionais e de conglomerados econômicos, que se fortaleceram e passaram a ser indispensáveis no processo de definição de prioridades dos países em desenvolvimento como o Brasil.

De fato, o mundo não é mais o mesmo. Desde o surgimento dos Estados Nacionais até a atualidade, o Estado-nação se modificou de forma intensa e ainda está se modificando, ao se deparar com contingências variadas. Em seu momento inicial, o Estado surge como o grande defensor da segurança de seus cidadãos, sendo forte e soberano. Assim, se justificava pela necessidade de manutenção da vida e integridade física das pessoas. Era, portanto, um Estado defensor, que precisava ser forte para se proteger contra invasões externas e revoltas internas.

Assim, podemos descrever o mundo nesse período como sendo formado por Estados-nações apenas, os quais representavam os respectivos povos. Essa ideia se coaduna à visão do Estado como sendo a união entre soberania, povo e território, ou seja, o povo localizado em um determinado território compunha uma nação, a qual era liderada pelo grupo social mais forte naquele país, consistindo na elite dominante a cada tempo.

Essa noção também pressupunha uma igualdade de identidade, isto é, cada Estado era formado de apenas um povo, uma nação. A França era a nação formada apenas por franceses, a Inglaterra por ingleses, o Brasil por brasileiros e assim por diante. Bauman descreve o Estado-nação moderno da seguinte forma:

Nos tempos modernos, a nação era a “outra face” do Estado e a arma principal em sua luta pela soberania sobre o território e sua população. Boa parte da credibilidade da nação e de seu atrativo como garantia de segurança e de durabilidade deriva de sua associação íntima com o Estado e – através dele – com as ações que buscam construir a certeza e a segurança dos cidadãos sobre um fundamento durável e confiável, porque coletivamente assegurado.⁵⁷

Ocorre que isso foi mudando ao longo do tempo e tal movimento se intensificou nas últimas décadas, em razão principalmente dos seguintes fatores:

⁵⁷BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 211.

- a) **globalização econômica:** a interação entre os mercados locais foi crescendo de tal forma que hoje temos um mercado global. As práticas comerciais não têm fronteiras estatais e as empresas se tornaram multinacionais e até mesmo globais, possuindo capital, insumos e pessoas provenientes de diversos Estados-nação;
- b) **globalização financeira:** na atualidade, as finanças de um país refletem em outro ou até em todo o mundo. Não é mais possível um Estado organizar sua economia internamente sem considerar os reflexos das variações nas finanças globais. A taxa de juros, a inflação, as bolsas de valores, a cotação de moedas estrangeiras, as ações de grandes empresas, tudo isso influencia na economia interna de um país;
- c) **globalização política:** os países se reuniram em blocos que, a princípio, foram econômicos, mas cada vez mais se tornam culturais e políticos, como ocorre hoje na União Europeia, onde o bloco vem influenciando os Estados a modificarem posturas e valores internos;
- d) **inovação tecnológica:** a grande evolução dos transportes e da tecnologia da informação revolucionou o mundo no último século, aproximando distâncias incalculáveis e propiciando inúmeros fluxos migratórios por todo o mundo.

Conforme esclarecido por Bauman, essas mudanças transformaram o mundo de uma “modernidade sólida” em uma “modernidade líquida”. A primeira se iniciou justamente com as transformações clássicas e o advento de um conjunto estável de valores e modos de vida cultural e político. Na modernidade líquida, por sua vez, tudo é volátil, as relações humanas não são mais tangíveis e a vida em conjunto, familiar, de casais, de grupos de amigos, de afinidades políticas e assim por diante, perde consistência e estabilidade. Nas palavras de Bauman:

Uma vez que as crenças, valores e estilos foram "privatizados" — descontextualizados ou "desacomodados" com lugares de acomodação que mais lembram quartos de motel que um lar próprio e permanente —, as identidades não podem deixar de parecer frágeis e temporárias, e despidas de todas as defesas exceto a habilidade e determinação dos agentes que se apegam a elas e as protegem da erosão. A volatilidade das identidades, por assim dizer, encara os habitantes da modernidade líquida.⁵⁸

Diante de todos esses fatores, surgiram novos atores políticos e econômicos que passaram a dividir com o Estado-nação a participação no mundo e, conseqüentemente, contribuíram com uma redução da soberania estatal. Esses novos atores podem ser divididos em supraestatais,

⁵⁸BAUMAN, Zygmunt, *op. cit.*, p. 204.

como as organizações internacionais e as empresas globais, e infraestatais, como grupos sociais e étnicos. De fato, existem conglomerados econômicos mais poderosos e mais ricos do que muitos Estados e tais empresas controlam, muitas vezes, políticas estatais, pois possuem a hegemonia econômica em determinado país. Não é possível para o Estado competir com tais forças, uma vez que precisa delas para a geração de empregos e renda.

Também os organismos internacionais promovem campanhas capazes de influenciar a opinião pública global e gerar consequências em políticas públicas internas dos Estados, como ocorre com movimentos pacifistas, *Greenpeace*, entre outros. Nesse sentido, explica Ianni:

Se é verdade que a globalização do mundo está em marcha, e tudo indica que sim, então começou a réquiem pelo estado-nação. Ele está em declínio, sendo redefinido, obrigado a rearticular-se com as forças que predominam no capitalismo global e, evidentemente, forçado a reorganizar-se internamente, em conformidade com as injunções dessas forças. É claro que o estado-nação, com sua sociedade nacional, histórica, geografia, cultura, tradições, língua, dialetos, religião, seitas, moeda, hino, bandeira, santos, heróis, monumentos, ruínas continuará a existir. Mas não será mais o mesmo, isto é, já não é mais o mesmo.⁵⁹

Assim, é preciso reconceituar o Estado Nacional e entender o seu novo papel no mundo global. Em verdade, como informa o texto de Ianni acima, não é possível prever o fim do Estado-nação, pois o mesmo ainda mantém uma posição de elevada importância no cenário mundial, mas agora não é o único ator e precisa se sujeitar, não raras vezes, à vontade dos novos participantes desse espaço. Nesse contexto, o Estado ainda mantém grande importância porque internamente ainda é o único detentor do poder de império, podendo regular a entrada e a saída de pessoas, emitir passaporte, tributar e exercer o monopólio da força física. Contudo, suas ações estão condicionadas aos demais interesses em jogo. Nesse sentido, Anderson postula o seguinte:

Para concluir, deixem-me dizer que creio que o Estado-nação ainda permanecerá, por um bom tempo, como a unidade política legítima básica do século XXI, apesar de já ter alcançado seu apogeu histórico, que começa a ser superado. Mais importante: há poderosas mudanças a caminho, quanto ao significado que o hífen pode passar a ter na expressão, o mesmo hífen que tornou possível o casamento entre nação e Estado ao longo dos séculos XIX e XX.⁶⁰

⁵⁹IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 121-122.

⁶⁰ANDERSON, Benedict. As promessas do Estado-nação para o início do século. *In*: As promessas do Estado-nação para o início do século. *In*: **A crise dos paradigmas em Ciências Sociais e os desafios para o século XXI**. Tradução: Dalva Bonet. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 169.

Especificamente em matérias de políticas públicas, é importante ressaltar que elas, em regra, se traduzem em ações estatais com o objetivo de se efetivar algum direito constitucionalmente garantido aos cidadãos, tais como educação, saúde, moradia e também outros ligados a direitos individuais, como a participação política, o acesso à Justiça, a liberdade de crença etc.

No mundo global, os Estados não são independentes para formular e implementar políticas públicas, pois a efetivação de certos direitos pode atingir interesses contrários de grupos políticos e econômicos. Então, cabe ao Estado essa mediação, a fim de ajustar os interesses em conflito e alcançar saídas alternativas capazes de atender os mandamentos constitucionais.

2.6 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS

No presente tópico buscaremos revisitar a teoria geral dos direitos fundamentais, de modo a questionar a ideia básica de que os direitos de liberdade apenas exigem a abstenção do Estado.

Tradicionalmente, o estudo dos direitos fundamentais os divide em categorias, denominadas de gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. O termo gerações é utilizado em razão do momento histórico em que tais direitos foram positivados nos textos constitucionais.

Assim, temos os direitos tidos como de primeira, de segunda e de terceira geração ou dimensão. Optaremos por utilizar o termo “dimensão”, em razão de o Brasil não ter seguido a ordem cronológica ocorrida nos países centrais europeus quanto ao reconhecimento dos direitos fundamentais.

Dessa forma, os direitos de primeira dimensão são os civis e políticos, individuais por natureza e ligados ao valor liberdade. Para sua efetivação, diz-se, em regra, que o Estado deve se abster de agir, deixando ao particular a liberdade para decidir sobre questões essenciais de sua vida. Incluem-se nesse rol a liberdade de crença, de associação, de reunião, de propriedade, o direito à resistência, a liberdade de contratar, o direito de exercer profissões, entre outros.

A segunda dimensão refere-se aos direitos sociais, os quais exigem uma prestação positiva do Estado para sua implementação, objeto tradicional das políticas públicas. Relaciona-se ao valor igualdade e pressupõem uma série de direitos, tais como a saúde, a educação, a moradia, o trabalho e tantos outros.

Por fim, a terceira dimensão de direitos fundamentais são os que se relacionam ao valor solidariedade e pressupõem a integração entre a presente geração e as futuras, promovendo a sustentabilidade do planeta, como o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito a paz e outros direitos coletivos etc. Direitos que exigem, para sua implementação, ações coordenadas do Estado e da sociedade.⁶¹

Dito isso, ressalta-se que o presente trabalho, ao contrário da doutrina tradicional, reconhece que alguns direitos individuais, de primeira dimensão, também exigem a atuação positiva do Estado, ou seja, também demandam a implementação de políticas públicas que permitam aos indivíduos exercerem essas liberdades. Tais direitos se relacionam, normalmente, a minorias de diversos tipos: étnicas, religiosas, sexuais, raciais etc.

Nesses casos, é preciso haver políticas públicas de inclusão para permitirem ao grupo minoritário sua inserção na sociedade, a fim de lhes garantirem a integridade física, a liberdade de profissão, o direito de participação política, a liberdade de culto e de crença, o direito à resistência, o direito à busca da felicidade, além de outros que estejam sendo violados no caso concreto, diante de uma sociedade discriminatória como a atual.

Nesse aspecto, se destacam as ações afirmativas como políticas públicas capazes de promover a integração social de grupos excluídos. Como exemplo, podemos mencionar as políticas de cotas em instituições públicas de ensino e nos postos de trabalho público e privado em favor dos negros e portadores de deficiência física. Essas políticas públicas demonstram claramente a atuação positiva do Estado para fins de promoção de direitos de primeira dimensão, pois não buscam somente melhorar a condição de vida dos beneficiários, mas de possibilitar sua inclusão, sua cidadania.

Diante disso, defendemos no presente trabalho que as ações estatais não se dirigem apenas aos direitos sociais, mas também à efetivação das liberdades individuais, as quais demandam políticas públicas de reconhecimento, como veremos no próximo tópico.

2.7 POLÍTICAS PÚBLICAS DE REDISTRIBUIÇÃO E DE RECONHECIMENTO

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 560-570.

Conforme mencionado, a ordem constitucional predominante no pós-guerra passou a compreender a dignidade humana como o principal objetivo do Estado e do Direito. Para tanto, descreveu inúmeros compromissos estatais para a promoção de direitos (tanto os de liberdade quanto os sociais). Com isso, as políticas públicas também sofreram grande desenvolvimento e passaram a ser vistas como o grande instrumento para a promoção de direitos sociais por parte do Estado.

Vale ressaltar o entendimento de Osvaldo Canela Junior, do qual compartilhamos, no sentido de que os direitos individuais do cidadão constituem o maior compromisso e, inclusive, a razão de ser do Estado Democrático de Direito. Especificamente no caso do Brasil, esta condição pode ser vista de forma objetiva ao se considerar os tratados internacionais firmados pelo país, nos quais é patente o compromisso com o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado. Nas palavras do autor:

A institucionalização dos direitos humanos é o consectário lógico-jurídico da Declaração Universal dos Direitos Humanos e permite agregar aos valores éticos a força normativa da Constituição. Representa a implementação formal, pelos Estados, do novel sistema ético de referência, mediante a adequação de suas normas constitucionais internas ao novo modelo. (...) O que se altera no panorama jurídico interno dos Estados é o novo referencial ético, consubstanciado no consenso das diversas nações. Os direitos humanos, portanto, passam a ter uma nova compreensão, lastreada no compromisso ético de progressiva e absoluta proteção em nível mundial.⁶²

Considerando os direitos humanos, portanto, como objetivo central dos Estados, a sua promoção deve ser buscada de forma mais ampla possível, através de políticas públicas que atendam às necessidades da população. Nesse contexto, cabe-nos ressaltar que, nas últimas décadas, testemunhamos o surgimento de um novo tipo de demanda, indo além da redistribuição de renda e recursos para as classes desfavorecidas no sistema capitalista, a necessidade de reconhecimento.

É cada vez mais comum a existência de grupos sociais que não lutam por melhorias econômicas, por acesso a recursos, por distribuição de renda, ou seja, o caráter econômico não é o ideal de conquista de tais grupos, mas sim o seu próprio reconhecimento por parte do Estado. Em geral, são grupos minoritários que buscam ser reconhecidos como integrantes da sociedade, com os mesmos direitos e, principalmente, não ser discriminados pela maioria do grupo social.

⁶² CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36-37.

Nesse sentido, Nancy Fraser promoveu estudo no qual compara as demandas de redistribuição e de reconhecimento, que originam políticas públicas com o respectivo objetivo. Segundo a autora, as políticas públicas de redistribuição buscam corrigir desigualdades sociais, o que envolve uma melhor distribuição de recursos e bens para as pessoas. As de reconhecimento, por sua vez, são mais recentes e buscam um tratamento igualitário no aspecto de aceitação das diferenças, como no caso de minorias étnicas, sexuais, religiosas etc. Segundo Fraser,

A “luta por reconhecimento” está rapidamente se tornando a forma paradigmática de conflito no final do século XX. Demandas por “reconhecimento da diferença” dão combustível às lutas de grupos mobilizados sob as bandeiras da nacionalidade, etnicidade, “raça”, gênero e sexualidade. Nestes conflitos “pós-socialistas”, a identidade de grupo suplanta o interesse de classe como o meio principal da mobilização política. A dominação cultural suplanta a exploração como a injustiça fundamental. E o reconhecimento cultural toma o lugar da redistribuição socioeconômica como remédio para a injustiça e objetivo da luta política.⁶³

Sustenta a citada autora que a relação entre esses dois grupos costuma ser tensa, já que tais lutas estão, na maior parte das vezes, dissociadas. No âmbito da redistribuição, busca-se tirar recursos dos ricos e dar aos pobres, dos donos do capital para os trabalhadores. No do reconhecimento, busca-se ser aceito e tratado com dignidade, apesar de possuir características diferentes. Enquanto as políticas sociais objetivam igualar as pessoas, as culturais buscam diferenciá-las.⁶⁴

Militantes sociais entendem as políticas culturais como uma “falsa consciência”, um obstáculo ao alcance da justiça social. Os culturais veem as políticas redistributivas como um materialismo fora de moda que não colabora com a verdadeira justiça. Diante disso, Nancy Fraser busca rechaçar essa dualidade ao entender que justiça requer tanto redistribuição quanto reconhecimento: “Justiça, hoje, requer tanto redistribuição quanto reconhecimento; nenhum deles, sozinho, é suficiente.”⁶⁵

A citada autoratambém esclarece que, hoje, o reconhecimento está ligado à política de identidade, ou seja, é preciso que o grupo minoritário se autoafirme para não sofrer os danos advindos da sobreposição da cultura dominante. Isso enfatiza a estrutura psíquica e não as

⁶³ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução: Julio Assis Simões. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14-15, 2006, p. 231-239.

⁶⁴ _____. Reconhecimento sem ética? Tradução: Ana Carolina Freitas Lima Ogando; Maria Prandini Fraga Assis. **Lua nova**, São Paulo, n. 70, 2007, p. 102.

⁶⁵ *Idem*, p. 103.

questões sociais e se aproxima de formas repressivas de comunitarismos. Promove o separatismo e a não interação cultural. A luta por reconhecimento é a luta contra a subordinação social a fim de que o grupo minoritário possa participar como igual na vida social.

Assim, a autora não identifica o reconhecimento como identidade específica de um grupo, mas como a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social – modelo de *status*. Não reconhecer não é depreciar o grupo, mas sim uma subordinação social, pois o outro não poderia participar como igual na vida social. Neste sentido a autora formula o seguinte:

(...) proporei uma análise alternativa do reconhecimento. A minha proposta é tratar o reconhecimento como uma questão de status social. Dessa perspectiva – que eu chamarei de modelo de status – o eu exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social. O reconhecimento, conseqüentemente, não significa depreciação e de formação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social. Repara a injustiça certamente requer uma política de reconhecimento, mas isso não significa mais uma política de identidade. No modelo de status, ao contrário, isso significa uma política que visa superar a subordinação, fazendo do sujeito falsamente reconhecido um membro integral da sociedade, capaz de participar com os outros membros como igual.⁶⁶

Com essa mudança, os membros do grupo não querem ser separados do todo social, mas buscam se tornar parceiros integrais na interação social. O que se deve fazer é acabar com a subordinação social, a fim de se alcançar o modelo de justiça proposto pela autora, o qual pode ser traduzido como a paridade de participação. E tal participação necessita de duas condições, uma objetiva, que é a distribuição dos recursos materiais de modo que assegure a independência e voz dos participantes e outra intersubjetiva, que é a garantia do respeito a todos os participantes e a igual oportunidade para alcançarem a estima social. Então são dois aspectos da justiça e um não é capaz de suprir o outro.

A ideia desenvolvida por Nancy Fraser é de grande valia para o presente estudo, pois deixa claro que as políticas públicas não visam necessariamente à melhoria de condições sociais de populações de baixa renda, não objetiva necessariamente a distribuição de recursos, de renda, de oportunidade para a melhoria da qualidade de vida sob o aspecto financeiro, mas também o reconhecimento de um grupo como igual na interação social. Assim, o reconhecimento de

⁶⁶ FRASER, Nancy, *op. cit.*, 2007, p. 107.

direitos a um grupo constantemente vítima de subordinação social também pode ser encarado como política pública.

E esse é o ponto que interessa ao presente trabalho, visto que, a título de exemplificação, vamos demonstrar nos próximos capítulos como o Poder Judiciário promoveu o reconhecimento de um grupo minoritário (homossexuais) a despeito da inércia legislativa em reconhecer e efetivar direitos necessários para a promoção da dignidade dessas pessoas, a fim de que possam se inserir como parceiros integrais na interação social.

2.8 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Com as mudanças que ocorreram no Direito Constitucional, o Poder Judiciário teve o seu papel político elevado, na medida em que se tornou o guardião da Constituição, tendo a seu cargo o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos do poder público. Ainda mais porque a concretização de direitos fundamentais é a razão de ser do próprio Estado Democrático de Direito, sendo positivados através de princípios constitucionais, que também são normas dotadas de coercibilidade.

Neste sentido, é preciso garantir o mínimo de condições que proporcionem uma vida digna aos indivíduos. E a dignidade vem sendo entendida forma cada vez mais ampla com o passar do tempo, englobando mais e mais direitos fundamentais, todos previstos constitucionalmente e dotados de normatividade jurídica, por consistirem em princípios constitucionais. Na busca de efetivar tais direitos, o Estado se vale de políticas públicas, de reconhecimento e de redistribuição, veiculadas através de leis e atos normativos do poder público e, portanto, sujeitas ao controle de constitucionalidade do Poder Judiciário.

Além disso, ainda existe no ordenamento jurídico a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabível quando o Estado deixa de agir comissivamente em favor da concretização da dignidade das pessoas e visa a obrigar que o poder público cumpra suas obrigações constitucionais.

Nesse ínterim, a positivação dos direitos fundamentais nos textos legais e constitucionais torna a questão da efetivação dos mesmos um problema não só político, mas também jurídico, pois são normas que geram obrigações positivas para o Estado. Além disso, a demanda pela concretização de direitos constitucionais evoluiu conjuntamente ao modelo constitucional

moderno analisado no capítulo anterior. Como verificado, este modelo acarretou o fortalecimento do Poder Judiciário, que passou a ser o guardião do texto constitucional e capaz de exigir um controle sobre os demais poderes no que diz respeito aos ditames da constituição. Assim, passou a ter a prerrogativa de intervir nas leis e nas ações administrativas, com o intuito de adequá-las à constituição.

No caso do Brasil, o Poder Judiciário, nos últimos anos, vem aumentando sua participação nas políticas públicas de diversas formas. Essa nova postura se intensificou após a Constituição da República de 1988, pois esta carta previu um grande rol de direitos fundamentais, incluindo as suas três dimensões, transformando discussões anteriormente travadas apenas no campo político em questões jurídicas. Além disso, a Constituição tornou o Poder Judiciário o guardião, quando delegou aos magistrados diversos instrumentos que lhes capacitam a intervir em questões políticas, mediante decisões que vinculam a Administração Pública, dentre os quais se destacam:

- a) as ações judiciais de controle concentrado de constitucionalidade como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental;
- b) as súmulas vinculantes que obrigam o cumprimento, por parte de todo o Poder Judiciário e Administração Pública, do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição.

Dessa forma, como quase todos os direitos estão positivados no texto constitucional, qualquer ação ou omissão do Poder Legislativo ou Executivo poderão violar direitos fundamentais, estando assim em desacordo com a Constituição e acarretando a possibilidade de intervenção judicial. Além disso, a tese da força normativa da Constituição prevaleceu e, hoje, o não cumprimento, por parte do Estado, de suas ações no sentido de promover a efetivação dos direitos fundamentais, gera a possibilidade de judicialização da omissão, ou seja, gera direito subjetivo para o indivíduo acionar o Judiciário e requerer que este conceda, forçadamente, a tutela do direito.

Também é possível a intervenção judicial quando há ação positiva do Estado, já que é comum a utilização de leis e outros atos normativos como instrumento de implementação de uma política pública, acarretando na submissão ao controle de constitucionalidade, seja ele

concentrado, nos termos do inciso I, alínea “a” e parágrafo primeiro do art. 10, da Constituição da República do Brasil de 1988, seja difuso, conforme art. 97 da mesma Carta Constitucional.

Dessa forma, leis implementadoras de políticas públicas, ou atos normativos com a mesma função, podem ser levados ao Judiciário por um dos legitimados para propor as ações do controle concentrado, a fim de avaliar a constitucionalidade em abstrato de determinada norma. Assim como, em um caso concreto, qualquer juízo ou tribunal tem a competência para afastar a aplicação de norma considerada inconstitucional.

Ocorre que tais declarações, em matéria de políticas públicas, não se circunscrevem ao Direito, ao ordenamento jurídico. Elas possuem um espectro de atuação bem maior, pois influenciam diversas ações que foram, estão sendo ou serão tomadas pela Administração Pública, a fim de efetivar um direito fundamental. Nesse contexto, é possível que o Judiciário afete as políticas públicas de várias maneiras, a saber:

- a) é possível que o Judiciário prejudique uma política pública ou até mesmo a elimine, quando entendê-la por inconstitucional ou que a sua ampliação pode gerar algum efeito inconstitucional;
- b) por outro lado, o Judiciário pode obrigar a Administração Pública a implementar ou expandir uma política pública, por entender que a mesma contribui para a efetivação de um direito constitucionalmente previsto;
- c) pode o Judiciário implementar diretamente uma política pública;
- d) é possível também que o Judiciário, efetivando individualmente direitos, afete o orçamento público planejado para a efetivação ocorrer de forma coletiva, como vem acontecendo de forma reiterada nas ações que envolvem medicamentos e tratamentos de saúde.

Diante de tais possibilidades, entendemos que o Judiciário pode participar do ciclo de políticas públicas em todos os seus momentos: estabelecendo problemas, escolhendo alternativas, decidindo e implementando políticas públicas.

Em uma releitura do ciclo de políticas públicas, poderíamos entender que, no âmbito da jurisdição, os problemas públicos são apresentados mediante as ações ajuizadas no Poder Judiciário, buscando a efetivação de direitos fundamentais ou a violação dos mesmos pelo Estado ou por outros particulares. Cada ação constitui a agenda do Judiciário, o qual deve, para cada problema público apresentado, buscar, dentre as alternativas possíveis, aquela que mais poderá

contribuir para a efetivação do direito, mediante a menor restrição a direitos fundamentais contrapostos, mediante a ponderação, na forma explicitada no capítulo 1.

Secchi esclarece que os juízes são atores de políticas públicas, interferindo principalmente nos seguintes tipos de políticas: regulatórias, sociais e as que tratam, direta ou indiretamente de liberdades civis ou políticas. Tal postulação vem ao encontro do nosso entendimento de que os direitos individuais de primeira dimensão também requerem políticas públicas para sua efetivação. Segundo o autor, “os juízes também são protagonistas na elaboração de políticas públicas quando emitem uma decisão judicial ou, no caso de um tribunal, uma súmula que torne pública a interpretação sobre determinada norma legal”.⁶⁷

A atuação do Poder Judiciário no ciclo de políticas públicas pode se dar como analista, quando o problema público chega ao Judiciário sem ainda existir uma política pública para sua resolução, ou como avaliador de políticas públicas, quando a judicialização ocorre após a existência da política pública. Considerando tais atuações, questionamos as habilidades dos juízes para intervir de modo correto nas políticas públicas. Conforme os textos abordados neste trabalho, percebemos haver muitos conhecimentos necessários ao analista/avaliador de políticas públicas para que a análise/avaliação possa trazer bons resultados. É preciso, então, verificar se o Judiciário possui tais qualidades ou se trabalha em conjunto com especialistas que as possuam.

A avaliação de políticas públicas, por exemplo, pressupõe uma série de conhecimentos, como os critérios, padrões, metodologias, avaliações de processos e resultados que não podem ser esquecidos por juiz ou tribunal que pretenda avaliar uma política pública. De fato, a análise ou avaliação de políticas públicas não pode se circunscrever apenas à questão jurídica, mediante a implementação individual de direitos fundamentais tutelados pela ordem constitucional. Há que se estudar os impactos na realidade social e ponderá-los com a máxima efetividade constitucional, a fim de estabelecer um parâmetro razoável para a intervenção.

2.9 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste trabalho, adotamos o posicionamento de Robert Alexy no que concerne aos princípios constitucionais, entendendo-os como mandados de otimização possíveis de serem

⁶⁷ SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 108.

efetivados em vários graus e restringidos por fatores externos, que são os demais princípios constitucionais. Nas palavras do autor:

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁶⁸

Sobre a possibilidade de restrição a princípios fundamentais, Alexy se filia à teoria externa, pela qual os princípios fundamentais são tidos como normas *prima facie*, ou seja, o direito é descrito pela norma e possui um grau de abrangência inicialmente considerado pelo intérprete, mas parte dele está sujeito a restrições quando em conflito com outros direitos fundamentais. Ao contrário da teoria interna, no qual o âmbito do direito está totalmente previsto na norma e, quando o mesmo não se aplicar, significa que tal caso não estava englobado pelo direito. Essas diferentes teorias resultam em entendimentos contrários no tocante à ponderação de princípios constitucionais, conforme explica Jane Reis Gonçalves Pereira:

No plano da interpretação judicial, a teoria interna refuta a existência de conflito entre os direitos e, conseqüentemente, a ponderação de bens. A tarefa do operador jurídico ao interpretar o direito fundamental deve ater-se a identificar seu conteúdo constitucionalmente estabelecido e a verificar sua adequação à questão de fato apreciada, não lhe competindo estabelecer restrições recíprocas a direitos ou bens supostamente antagônicos.⁶⁹

Na primeira fase, o intérprete deve determinar, da forma mais ampla possível, as diversas faculdades e posições jurídicas que decorrem do direito fundamental em jogo. Trata-se de verificar, à luz do dispositivo que assegura o direito, seu “conteúdo inicialmente protegido”, sem tomar-se em consideração se outros direitos individuais ou interesses comunitários podem ser afetados ou restringidos. A leitura da norma, nessa etapa, é a mais ampliada possível.

(...)

No segundo momento, promove-se a harmonização do amplo “conteúdo inicialmente protegido” do direito com os direitos e bens constitucionais que se apresentarem como contrapostos, a fim de identificar o “conteúdo definitivamente protegido”. São traçados, assim, os limites definitivos do direito, os quais, para essa concepção, são limites externos, já que resultam do “recorte” do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental.⁷⁰

⁶⁸ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 90.

⁶⁹PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006, p. 141.

⁷⁰PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *op. cit.*, p. 147.

Sendo assim, concordamos com Alexy no sentido de que os princípios são normas de caráter mais aberto que as normas-regras e podem ser efetivados de várias formas e níveis. Além disso, os princípios são marcados por possuírem forte conteúdo axiológico, demonstrando os valores considerados mais importantes pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, em caso de conflito entre princípios constitucionais, faz-se necessário realizar o sopesamento dos valores em disputa, a fim de determinar qual deve prevalecer em determinado caso concreto, restringindo o outro no mínimo possível.

No caso das políticas públicas, também se aplica o mesmo raciocínio: determinada ação governamental pode estar voltada para o atendimento a determinado direito fundamental, mas pode estar violando outro. É preciso, portanto, que, dentro do ciclo de políticas públicas, a escolha da alternativa para solucionar o problema público procure encontrar aquela que mais efetive o direito fundamental e, ao mesmo tempo, menos restrinja os demais direitos em conflito. Nesse sentido, se as ações que fazem parte da política pública conflitarem com outros direitos fundamentais, elas devem ser restringidas conforme o próprio âmbito de aplicação do direito fundamental a que ela visa efetivar.

Em termos práticos: na hipótese de uma análise da constitucionalidade de uma política pública que vise à efetivação de algum direito fundamental, deve-se analisar se, no caso concreto, a execução de uma determinada política pública vai resultar na violação de outro direito fundamental constitucional, mediante o procedimento da ponderação. Não se pondera somente o direito, mas também a própria política utilizada para sua concretização, pois durante esse processo pode haver violação de outros direitos fundamentais. Para tanto, é necessário que o analista de políticas públicas também interprete os princípios constitucionais, assim como o *policymaker* e demais envolvidos, realizando a ponderação de direitos fundamentais, a fim de escolher a melhor solução para o caso. Por outro lado, o Judiciário, a fim de compreender com mais clareza o caso em discussão, também deve conhecer a realidade social e política que resultaram na implementação daquela política pública.

É certo que, para a efetivação de um direito fundamental, várias alternativas são consideradas e uma delas será a escolhida para ser efetivada mediante uma política pública. Porém, é preciso que os demais direitos em conflito sejam ponderados tanto com o direito a ser efetivado quanto com os meios escolhidos para tanto, a fim de se escolher não somente a melhor

alternativa para a concretização do direito, mas aquela que o concretiza a um menor custo possível de interferência em outros direitos conflitantes.

Por isso, também no momento da escolha da alternativa a ser utilizada para se promover um direito fundamental, impõe-se a necessidade da ponderação, isto é, não apenas do fim a ser alcançado, mas também do meio para se chegar ao resultado desejado.

3 O RECONHECIMENTO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO CASAMENTO CIVIL PARA OS PARES HOMOAFETIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo tem por objetivo analisar a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito ao casamento civil aos pares homoafetivos. Esta demanda por direitos, desde os primórdios do Estado brasileiro até os dias atuais, permanece omissa dos textos legislativos, não tendo os legisladores reconhecido a existência de um unidade familiar, baseada no afeto entre pessoas do mesmo sexo.

Em primeiro lugar, entendemos que a concessão de direitos individuais também pode ser considerada como política pública, eis que também nesse caso existirá uma ação, em regra do poder público, com a finalidade de resolver um problema público, que é a própria falta de concretização de um direito constitucional e as consequências dela derivadas. Mais que isso, tais demandas se inserem nas políticas públicas de reconhecimento, e não de redistribuição, pois os beneficiários não buscam benefícios materiais como aumento de renda ou condições de trabalho, nem outros que seriam alcançados por melhorias financeiras do indivíduo, como saúde, educação e moradia.

Ao contrário, trata-se de demandas pelas quais é buscado o reconhecimento de um grupo social, em regra minoritário, como titular dos mesmos direitos e deveres dos demais. O objetivo é obter respeito e apreço, a fim de possibilitar sua participação na sociedade como igual, bem como promover a elaboração de políticas públicas capazes de concretizar esses direitos, visando sempre à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar que a política pública de reconhecimento, nesse caso, não se limita ao direito ao casamento civil, pois no bojo dessa discussão estão inseridas diversas demandas desse grupo minoritário, tais como os direitos sucessórios, participação em planos de saúde, adoção de filhos, os quais podem ser alcançados com base no reconhecimento dessas uniões como entidade familiar. Essa questão é marcada por um histórico de fortes lutas dos movimentos dos direitos LGBT, bem como pela intolerância de inúmeros outros grupos, principalmente de cunho religioso, e também da sociedade de forma geral que, em regra, mantém posição contrária à concessão de direitos aos casais do mesmo sexo, tanto que o Legislativo brasileiro, em postura

omissa, opta por não enfrentar a questão, mantendo em tramitação, por quase 20 anos, o Projeto de Lei nº 1.151/1995, que trata da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar de tais dificuldades, o direito dos homossexuais ao casamento civil está assegurado na prática, ainda que sem previsão legislativa para tanto, e tal reconhecimento se deu em razão da atuação direta do Poder Judiciário. Tal atuação, de início, foi marcada por decisões isoladas que concediam o direito apenas aos demandantes. Nesse momento, a concretização do direito dependia das convicções do órgão julgador e, muitas vezes, do serviço de registro civil de pessoas naturais que, em certos casos, se recusava a registrar a união, mesmo após decisão judicial favorável. Entretanto, três ações do Poder Judiciário foram vitais para o reconhecimento do direito ora discutido, a saber: a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF⁷¹, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no RESP nº 1.183.378⁷² e a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷³.

Ressaltamos que a situação acima descrita exemplifica o conflito entre o constitucionalismo e a democracia mencionado no capítulo 1: de um lado, um grupo minoritário busca ações de reconhecimento de seus direitos com base nos princípios constitucionais (constitucionalismo) e de outro há a omissão dos representantes eleitos pela maioria dos cidadãos brasileiros em reconhecer tais direitos (democracia). O constitucionalismo aqui é fundamento para a ampliação dos direitos constitucionais, é progressista, ao passo que a democracia, baseada no método da maioria para o alcance do poder, é conservadora (segunda vertente do conflito entre constitucionalismo e democracia).

Como se verifica, o Poder Judiciário, balizado pelo constitucionalismo atualmente vigente, possui os mecanismos e o poder político necessário para a concessão direta de direitos não regulados pelo Legislativo, valendo-se de sua função contramajoritária. Sobre essa função do Judiciário, pode-se esclarecer que trata do ideal de proteção das minorias com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a qual ficou a cargo do Judiciário. Assim, cabe a esse poder agir em benefício de minorias cujos direitos são limitados em razão da ausência de reconhecimento por parte da maioria social.

Com base nessas informações, o presente capítulo pretende identificar os principais fundamentos das decisões acima mencionadas, analisando a ponderação de princípios realizada

⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto, 2011.

⁷²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.183.378. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 2011.

⁷³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.

pelo STF e STJ (com base nas noções mencionadas no capítulo 3 deste trabalho), culminando na análise da Resolução do CNJ como a alternativa de política pública utilizada pelo Poder Judiciário para resolver o problema público, no contexto do ciclo de políticas públicas mencionado no capítulo 2.

3.2 A DECISÃO DO STF NA ADPF N° 132/RJ E DA ADI N° 4.277/DF

Esta ação de controle concentrado de constitucionalidade consistiu na mais importante decisão judicial em favor dos direitos dos homossexuais, pois o STF, guardião da Constituição Federal, se utilizou do instituto da interpretação conforme a Constituição para impedir qualquer entendimento do artigo 1.723 do Código Civil que pudesse excluir os pares homoafetivos do conceito de família. Segue abaixo a ementa da decisão:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF n° 132-RJ pela ADI n° 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3° da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA

AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “*do regime e dos princípios por ela adotados*”, *verbis*: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma

de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (grifos do original).⁷⁴

A decisão ora analisada foi proferida em uma ação de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pelo artigo 102, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição⁷⁵. A ação foi intentada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, alegando que a interpretação até o momento dada

(...) aos incisos II e V do art. 191 e aos incisos I a X do art. 332, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) é inconstitucional, na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos das pessoas com preferência ou concreta orientação homossexual.

Por se tratar do mesmo tema, foi julgada em conjunto a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4227, do Distrito Federal, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, cujo objeto foi a interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, com base no fundamento pelo qual “a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica”.⁷⁶

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 611-615.

⁷⁵ Lei nº 9.882/1999: Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 624.

Como se percebe no texto acima, o resultado do julgamento foi no sentido de que as uniões homoafetivas devem ser incluídas no conceito de família para fins legais, não podendo o intérprete construir a norma decorrente do texto do artigo 226 da Constituição Federal, de modo a não reconhecer os pares formados por pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Assim concluiu o Ministro Relator:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.⁷⁷

Analisando os votos da decisão, podemos extrair os fundamentos que a orientaram, mediante a análise dos textos dos votos dos ministros do STF, dos quais transcreveremos partes mais importantes para o estudo que pretendemos fazer neste trabalho. Em síntese, foram estes os fundamentos da decisão acima mencionada:

- a) a Constituição vedou o preconceito referente ao sexo das pessoas;
- b) a Constituição não define a forma de se utilizar a sexualidade (“tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”);
- c) proteção à intimidade e à privacidade;
- d) a liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);
- e) a família é mais que um singelo instituto de direito em sentido objetivo, é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. “Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim.”⁷⁸ A família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada;

⁷⁷ *Idem*, p. 656.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 645.

- f) a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser;
- g) os direitos fundamentais não devem ser concedidos/ampliados somente se entrarem em conflito com direitos fundamentais de outras pessoas ou grupos.

Quanto ao cerne da questão ora discutida, qual seja, a do conflito entre a concessão e efetivação de direitos constitucionais e a posição majoritária dos representantes democraticamente eleitos, há importantes trechos dos debates realizados entre os ministros, bem como dos votos dos julgadores, os quais se encontram no inteiro teor da decisão e passamos a comentar.

Primeiramente, é importante frisar aqui que os argumentos da decisão proferida no caso baseiam-se nos direitos constitucionalmente garantidos a todos os cidadãos, adotando a ideia de que cabe ao Estado não apenas agir negativamente, ou seja, deixar de interferir em questões afetas aos particulares, mas também atuar de forma positiva, estimulando, contribuindo e, de fato, efetivando os direitos fundamentais, como se percebe pelo trecho abaixo do voto do ministro Luiz Fux:

A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. (...) Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.⁷⁹

Também é reconhecido pelos ministros que a questão do direito à união estável para os pares homoafetivos poderia e pode ser enfrentada pelo Poder Legislativo a qualquer momento e que, diante da inércia legislativa, está o Judiciário agindo positivamente. Essa questão da atuação positiva do Judiciário é, notadamente, uma preocupação dos próprios julgadores, em respeito ao princípio da separação dos poderes, pelo qual a elaboração de normas jurídicas deve ficar a cargo, precipuamente, do Legislativo. Assim, os ministros buscam justificar a atuação do Supremo no caso, sustentando que a própria prerrogativa do Judiciário de julgar uma lei inconstitucional

⁷⁹ *Idem*, p. 662.

poderia ser entendida como uma atitude positiva dos magistrados, pois assim fica mantido o estado de coisas anterior à norma controlada, como demonstra o trecho abaixo:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.

Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico. Eu dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter *status quo* contrário à posição que estava a ser (...).⁸⁰

Nesse sentido, também o voto do ministro Gilmar Mendes demonstra sua preocupação. Segundo ele, há limites para atuação do Judiciário, que não pode também decidir de forma contrária à Constituição, pois aí sim estaria, de fato, legislando. Cita, então, Lênio Streck, invocando o argumento de que o texto constitucional é o limite do intérprete, pois não há norma sem texto:

Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). **O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões "legiferantes".** (grifos deste trabalho).

E, registre-se: o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panaceia para todos os males, mormente de "omissões" (*sic*) do constituinte: *o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto*. E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que "devemos levar o texto a sério". Sem texto não há normas; não há normas sem textos (grifos do original).⁸¹

Também merece destaque a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de ser a jurisdição constitucional importante mecanismo de proteção das minorias. Assim, é possível

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 729.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 763.

que a vontade da maioria, consubstanciada nos representantes eleitos, seja limitada pelos direitos das minorias, não atropela aqueles que não possuem a mesma representação no Legislativo. No caso da união homoafetiva esta situação é patente, pois o Congresso Nacional, diante de diversas correntes de pensamento, sendo muitas delas absolutamente contrárias a qualquer reconhecimento que possa ser dado aos homossexuais, fica inerte, perpetuando o cenário de privação de direitos e discriminação. Para clarificar, transcrevo trecho dos debates:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES –(...) Nas sustentações de ontem, agitou-se o tema da questão do reconhecimento do direito da minoria. Tenho voto escrito sobre isso, já destaquei em outro momento inclusive como um *ethos* fundamental, básico, da jurisdição constitucional. E, no caso específico, é notório que o que se pede é um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de *discrimen*, de discriminação.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Aqueles que acompanharam as eleições nacionais certamente viram as dificuldades por que passou a candidata, então, agora a Presidente Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, sobre este assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso explique, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui lembradas, nós conseguimos então identificar.⁸²

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ministro Gilmar Mendes, assinalo no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmo, assenti e concluí que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E a gente nem sempre confirma a expectativa. Mas, neste caso, nós temos uma outra singularidade, porque há um tipo de inércia legislativa, isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, ser editada pelo Congresso Nacional, e nós

⁸² *Idem*, p. 778.

sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção.⁸³

Essa posição do STF se coaduna com a doutrina mencionada no capítulo 1, segundo a qual o direito da maioria de decidir os rumos da sociedade está limitado aos direitos fundamentais da minoria, sendo esse o ponto nevrálgico do Estado Democrático de Direito, o qual visa a conciliar a regra da maioria para a definição dos representantes do povo com os direitos fundamentais de todos. Nesse sentido, a maioria não pode decidir tudo, nem todos os direitos estão à disposição para a deliberação da maioria, pois esta não pode decidir que um grupo não tenha, por exemplo, o direito de não ser torturado.

Os ministros também assinalam que a falta de reconhecimento de grupos minoritários contribui com o aumento da discriminação, ferindo diretamente diversos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. Diante disso, baseando-se no constitucionalismo vigente, que traz como meta para o Estado o reconhecimento e a efetivação de direitos fundamentais listados na Carta Constitucional, o STF entende que o direito postulado neste caso deve ser concedido, conforme se deduz pelos trechos abaixo:

A falta de um modelo institucional que abrigue essa opção, que permita essa institucionalização acaba militando ou acaba contribuindo para as restrições para o quadro de discriminação. Então, a rigor, a pretensão que se formula, aqui, tem base nos direitos fundamentais, a partir da própria ideia do direito de liberdade, como já foi destacado, do direito de igualdade, tal como já destacou, fortemente, o eminente Ministro Relator, apontando que aqueles que fazem essa opção, se não encontrarem um modelo institucional adequado, acabarão sofrendo as mais diversas formas de discriminação.⁸⁴

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas ecostumes sociais.

(...)

Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

(...)

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 747.

⁸⁴ *Idem*, p. 731.

da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito (grifos deste trabalho).⁸⁵

Importante também ressaltar que o ministro Celso de Melo defende que a proteção das minorias também é traço da democracia. Para tanto, cita Geraldo Ataliba na forma abaixo:

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“Judiciário e Minorias”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

“A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

.....
Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas. O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatadamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

.....
É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.

.....
Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. (...)” (grifos deste trabalho).⁸⁶

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 847.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 850-851.

Continua o ministro Celso de Melo, em seu esforço argumentativo, manifestando seu entendimento de que o Estado Democrático de Direito deve compatibilizar os interesses da maioria e das minorias. Para tanto, cita o professor Pinto Ferreira:

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA (“Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno”, tomo I/195- -196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apoia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a “Majorityrule” e os “Minorityrights”:

“A verdadeira ideia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o polo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu polo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia. O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: “Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro”. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas “ConsiderationsonRepresentativeGovernment”, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (“oftrueand false Democracy”): “A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. **A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria**” (grifos deste trabalho).

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.⁸⁷

Muito importante para este trabalho é também a reflexão dos ministros sobre a legitimidade do Judiciário para conceder direitos não previstos expressamente no ordenamento jurídico em controle concentrado. Isso porque em sede de mandado de injunção, esta é a função da Corte, integrar a legislação de modo a propiciar o exercício de um direito pela parte do processo (efeito *inter partes*). Contudo, no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade e as demais ações do controle abstrato de constitucionalidade, a decisão judicial é vinculante,

⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 851-852.

vigorando para todos com força equiparada à de uma lei. Esta preocupação é evidente neste caso, visto que o texto constitucional é expresso ao se referir ao instituto da união estável como um vínculo afetivo formado entre homem e mulher. Assim, estaria o STF decidindo contra a Constituição? Os ministros entendem que não, porque há inúmeros outros princípios constitucionais envolvidos, apontando para a decisão tomada pela Corte e, além disso, não há vedação expressa à extensão da união estável aos pares homoafetivos. Essa discussão, que se relaciona aos limites da atuação da jurisdição constitucional, pode ser demonstrada pelos trechos dos debates que transcrevemos a seguir:

De outro lado, não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspondente a esse direito ou a esses direitos elencados.

Eu tinha também, Presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade que queria vencer. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós vemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida o que se refere o número 226, § 3º, multicitado:

“§ 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”.

Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso (grifos deste trabalho).⁸⁸

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que leva, portanto, alguns a entenderem, aqui, **menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar essa consequência**, que também não é a consequência inevitável, tal como sabemos em vários outros casos em que nós fizemos a interpretação. Mas, também parto dessa premissa, tal como já assentei, de que **aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual**. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

(...)

É o que nós temos neste caso. O fato de a Constituição proteger, como já foi destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo (grifos deste trabalho).⁸⁹

⁸⁸ *Idem*, p. 731-732.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 733-734.

Por fim, com base na fundamentação acima analisada, os ministros do STF julgaram procedentes, por unanimidade, os pedidos, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a fim de as uniões estáveis homoafetivas serem reconhecidas pelo Direito como entidade familiar, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. Isso significa que nenhum juiz ou tribunal do país, tampouco a Administração Pública, podem entender de forma diversa, dado o efeito vinculante da decisão. Importante também destacar o trecho “mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, pois disso se pode extrair uma série de desdobramentos, os quais analisaremos mais adiante.

3.3 A DECISÃO DO STJ NO RESP Nº 1.183.378

A decisão ora apresentada também representou forte avanço no reconhecimento de direitos afetos aos pares do mesmo sexo, pois reconhece o direito à celebração do casamento civil e à conversão da união estável em casamento. A decisão se utiliza dos fundamentos trazidos pelo STF no julgamento acima para concluir que não há no ordenamento jurídico pátrio vedação para que os argumentos do STF, manifestados com relação à união estável, se apliquem também ao casamento civil.

Apesar de não possuir efeito vinculante como a decisão firmada em pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, marca o posicionamento do STJ, que é o órgão máximo em matéria de interpretação de leis federais. Abaixo, segue a ementa do acórdão:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita (grifos do original).

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união

contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família* (grifos do original).

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade (grifos do original).

4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos (grifos do original).

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família* (grifos do original).

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença*. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união (grifos do original).

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos (grifos deste trabalho).

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.⁹⁰

A decisão trata da concessão de um direito, a qual se justifica a fim de não ocorrer violação a diversos princípios constitucionais. O cerne, portanto, da decisão é a Constituição da República, ou melhor, os direitos explícita e implicitamente previstos na Carta Maior. Segundo a decisão, a impossibilidade do casamento para as pessoas com orientação homossexual viola direitos fundamentais como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana, o do pluralismo e o livre planejamento familiar. Preocupa-se claramente a decisão em explicar que não se trata de um direito majoritário e, uma vez que existem forte polêmica e preconceito envolvendo o tema, os julgadores procuram justificar a legitimidade da decisão judicial que, interpretando extensivamente a legislação, promoveu a expansão de um direito a um grupo minoritário anteriormente privado do mesmo.

Assim, o ministro relator Luis Felipe Salomão, logo no início do seu voto, teceu explicações sobre a função constitucional do casamento, da sua capacidade de maior proteção da entidade familiar se comparado com outros institutos do Direito de Família, e a superação de uma visão antiga a respeito do casamento, como se depreende do trecho abaixo transcrito do inteiro teor do julgado:

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.⁹¹

Salienta ainda o relator que a Constituição Federal tem por finalidade a dignidade humana e, sob esse prisma, previu a formação de entidades familiares mediante outras formas que não o casamento civil. Reconheceu, portanto, o pluralismo familiar e a função da família,

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP Nº 1.183.378. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 2011. Inteiro Teor. p. 1-3.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *op. cit.*, p. 16.

independentemente do modo que se deu a sua formação, de promover o bem-estar, a felicidade e a dignidade, como demonstra o seguinte trecho do inteiro teor da decisão:

Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição -explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF -, impede-se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menosdignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição eformadas por casais heteroafetivos.

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmulavinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, emalguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir doqual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, sesão constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.⁹²

No mesmo sentido, o ministro Antônio Carlos Ferreira, em seu voto, salientou que a concessão do direito ao casamento civil para os pares homoafetivos baseia-se nos princípios constitucionais invocados pelo STF na decisão judicial acima comentada, a saber:

A Constituição Federal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, não restringe o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como unidade familiar. Não cabe, pois, ao STJ, em decorrência dos mesmos princípios e valores constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federal, oferecer restrições ao exercício de direitos pelos homoafetivos, previstos na legislação infraconstitucional, próprios da relação jurídica heteroafetiva, onde se inclui o direito ao casamento e à segurança jurídica que dele advém.⁹³

Enfim, trata-se de uma decisão totalmente baseada nos princípios constitucionais, inteiramente incluída no constitucionalismo moderno trabalhado no capítulo 1, ou seja, baseia-se na função transformadora da Constituição, na possibilidade de se concretizar direitos fundamentais com base no arcabouço principiológico trazido na Carta Magna. Além disso, entendem os julgadores que os direitos fundamentais constitucionais devem ser estendidos a todos os indivíduos, independentemente de estarem os mesmos integrando um grupo minoritário: “De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença”.⁹⁴

⁹² *Idem*, p. 17.

⁹³ *Ibidem*, p. 30.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *op. cit.*, p. 20.

Importante mencionar que a base argumentativa da decisão do STJ em relação ao casamento é o julgado do STF anteriormente analisado, pois, uma vez que restou justificada a união estável para os pares homoafetivos com efeitos vinculantes, o STJ, considerando a previsão constitucional da facilitação da conversão da união estável em casamento, estendeu o raciocínio também para este instituto, nos termos abaixo:

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º). De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, §3º, CF/88, que faz expressa referência a "homem e mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º).⁹⁵

Todavia, a discussão mais importante para o presente trabalho é a que se refere à legitimidade do Poder Judiciário de inovar no ordenamento jurídico pela via interpretativa, ou seja, à possibilidade de o Judiciário estar invadindo a seara dos representantes democraticamente eleitos, que não se manifestaram sobre a questão do casamento homoafetivo. Esse, com efeito, é o ponto nevrálgico do trabalho, pois reflete o conflito entre a ampliação de direitos constitucionais para uma minoria, em decorrência do constitucionalismo e a manutenção do *status quo* em respeito ao posicionamento da maioria, consubstanciada no Poder Legislativo.

Nesse ponto, o ministro relator entende que a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar, já que o ativismo judicial nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade. Também o ministro Antônio Carlos Ferreira, em seu voto, menciona a necessidade de manifestação do Legislativo quanto ao assunto, a saber:

Essa matéria, sem dúvida, enseja incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais e o ideal seria que o legislador aprimorasse a correspondente construção legal a propósito do assunto, considerando o atual estágio social e os princípios e valores que nortearam a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união estável homoafetiva.⁹⁶

Apesar disso, o ministro relator se baseia em Dworkin, a fim de esclarecer o seguinte:

⁹⁵ *Idem*, p. 21.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *op. cit.*, p. 31.

Sem hesitar, é de encontrar resposta negativa a indagação formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual "será que uma 'maioria moral' pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?" (DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: teoria e prática da igualdade**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645).⁹⁷

E o ministro Antônio Carlos Ferreira arremata:

No entanto, enquanto isso não ocorre, não se pode prejudicar o jurisdicionado. Nessas condições, cabe a este Superior Tribunal de Justiça decidir o caso concreto, em face da legislação infraconstitucional, de modo coerente e harmônico com a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, levando em conta seus reflexos no âmbito da lei civil (Código Civil, Lei de Registros Públicos, legislação eleitoral, dentre outros diplomas).⁹⁸

Importante também mencionar outra questão abordada no voto do ministro relator, qual seja, a da capacidade de o poder representativo ser realmente democrático, nos termos do trecho abaixo, no qual o ministro cita Paulo Bonavides:

Isso porque o regime representativo - que possui como fonte de poder o "povo" - não é necessariamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode ocorrer "representação" sem democracia, e democracia sem "representação", como aconteceu a partir da constituição francesa de 1791, cujos eleitos governavam "de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo" (BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. **Revista de Direito Público. RDP**, 3/99, jan./mar., 1968).

(...)

O "estado de direito" só é genuinamente "democrático" se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma. É dizer: o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder.⁹⁹

Nesse ponto específico, entendemos que a noção da representatividade não ser democrática destoa da noção de democracia adotada no presente trabalho, pois se entendermos democracia como "regra do jogo", como a forma legítima de se chegar ao poder, como a luta de lideranças pelo voto da maioria, não poderemos dissociar a representação de democracia, na linha de Schumpeter, conforme já mencionado neste estudo. A mesma decisão também demonstra este entendimento e, a nosso ver, acertadamente, indica que os vencedores da arena democrática,

⁹⁷ *Idem*, p. 22.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 22.

ao chegar ao poder, não devem governar apenas para a maioria que os elegeram, mas para toda a população, a saber:

Nesse passo, importa ressaltar que "povo" - que é sempre a base de toda democracia - é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a ideia de maioria da população votante.

É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve isso significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder.¹⁰⁰

Nesse mesmo sentido, asseverou o ministro Marco Buzzi, em seu voto;

Agregar e fundar a fraternidade, a união das pessoas, protagonizar a tolerância e não criar normas que as deixem à margem do ordenamento jurídico, em função de credo, da classe social, da raça, da orientação sexual, precisamente porque o Estado não existe apenas para satisfazer ou legitimar os interesses das maiorias, e mesmo das classes dominantes, cumprindo-lhe velar também pelos direitos das minorias, sob pena de omitir-se exatamente no cumprimento de uma das suas principais funções, que é a de propiciar alternativas e sistemas de inclusão, repudiando discriminações que apenas aguçam o marginalizar de condutas destes que, como se está a ver, não mais se contentam em, acucados, ver como que apenas toleradas as suas opções de perfil sócio-familiar, almejando e merecendo, sim, se ver admitidos, sentir-se lícitos e legitimamente incluídos, sem sobressaltos, no cotidiano rotineiro das gentes.¹⁰¹

O relator, ao final de seu voto, já aponta para a compatibilização da democracia com o constitucionalismo, questão que já adianta parte da conclusão do presente trabalho, segundo a qual os representantes, apesar de democraticamente eleitos, não podem violar ou deixar de promover os direitos fundamentais de todos os indivíduos representados, maiorias ou minorias, só não podendo realizar tal tarefa quando o direito de um violar direitos fundamentais de outros, mediante averiguação por meio da ponderação de princípios. Nesse sentido:

Definitivamente, como bem asseverou Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra de Friedrich Müller, **a soberania popular não é absoluta, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que "o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas"** (*op. cit.*, p. 22).

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra, **é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de**

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰¹ *Idem*, p. 45.

especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.

Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

(...)

8. Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se dessemister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis (grifos deste trabalho).¹⁰²

3.4 A RESOLUÇÃO N° 175/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

A Resolução n° 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 14 de maio de 2013, dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ela tem por base a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 132/RJ e ADI n° 4277/DF, quando a corte constitucional reconheceu que a Constituição não pode ser interpretada de maneira a excluir do conceito de família os casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, bem como pela decisão do STJ acima trabalhada, no sentido de não haver óbices no ordenamento à celebração do casamento homoafetivo. Assim dispõe a Resolução:

Art. 1° É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2° A recusa prevista no artigo 1° implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.¹⁰³

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão administrativo e suas funções estão relacionadas no §4° do artigo 103B da Constituição Federal, a saber:

§ 4° Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

¹⁰²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça *Ibidem*. p. 24.

¹⁰³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 23/01/2015.

- I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).¹⁰⁴

Cabe então ao CNJ zelar pela organização do Poder Judiciário, editando resoluções com a finalidade de melhor gerenciar a atividade judiciária a fim de propiciar uma prestação jurisdicional com mais qualidade e celeridade, bem como facilitar o acesso à justiça. Nesse intuito, pode padronizar os procedimentos adotados pelos agentes públicos delegados dos serviços de registro civil das pessoas naturais.

De início, convém ressaltar que a atuação do CNJ, nesse assunto, é inovadora porque a decisão do STF, apesar de possuir efeito vinculante, apenas está circunscrita ao instituto da união estável, não englobando, portanto, o casamento. Por outro lado, a decisão do STJ se refere ao casamento civil, mas não possui o efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade.

De toda forma, o Poder Judiciário, mediante o CNJ, que é órgão administrativo e não jurisdicional, se utilizou de uma resolução para impor o registro do casamento homoafetivo aos

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23/01/2015.

cartórios de registro civil das pessoas naturais, que são delegatários do serviço público e vinculados aos tribunais de Justiça estaduais.

Ciente o Judiciário de que não basta o reconhecimento jurídico de direitos, mas que sejam criadas as condições para o mesmo ser, de fato, exercido, a Resolução^o 175 do CNJ foi a alternativa escolhida para concretizar o direito, resolvendo o problema público, já que, com a Resolução, os delegatários não podem se recusar a proceder ao registro sob pena de serem aplicadas sanções também previstas na resolução em comento. Tal atuação se deu independentemente de previsão legal expressa, baseando-se somente nas decisões judiciais do próprio Poder Judiciário.

3.5 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Nos casos acima mencionados, o Poder Judiciário reconheceu a existência de um problema público, qual seja, a falta de reconhecimento dos segmentos sociais dos homoafetivos pelo Estado, a forma com que tais grupos têm sido ininterruptamente violados em seus direitos de igualdade, liberdade, segurança jurídica e, principalmente, em sua dignidade, conforme mencionado pelo ministro Gilmar Mendes nos debates:

É evidente, também, me parece, que aqui nós não estamos a falar apenas, Senhor Presidente, de falta de uma disciplina que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, de direitos fundamentais básicos. A doutrina nacional não tem se ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz esteja na Lei Fundamental de Bohn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento, *SelbstEntfaltungseinerPersönlichkeit*, quer dizer, autodesenvolvimento de sua personalidade.

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir do direito de liberdade, mas é óbvio que a ideia de opção sexual está contemplada nessa ideia desse exercício de liberdade, deste autodesenvolvimento.¹⁰⁵

Além disso, em razão da falta de reconhecimento desse grupo como parceiro integral na interação social, muitos outros direitos também vêm sendo negados, por inércia da maioria social representada pelo Poder Legislativo. Diante disso, a concessão de um direito no âmbito das relações familiares foi a forma pela qual se buscou efetivar os direitos fundamentais acima

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 730.

mencionados, além de permitir o reconhecimento da forma de viver de um grupo minoritário, promovendo a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Dessa forma, a concessão do direito ao casamento a casais do mesmo sexo pode ser entendida como uma política pública de reconhecimento, ao permitir aos homossexuais acessarem uma série de outros direitos que hoje lhes são negados, como, por exemplo, a adoção, os direitos previdenciários, a inclusão dos dependentes em planos de saúde, entre outros.

De fato, não houve a criação de uma ação em larga escala com as características comuns de uma política pública de caráter social. Porém, trata-se de uma ação que gera e vai gerar profundos impactos sociais, podendo ser entendida como uma forma de solucionar um problema público. Sendo assim, observando-se o ciclo de políticas públicas, identificamos que o problema público foi levado ao Judiciário, no caso do STF, por meio da jurisdição constitucional (ações de controle concentrado de constitucionalidade) e no STJ, através de demanda individual. Diante disso, o Judiciário ponderou as alternativas cabíveis para sua solução e entendeu que a concessão do direito ao casamento aos casais do mesmo sexo era a solução viável para o problema de reconhecimento em questão, pois seria capaz de elevar esse grupo minoritário a uma situação de maior igualdade, promovendo não só a liberdade de união afetiva com reconhecimento público, mas também o exercício de outros direitos, como os previdenciários. Após tal reconhecimento, o Judiciário estabeleceu, por meio da atuação do CNJ, uma forma prática para o cumprimento das decisões judiciais e garantia para a efetivação do direito fundamental individual, qual seja, a obrigação dos cartórios de registro de pessoas naturais de realizar o registro do casamento homoafetivo.

Nas alternativas possíveis de intervenção judicial em políticas públicas, temos no presente caso uma atuação direta do Poder Judiciário, diante da omissão dos demais poderes do Estado, concedendo o direito, avaliando as alternativas e criando diretamente a política pública de reconhecimento de direitos dos homossexuais a constituírem uma família com base no mesmo arcabouço jurídico já conferido aos casais heterossexuais.

No que se refere à judicialização desta política pública de reconhecimento, os tribunais acima mencionados refletiram sobre sua atuação positiva, se estariam agindo sem legitimidade para alterar o texto constitucional, ou seja, sem ter havido a participação dos representantes democraticamente eleitos. Ponderaram sobre o texto expresso da Constituição ao se referir ao termo “homem e mulher” e a possibilidade de os julgadores estarem decidindo contrariamente à

Carta Maior. Contudo, entenderam que o conjunto principiológico da Constituição permitia a extensão do direito à união estável e ao casamento para os pares homoafetivos, posto que o reconhecimento desse direito permite que se efetive diversos princípios constitucionais, como a igualdade, a liberdade, o direito à busca da felicidade, não discriminação, dentre outros, além de não haver vedação expressa nesse sentido.

Entenderam também que a inércia do Congresso Nacional em deliberar sobre o assunto gera uma situação de insegurança para esse grupo minoritário, que se torna vítima de diversos tipos de atos discriminatórios e que a democracia não pode se voltar apenas para o interesse da maioria, mas sim de toda a população. A inércia do Legislativo, seja em razão de grande polêmica que o tema abarca ou por pressões de diversos setores sociais, acaba por significar uma opressão por parte dos representantes eleitos, ou seja, na própria “ditadura da maioria” já mencionada neste trabalho, não podendo deixar o Judiciário de atuar positivamente, principalmente pela missão contramajoritária que é função da própria jurisdição constitucional.

Assim, os ministros foram ao encontro da noção pela qual a maioria não pode suprimir direitos básicos das minorias, seja de forma comissiva ou omissiva, uma vez que a Constituição elevou os direitos fundamentais, com destaque para a dignidade da pessoa humana, como objetivos centrais e razão de ser do próprio Estado, pois o reconhecimento de direitos deve ser para todos.

A decisão do STF não se prende, portanto, à interpretação literal do texto constitucional e do Código Civil, posto que ambos se referem, expressamente, à união entre homem e mulher. Baseia-se, por outro lado, na teoria dos princípios constitucionais, valendo-se da posição de destaque que as cortes constitucionais vêm titularizando nas últimas décadas, decorrente do *status* do STF em ser “guardião da constituição”, bem como de todos os contornos do novo constitucionalismo que apresentamos no Capítulo 1, tais como a força normativa dos princípios, a superioridade constitucional, a inserção dos valores na discussão jurídica, sendo um exemplo claro da não aplicação do positivismo jurídico clássico.

Com efeito, as decisões judiciais analisadas são fruto de um novo constitucionalismo e a própria existência de um controle de constitucionalidade concentrado nos moldes previstos na Constituição de 1988 já concede ao Judiciário uma possibilidade forte de intervenção no ordenamento jurídico. Assim, é inevitável considerar que o Judiciário pode agir positivamente. Mas tal atuação deve ter limites.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, cita o pensador Robert Alexy, defendendo que o tribunal constitucional possui uma legitimidade dita argumentativa, fundamental para conter o poder da maioria e proteger as minorias.

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídicos fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados. (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução: Luís Afonso Heck. *In: Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999).¹⁰⁶

De fato, o texto constitucional foi estabelecido pelos representantes do povo, que se reuniram em Assembleia Constituinte e determinaram a organização do Estado brasileiro, a forma de se alcançar o poder político, previram os direitos fundamentais e suas garantias, bem como as formas possíveis de se modificar o texto constitucional, não sendo a jurisdição uma delas. É preciso, portanto, respeitar a Constituição, não podendo a interpretação originar normas expressamente contrárias ao texto. Por outro lado, quando o arcabouço principiológico constitucional demanda a regulamentação de direitos por parte do legislador e esse não o faz, cabe ao Judiciário zelar pela efetividade constitucional, concedendo tais direitos.

É preciso, pois, ponderar, encontrar uma solução viável que não permita a ditadura da maioria, não valorizando apenas o elemento democracia, mas também não se proceda ao reconhecimento de direitos mediante a supressão de direitos da maioria ou do próprio texto constitucional. Não se pode permitir também a ditadura de minorias sobre a maioria. É preciso

¹⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 749.

encontrar o equilíbrio, visto que, de fato, o poder público não pode olvidar o interesse majoritário da população. Pelo contrário, esse deve ser a regra, o objetivo maior, mas com a limitação de não se violar direitos fundamentais das minorias.

No caso da união estável e do casamento homoafetivo, a ponderação foi realizada pelos julgadores, pois reconheceram expressamente que a concessão do direito a este grupo minoritário não afeta qualquer direito da maioria heterossexual, além de contribuir para a maior efetividade dos princípios constitucionais. Assim, no entendimento dos julgadores, além de não haver violação do texto constitucional, está se reconhecendo direitos básicos a uma parcela da população, como demonstra o trecho abaixo do voto do Relator do STF:

(...) não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham.¹⁰⁷

Assim, os julgadores, nesses casos, não vislumbraram a violação de direitos da maioria decorrente do reconhecimento do direito ao casamento civil dos homossexuais e não consideraram legítima a omissão legislativa em promover tal reconhecimento. Reconheceram que, nessa hipótese, estão em jogo direitos da minoria que não podem ficar à mercê da vontade da maioria, sendo a democracia, nesse ponto, limitada pelos direitos fundamentais. Prevaleceu, portanto, o constitucionalismo na política de reconhecimento dos homossexuais como parceiros integrais na interação social.

Importante ressaltar o caráter inovador do Judiciário nesse caso, pois diante de total omissão legislativa gerada por resistências de outros grupos sociais, o STF inaugura uma nova forma de entender constitucionalmente as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Abre, então, as portas para uma série de desdobramentos, a se iniciar pela decisão do STJ acima analisada. Caso o Supremo tivesse fechado a questão, entendendo que os pares homoafetivos não poderiam ser compreendidos como entidade familiar, toda a discussão posterior em relação ao casamento não se teria dado. Assim, o STJ atuou na esteira do entendimento do STF, que forneceu as bases para

¹⁰⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 614.

a interpretação sistemática da Constituição, a fim de o arcabouço principiológico nela contido superar o termo “homem e mulher”. Da mesma forma se deu com a atuação do CNJ que, de forma pragmática, evitou o descumprimento das decisões do STF e STJ pelos serviços de registro de pessoas naturais.

E os desdobramentos não se esgotam na atuação do Judiciário. De fato, o “papel passado” é uma prova incontestável da união, que permite o acesso direto a diversos outros direitos que, sem as decisões judiciais acima mencionadas, dependeriam de uma série de comprovações fáticas que não seria possível realizar, muitas vezes em razão do preconceito e discriminação ainda existentes com relação aos homossexuais. Portanto, o caráter multiplicador, principalmente da decisão do STF, ainda não se esgotou, pois se trata de um entendimento possível de se desdobrar para diversos casos práticos, como a questão dos transgêneros, da adoção de crianças por casais homoafetivos, dos direitos sucessórios, além de diversas outras políticas públicas que possam surgir para a promoção de direitos para esse grupo minoritário. Na esteira do entendimento judicial, foram criadas e fortalecidas secretarias e órgãos de governos estaduais e municipais voltados para a promoção da cidadania LGBT, evidenciando a mudança de paradigma que se verificou. O impacto das decisões judiciais ainda pode se perceber de forma indireta, contribuindo com a redução do preconceito, da discriminação e da violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou os elementos constitucionalismo e democracia, estabelecendo premissas segundo as quais os mesmos são considerados para a análise de decisões judiciais relacionadas a uma política pública de reconhecimento de direitos individuais. Percorreu, portanto, alguns marcos teóricos, a fim de permitir a compreensão dos assuntos que se relacionam nesta dissertação, desde o modelo democrático baseado na regra da maioria até a concepção moderna do constitucionalismo, que eleva a efetivação dos direitos fundamentais ao patamar de principal objetivo do Estado Democrático de Direito. Demonstrou, também, a nova posição do Poder Judiciário, diante de sua função de guardião do texto constitucional e o papel da ponderação no que se refere à interpretação constitucional, culminando na análise do conflito entre constitucionalismo e democracia.

Posteriormente, abordou algumas teorias sobre as políticas públicas, de modo a demonstrar algumas de suas características importantes, o seu ciclo, as técnicas de análise e avaliação, as políticas públicas de redistribuição e reconhecimento, a possibilidade de as políticas públicas objetivarem a efetivação de direitos fundamentais de primeira dimensão, a judicialização de políticas, as políticas públicas e a utilização da ponderação de princípios como forma de se resolver conflitos envolvendo tais políticas.

Por fim, buscou demonstrar e analisar um caso de reconhecimento, pelo Poder Judiciário brasileiro, do direito à união estável e ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como sua própria concretização, evidenciando a forma de interação ocorrida entre os elementos constitucionalismo e democracia, dentro da atuação judicial que buscou efetivar direitos fundamentais de um grupo minoritário.

Diante do caminho teórico e prático percorrido nos capítulos desta dissertação, podemos extrair uma série de considerações que serão destacadas a seguir.

A democracia pode ser entendida como um procedimento, um método de acesso ao poder, que se baseia na regra da maioria para eleger os representantes do povo, os quais poderão exercer os poderes Executivo e Legislativo. Assim, as leis e atos normativos emanados de tais poderes consistem, ao menos em tese, na posição adotada pela maioria da população, ainda que tal maioria surja apenas no momento da arena eleitoral. Consequentemente, a regra geral é que os atos do poder público devem priorizar a maioria, respeitando sua vontade. Contudo, no Estado

Democrático de Direito, os direitos fundamentais são limitadores do poder da maioria, de forma que esta não pode decidir acerca da extinção ou não concretização dos direitos relacionados à dignidade dos grupos minoritários, sob pena de se configurar a “ditadura da maioria”, que vai de encontro ao novo constitucionalismo vigente.

A forma de interpretar a constituição nos países ocidentais passou de um modelo positivista, em que o texto da norma devia prevalecer sempre, para um constitucionalismo permeado de valores escolhidos como fundamento do Estado e positivados mediante princípios constitucionais. Tal evolução se deu conjuntamente à positivação de direitos fundamentais de liberdade (primeira dimensão), de igualdade (segunda dimensão) e de solidariedade (terceira dimensão), alterando, por consequência, a forma de agir do Estado, que passou de uma postura de não intervenção para outra, ativa, em favor da concretização dos direitos fundamentais.

Esse novo modelo constitucional elevou o Poder Judiciário ao *status* de guardião da constitucional, provendo-o de vários institutos jurídicos que funcionam como mecanismos para garantir a observância, pelos demais poderes, dos compromissos firmados pelo Estado de efetivação dos direitos fundamentais. Assim, o Judiciário passou a promover o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, sendo competente para rever os atos dos demais poderes, interpretando-os à luz da constituição.

Em razão desses fatores, o Judiciário ganhou força política, podendo intervir em assuntos importantes do Estado, que antes se situavam apenas na esfera política e se tornaram questões jurídicas, pois os valores constitucionais, positivados na forma de princípios, passaram a ser entendidos como normas jurídicas dotadas de coercibilidade.

Importante também mencionar que as normas-princípios são entendidas, na linha do autor Robert Alexy, como mandados de otimização, podendo assim ser efetivadas em diferentes graus. Dessa forma, o presente trabalho se filia à teoria externa da restrição aos direitos fundamentais, entendendo que o direito possui uma abrangência inicialmente infinita (*prima facie*), a qual vai sendo restringida quando em conflito com os demais direitos fundamentais, sendo que direitos em conflito podem conviver harmonicamente, desde que mantidos os respectivos núcleos essenciais.

Os elementos constitucionalismo e democracia, na forma entendida acima, podem entrar em conflito de duas formas. Em primeiro lugar, pode o constitucionalismo ter um caráter conservador, postulando pela manutenção dos direitos conquistados após inúmeras lutas sociais

históricas, o que se revela pela rigidez constitucional e pelas cláusulas pétreas, ao passo que a democracia pode ter um caráter dinâmico, consubstanciado no direito de o povo se autorregular a cada momento histórico, sendo capaz de atender às suas aspirações de cada tempo.

Por outro lado, o constitucionalismo pode ter um caráter dinâmico, segundo o qual os direitos positivados na constituição se expandem a grupos que não os possuem ou passam a abarcar situações novas, sendo ampliados mediante a interpretação constitucional, na medida em que a democracia busca, valendo-se da regra da maioria, a manutenção do *status quo*, estabelecendo situações que não devem ser abrangidas pelos direitos fundamentais. Essa segunda vertente do conflito entre constitucionalismo e democracia é patente em casos que envolvem a luta de grupos minoritários pelo reconhecimento de direitos, sendo claramente visualizada quando se trata do direito à liberdade.

As políticas públicas são ações, em regra estatais, com o objetivo de se resolver problema público, podendo ser entendidas também como ações voltadas para a efetivação de direitos fundamentais, uma vez que os problemas públicos têm, em seu bojo, a violação de algum direito fundamental constitucionalmente previsto. Desenvolvem-se em um ciclo no qual são definidos os problemas públicos que comporão a agenda e posteriormente são levantadas as alternativas capazes de resolver tais problemas. Depois, não efetivadas as ações, posteriormente avaliadas até haver a extinção da política pública.

Na atualidade, a globalização econômica, social e política, juntamente aos avanços tecnológicos, possibilitou o surgimento de novos atores no cenário nacional e internacional, que influenciam direta ou indiretamente a atuação estatal e, conseqüentemente, a interpretação das políticas públicas, podendo interferir na formação da agenda e na escolha das alternativas a serem implementadas para a concretização dos direitos fundamentais. Assim, a soberania estatal vem sendo mitigada pela influência do mercado, de organismos internacionais e grupos internos que pressionam os *policymakers* e precisam ser levados em conta na atuação dos poderes públicos com relação às políticas públicas.

As políticas públicas são comumente pensadas como uma forma de se efetivar direitos sociais (segunda dimensão), pois são esses que, na visão tradicional, demandam uma atuação positiva do Estado em favor de tais direitos. Ocorre que também é possível a existência de políticas públicas voltadas para a concretização de direitos fundamentais individuais (de

liberdade ou de primeira dimensão), como se dá no caso de políticas que visam à integração social de grupos minoritários, possibilitando o seu reconhecimento.

As políticas públicas podem ser de redistribuição, objetivando melhor divisão de recursos entre as pessoas e estão ligadas às lutas das classes trabalhadoras por melhores condições de vida, de inclusão social, de combate à fome e à pobreza, sendo direcionadas para setores sociais mais carentes e para questões relacionadas à saúde, educação, saneamento básico, assistência aos desamparados, moradia etc. Por outro lado, também existem as políticas públicas de reconhecimento, nas quais não se busca a posse de bens tangíveis, mas sim de aceitação, por parte do Estado e da sociedade, de um grupo minoritário, a fim de que este passe a ser considerado como um parceiro integral na interação social. São grupos, em geral, que não se definem por pertencerem a determinada classe social, mas sim por sofrerem discriminações e preconceitos vindos da maioria social.

Unindo a participação diferenciada do Poder Judiciário, decorrente do constitucionalismo que se desenvolve no pós-guerra, com as políticas públicas, em especial as de reconhecimento, podemos identificar que o Judiciário vem interferindo nas políticas públicas de várias formas. Assim, é possível desenvolver um novo ciclo de políticas públicas dentro da jurisdição, no qual o problema público se revela através das demandas judicializadas, ao passo que as alternativas são os caminhos legais e constitucionais que os julgadores possuem para buscar a máxima efetivação dos direitos constitucionais.

Nesse processo, como as políticas são normalmente veiculadas por meio de lei e atos normativos, se sujeitam ao controle de constitucionalidade, no qual não só o direito a que elas visam efetivar, mas também a própria política passa a ser ponderada com outros direitos fundamentais que podem entrar em conflito. Ressalta-se que, ainda que a finalidade da política pública não se choque com nenhum outro direito fundamental, pode ocorrer que, na execução da política, nos meios utilizados para o atingimento de seu fim, ocorra a violação de outro direito fundamental, o que vai exigir a ponderação de princípios acima mencionada. Nesse processo de ponderação, na forma demonstrada por Alexy, é preciso encontrar a alternativa que proporcione, ao mesmo tempo, a máxima efetivação do direito fundamental e o mínimo de violação dos direitos em conflito.

A fim de demonstrar na prática as hipóteses lançadas no presente trabalho, analisamos a atuação do Poder Judiciário brasileiro, especificamenterepresentado pelo STF, STJ e CNJ, na

questão do direito à união estável e ao casamento para os casais homossexuais. Entendemos que o não exercício de tais direitos por esse grupo minoritário acarretava um problema social relevante, na medida em que o reconhecimento de tais uniões como entidade familiar permite o acesso dessas pessoas a vários outros direitos até então controvertidos, como a pensão por morte, direitos sucessórios, adoção de filhos, entre outros, além de contribuir para a redução da violência a que os homossexuais estão sujeitos em decorrência do preconceito arraigado na sociedade.

Dessa forma, entendemos que a concretização de um direito fundamental, nesse caso, pode ser entendida como uma política pública de reconhecimento, pela qual o referido grupo minoritário atinge mais um degrau em direção ao efetivo reconhecimento como parceiro integral na interação social. A análise foi efetuada sobre a decisão do STF na ADPF n° 132/RJ e da ADI n° 4.277/DF, a decisão do STJ no RESP n° 1.183.378 e a Resolução n° 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Da referida análise, foi possível constatar a prevalência do constitucionalismo, consubstanciada na atuação contramajoritária do Judiciário, que entendeu pela ampliação dos direitos fundamentais de liberdade aos pares homoafetivos, a despeito da inércia perpetuada pelo Poder Legislativo, formado pelos representantes democraticamente eleitos segundo a regra da maioria. Entretanto, estes representantes procrastinam, muitas vezes, a tomada de decisões polêmicas em razão da influência sofrida a partir de grupos de pressão, como ocorre, no caso em tela, com os da bancada religiosa presente no Congresso Nacional. As decisões, portanto, foram tomadas com base nos princípios da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana, o do pluralismo e o livre planejamento familiar, fortalecendo o caráter garantista das mesmas.

Foram também enfrentadas, pelos ministros julgadores das ações analisadas, questões referentes ao ativismo político exercido pelo Poder Judiciário e o risco de inovação legislativa por parte dos magistrados, demonstrando claramente a preocupação de se manterem as bases democráticas fundamentadas no voto da maioria da sociedade. Nesse quesito, entenderam os ministros que a concessão do direito à união estável e ao casamento aos casais homoafetivos não consistiu em inovação legislativa, em virtude de o mesmo estar respaldado pelo arcabouço principiológico positivo na própria Constituição, além de não haver vedação expressa à expansão do direito nesse caso.

Entenderam também que o reconhecimento do direito, na hipótese analisada, contribuiu com a máxima efetivação dos direitos fundamentais e não colidiu com outros direitos constitucionalmente previstos. Assim, não se entendeu justificável a não concessão do direito, tendo em vista que os direitos da maioria não são violados pela extensão do direito à união estável e ao casamento para os casais homoafetivos.

Dessa forma, podem-se perceber duas ponderações de princípios realizadas pelos julgadores: a primeira, que sopesou o princípio democrático com os princípios da liberdade, da igualdade, do livre planejamento familiar e da busca pela felicidade, prevalecendo os do segundo grupo. E a segunda ponderação, realizada entre o direito à união estável e ao casamento para os casais homoafetivos em contraponto a eventuais direitos da maioria de não admitir tais uniões, prevalecendo o primeiro, pelas razões acima expostas.

Por fim, vale ressaltar que, após as decisões judiciais tomadas no exercício da jurisdição, o CNJ, órgão administrativo do Judiciário, editou a Resolução nº 175/2013, pela qual obrigou os serviços cartorários de registro de pessoas naturais a celebrarem os casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, dando concretude às decisões anteriormente tomadas e possibilitando, de fato, a efetivação do direito.

Assim, verifica-se que a decisão do STF inovou no direito, diante da omissão legislativa até hoje existente, e permitiu desdobramentos como a decisão do STJ, a Resolução do CNJ, e diversos outros que ainda vem ocorrendo. Sem o reconhecimento do STF da união homoafetiva como família, toda a discussão posterior não teria prosperado. Mas, ao contrário, a decisão do STF permitiu a discussão sobre o casamento, uma vez que a própria Constituição favorece a conversão da união estável em casamento, bem como a atuação pragmática do CNJ. Permitiu também diversas outras discussões que hoje se inserem nas agendas de políticas públicas, como a adoção de crianças por casais homoafetivos, as mudanças no registro civil, os direitos dos transgêneros e outros que ainda estão por vir.

Importante destacar que o presente trabalho não indica que a decisão tomada no caso analisado seja um padrão ou uma constante nas análises judiciais de políticas públicas de reconhecimento. Pelo contrário, é perfeitamente possível que, em outras discussões envolvendo direitos de liberdade de grupos minoritários, a decisão dos julgadores privilegie a democracia, mantendo intacta a posição majoritária evidenciada pela ação ou omissão dos poderes Legislativo e Executivo.

Nesse caso, porém, prevaleceu o constitucionalismo com a concessão do direito, valendo-se o Judiciário de sua função contramajoritária e garantista, pela qual a maioria não pode decidir que a minoria homossexual não possa ter o direito à união estável e ao casamento civil, principalmente quando não foi identificada nenhuma violação a nenhum direito fundamental da maioria em decorrência do reconhecimento de tais direitos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDERSON, Benedict. As promessas do Estado-nação para o início do século. *In: A crise dos paradigmas em Ciências Sociais e os desafios para o século XXI*. Tradução: Dalva Bonet. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 155-170.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10/09/2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24/08/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.183.378. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto, 2011.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Frederico Lustosa da; CASTANHAR, José Cezar. **Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos**. Rio de Janeiro, 2003.
- DYE, R. Thomas. *Understanding public policy. Policy analysis*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall. 1984. 14. ed. Paperback – January 20, 2012.

_____. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (Orgs.). Políticas públicas e desenvolvimento – bases epistemológicas e modelos de análise. Tradução: Francisco G. Heidemann. Brasília: EditoraUnB, 2009, p. 99-132.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 20, n. 59, p. 97-109, out./2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal.** Tradução: Ana Paula Zomeret *alii*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução: Julio Assis Simões. **Cadernos de campo**, São Paulo, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

_____. Reconhecimento sem ética? Tradução: Ana Carolina Freitas Lima Ogando; Maria Prandini Fraga Assis. **Lua nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

IANNI, Octávio. **A era do globalismo.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Tradução do alemão: Alexandre Krug; tradução do italiano: Eduardo Brandão; tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada. O Debate Contemporâneo.** Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia.** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas. Conceitos, esquemas de análise, casos práticos.** 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SOUZA, Celina. “Estado da arte” da área de políticas públicas: conceitos e principais tipologias. *In: Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS)*. 21-25 de outubro de 2003, Caxambu.

WEIMER, David L.; VINING, Aidan R. Policy analysis. Concepts and practice. **Pearson** Prentice Hall. UpperSaddle River, New Jersey. 4.ed., 2010.